

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria: Junio

**VIOLENCIA DE GÉNERO, ESPECIAL REFERENCIA
A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PREVISTAS EN
LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**
**Gender Violence, special reference to the protection mea-
sures provided for spanish legislation**

Realizado por la alumna D^a Bianka de Kort Trujillo
Tutorizado por la Profesora D^a Juana Pilar Rodríguez Pérez
Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Em-
presa
Área de conocimiento: Derecho Procesal

ABSTRACT

The term gender violence covers different acts of violence, the purpose of this final degree project is to identify the element that distinguishes gender violence from domestic violence. In addition, a brief study is made of the legislative evolution of gender violence in the international and national framework, as well as the changes that have transformed this matter in the criminal and social sphere, which has led to the enactment of numerous laws. The imposition and control of the execution of the measures of integral protection, penal and civil, whose taxable person is the aggressor and that are adopted for the benefit and safeguard of the victim and / or their minor children, after the commission of the act is also studied. criminal, constituting gender violence, which in the worst case can lead to the loss of human life, the legal asset that protects our legal system.

RESUMEN (entre 150 y 300 palabras)

El término violencia de género, abarca diferentes actos de violencia, el objeto de este trabajo de fin de grado es identificar el elemento que distingue la violencia de género de la violencia doméstica. Además, se estudia, de forma sucinta, la evolución legislativa de la violencia de género en el marco internacional y nacional, así como, los cambios que han transformado esta materia en el ámbito penal y social, lo que ha dado lugar a la promulgación de numerosas leyes. Se estudia también la imposición y control de la ejecución de las medidas de protección integral, penales y civiles, cuyo sujeto pasivo es el agresor y que se adoptan en beneficio y salvaguarda de la víctima y/o sus hijos menores, tras la comisión del hecho delictivo, constitutivo de violencia de género, que en el peor de los casos puede conducir a la pérdida de la vida humana, el bien jurídico más que protege nuestro ordenamiento jurídico.

ÍNDICE

Introducción	1
PRIMERA PARTE	
1. La Violencia de Género: su concepto y antecedentes	2
2. Marco normativo: Evolución legislativa frente al hecho de la Violencia de Género	4
2.1 Legislación internacional	4
2.2 Legislación nacional y especial referencia a las novedades incorporadas por la LO 1/224 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género	6
SEGUNDA PARTE	
1. Los aspectos procesales de la Violencia de Género: Las medidas de protección a las víctimas de Violencia de Género	14
1.1 Presupuestos que han de concurrir en la adopción de las medidas cautelares de protección a la víctima de violencia de género.	15
1.2 Legitimación para solicitar las medidas y autoridad judicial competente para adoptarlas	16
1.3 Procedimiento para adoptar las medidas de protección de las víctimas de violencia de género y su duración	18
1.4 Clases de medidas:	
1.4.1 La orden de protección	19
1.4.2 La orden de alejamiento	23
1.4.3 La suspensión de las comunicaciones	27
1.4.4 La salida del domicilio y prohibición de volver	28
1.4.5 La suspensión del derecho al porte, tenencia y uso de armas	29

1.4.6 La detención	29
1.4.7 La prisión provisional	32

TERCERA PARTE

1. Las medidas de carácter civil en materia de Violencia de Género	35
1.1 La suspensión cautelar de la patria potestad y guarda y custodia de menores	37
1.2 La suspensión del régimen de visitas	39
1.3 La atribución de la vivienda	41
Conclusiones	43
Bibliografía	45

Introducción

La violencia de género es un problema que se ha extendido por el mundo desde la antigüedad, que afecta por igual a toda mujer independientemente de su riqueza, posición social, raza, nacionalidad o religión, a causa de unas creencias erróneas o discriminatorias al género femenino, por el mero hecho de nacer mujer. Esta tara social atenta directamente contra determinados derechos fundamentales como son, la vida, integridad física, intimidad personal, igualdad, previstos por la Constitución Española (en adelante CE).

Este trabajo de fin de grado tiene como objetivo, desarrollar con exhaustividad esta discriminación por razón de sexo, conceptualizando las diferencias entre análogos tipos de violencia de género. Se desarrollará, de forma simple, la evolución legislativa acontecida en nuestro país en los últimos años sobre esta materia y con especial referencia a todas aquellas medidas de protección y seguridad previstas para hacer frente y preservar la integridad, la vida y la salud de las víctimas, tanto directas como indirectas, de la violencia de género.

Estas medidas fueron previstas en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG), que será objeto de estudio en este trabajo reflejando el avance legislativo, político y social que supuso esta ley, con respecto a la protección de la mujer, ante estas míseras pero reales situaciones que se dan en la sociedad. Introdujo novedades importantes como fue, tratar penalmente la violencia de género, la creación de nuevos juzgados conocedores de los delitos y delitos leves de violencia de género, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con competencias en el orden penal, pero también en el orden civil¹.

En conclusión, se trata de reflejar en este trabajo los tipos distintos de violencia que se ejercen sobre la mujer, así como, las medidas legales para hacer frente a este pa-

¹ Exposición de motivos punto III párrafo 20, LOMPIVG.

trón delictivo, con el fin de procurar la seguridad y protección a las mujeres víctimas de violencia de género.

PRIMERA PARTE.

1. La Violencia de Género: su concepto y antecedentes.

El papel de la mujer ha estado destinada a tener hijos, cuidarlos y ocuparse de las tareas del hogar, ya que se atribuía la fuerza masculina a aquellos trabajos fuera del domicilio familiar, siendo los hombres los encargados y responsables de obtener los ingresos económicos de la unidad familiar, considerando algunos autores que este puede ser, entre otros, el origen de tal descalabro social², todo esto fomentado por un sistema patriarcal, es decir, un orden social de poder, cuya dominación la ostenta el hombre, otorgándole a este y a la masculinidad la supremacía sobre la mujer y lo femenino. Un *‘orden de dominio entre hombres y sobre mujeres’*³.

Para solucionar este problema se debe abordar su origen. Las causas que generan este tipo de violencia, al contrario de lo que se pueda pensar, son diversas y están implantadas en la sociedad, pudiendo destacar aspectos económicos de dependencia, la educación básica que se implanta en los colegios e institutos, la propia estructura familiar impuesta desde el origen de la humanidad y, desde la perspectiva jurídica que ocupa el objeto de este trabajo, el propio sistema judicial. Para ello han surgido movimientos revolucionarios, como el movimiento feminista, es decir, la búsqueda del *‘principio de igualdad de los derechos de la mujer y el hombre’*⁴.

La violencia hacia la mujer ha estado presente en nuestras vidas desde la antigüedad, estando oculta bien por vergüenza o peor aún, por la percepción natural que tenía la sociedad sobre este tema. Tras muchos años, por fin, se ha producido una concienciación global, considerando dicha violencia como un problema o fenómeno social

²AYALA, L. y HERNÁNDEZ, K.: *‘La violencia hacia la mujer. Antecedentes y aspectos teóricos’*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, Mayo 2012, Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/20/

³BOCH, E., FERRER, V. y ALZAMORA, A.: El laberinto patriarcal. Reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres. Ed. Antrhopos, 2006, p. 27

⁴ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea], Disponible en: <https://dle.rae.es>

que incumbe a todos por igual y contra el que se debe luchar con el objetivo de que se plasme en la realidad una verdadera igualdad, tal y como promulga nuestra CE en su artículo 14, “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Los poderes públicos han asumido y siguen asumiendo, a día de hoy, su obligación constitucional de actuar legislativamente frente a toda clase de vulneraciones de los derechos fundamentales⁵, y la violencia de género, como toda violencia, puede causar la vulneración de muchos de esos derechos.

En el siglo en el que vivimos, es difícil imaginar que gran parte de la población desconozca el significado de la violencia de género y de todos los tipos de violencia que se asocian a ella pero que tienen otro significado, y puede que, por ese desconocimiento general de estos conceptos, se produzcan gran parte de las injusticias a la hora de juzgar dichos delitos de violencia de género.

En consecuencia, se debe hacer una primera distinción entre violencia de género y violencia doméstica. La primera Ley promulgada en España para la defensa de las víctimas de violencia de género, la LOMPIVG en su artículo primero delimita el ámbito de aplicación de dicha ley, es decir, definiendo la violencia de género, “*1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”, es decir, todos aquellos actos de violencia sobre la mujer, sea o haya sido pareja del agresor, aún sin convivencia, dejando claro el requisito de una relación previa para diferenciarlo de la violencia doméstica.

⁵ “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”, Artículo 9.2 CE.

Por otro lado, Montalbán Huertas, magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante TSJ), definió la violencia doméstica, en una ponencia presentada en el I Encuentro sobre Violencia Doméstica, como “...en un sentido amplio comprendería cualquier acción u omisión vejatoria o similar de uno o varios miembros de la familia contra los otros; en éste caso, el concepto abarcaría sin reparos los supuestos de violencia contra ancianos, hermanos u otras personas del círculo familiar”⁶, por lo que la diferencia clara entre ambos tipos de violencia es el sujeto pasivo del delito, es decir, la víctima, la cual necesariamente para calificar el delito de violencia de género, tiene que haber existido una previa relación conyugal o análoga relación de afectividad con el agresor.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica (en adelante Convenio de Estambul), aprobado en 2011 y ratificado por España en 2014, incorporó a la definición de violencia de género, no solo esa violencia llevada a cabo por parejas o ex parejas sino además aquellos delitos de violación, mutilación genital, matrimonio forzado, acoso sexual, aborto y esterilización forzada y acoso por razones de género, lo cual supuso un gran avance y a la vez freno a todos los tipos de agresiones que sufren las mujeres alrededor del mundo⁷.

2. Marco Normativo: Evolución legislativa frente a la Violencia de Género

2.1 Legislación Internacional

La violencia de género legislativamente hablando, a pesar de ser un problema que ha estado presente a nivel mundial, los actos que la integran no siempre han estado considerados como tipos delictivos.

⁶ MONTALBAN HUERTAS, I.: ‘*Malos Tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico*’, en I Encuentro Sobre ‘Violencia Doméstica’, Madrid, 24-26 septiembre 2003.

⁷ Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y violencia doméstica. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), elaborado a partir del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCCE) firmado en 1957, contempla la adopción de todas aquellas acciones necesarias para luchar contra *“la discriminación por razón de sexo”* (art. 19 TFUE), *“por la igualdad en el ámbito laboral y oportunidades de acceso al empleo”* (art. 153 TFUE) y en consecuencia, *“una garantía por parte de todos los Estados de asegurar una retribución o salario laboral igualitaria en un mismo puesto de trabajo para ambos sexos”* (art. 157 TFUE).

En marzo de 1975 en Ciudad de México, las Naciones Unidas declararon el Año Internacional de la Mujer, con el objetivo de poner fin a las diferentes formas de discriminación que se ejercía hacia el género femenino. Tras esta conferencia se celebraron dos más; (Copenhague en 1980 y Nairobi en 1985), donde se examinaron los progresos de la figura femenina en el ámbito de la educación, el empleo y la salud y se adoptaron medidas más firmes para asegurar derechos hereditarios y de custodia de hijos, por las mujeres. Medidas orientadas a conseguir la igualdad de género⁸.

En 1995, se celebró la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, la *“Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, el plan más progresista que jamás había existido para promover los derechos de la mujer”*, este coloquio provocó una revolución a nivel mundial relacionado con el activismo del movimiento femenino, promoviendo el empoderamiento de todas las mujeres en todos los lugares del planeta. A partir de aquí los Estados de todo el mundo comenzaron a considerar y plantearse esta cuestión como un problema de escala global. Hasta el momento se han celebrado cuatro Conferencias de Naciones Unidas de la Plataforma de Acción de Beijing con el objetivo de llevar a cabo una evaluación, seguimiento y revisión de los progresos y aplicación plena de esta plataforma a lo largo de los años tras su aprobación⁹.

⁸ ONU Mujeres. *“Conferencias mundiales sobre la Mujer”*. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>

⁹ ONU Mujeres. Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. *“La Plataforma de Acción de Beijing cumple 20 años.”*. Nueva York. Marzo 2015. Disponible en: <https://beijing20.unwomen.org/es/about>

A nivel Europeo la Conferencia de Beijing tuvo una considerable repercusión, ya que en 1996 se publicó el Comunicado de la Comisión Europea COM (96) 67, *“para conseguir una verdadera cooperación entre hombres y mujeres de los Estados miembros”*¹⁰, así comenzaron a aprobarse diversos tratados, como el Tratado de Amsterdam de 1997, que contempla el *“compromiso de asegurar la igualdad entre mujeres y hombres como objetivo horizontal llamado a integrar todas las políticas de la Comunidad”*¹¹.

2.2 Legislación nacional y especial referencia a las novedades incorporadas por la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

En España se produjeron innumerables cambios legislativos promovidos por los avances que acontecían a nivel internacional con respecto a la defensa de la mujer, sus derechos y libertades fundamentales.

En primer lugar, se debe destacar que hasta 1978 se castigaba en el artículo 449 del Código Penal el delito de adulterio, *“El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Cometan adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”*¹², quedando exento de responsabilidad, el marido que llevase a cabo la misma conducta. Con la entrada en vigor de la CE en ese mismo año y con la proclamación en su Título I, Capítulo II, Sección 1ª, de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, comenzó una nueva etapa en la regulación legal de esta materia.

¹⁰ Comisión de las Comunidades Europeas COM(96) 67. *“Integrar la Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las Políticas y Acciones comunitarias”*. Bruselas. 21 de febrero 1996.

¹¹ Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos Conexos. Amsterdam. 2 octubre 1997.

¹² Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

Sin embargo, no fue hasta el año 1989, que recoge el Código Penal, en su artículo 425, el siguiente tipo penal: *“El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”*. Por lo tanto, se castigaba aquella violencia física habitual ejercida habitualmente en el ámbito de la familia, tanto por parte del hombre como de la mujer, siempre que en el momento de la agresión física tuviesen una relación de afectividad análoga a la conyugal y con necesidad de una convivencia¹³.

En 1995, entró en vigor la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁴ (en adelante CP), regulando en su artículo 153 *‘la figura específica del delito de maltrato familiar habitual, añadiendo a las/os hijas/os del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otra’*. Se remarca con respecto a la legislación anterior, la regulación de la figura de maltrato familiar habitual, en este caso sí se contempla que la víctima sea o haya sido esposa, mujer o haya estado unida al agresor por una relación análoga de afectividad, aun sin convivencia. Esta modificación supuso que dejase de castigarse esta figura delictiva como una falta de lesiones, pasando a imponer la pena mas grave cuando *‘esta violencia se ejerciese en el domicilio familiar, en el de la víctima, en presencia de menores o si se quebranta una orden de alejamiento’*¹⁵.

En 1997 se produjo el asesinato de Ana Orantes a manos de su marido, lo que supuso un cambio legislativo radical. La víctima acudió al programa de Canal Sur donde relató el maltrato físico y psicológico al que llevaba sometida durante 40 años,

¹³ La pena de *‘arresto mayor’* prevista en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de modificación del Código Penal de 1973, castigaba con la privación de libertad de un mes y un día a seis meses al que llevase a cabo el tipo delictivo descrito en el artículo 425.

¹⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

¹⁵ *‘Maltrato singular, artículo 153 del Código Penal’*. Universidad de Valencia. Master Universitario en Derecho y Violencia de Género, 29 de junio de 2016, Disponible en: <https://www.uv.es/uvweb/master-derecho-violencia-genero/es/blog/maltrato-singular-articulo-153-del-codigo-penal-1285879276436/Gase-taRecerca.html?id=1285974001200>

esto ocurrió 13 días antes de que su marido decidiese rociarla con gasolina y acabar con su vida. La muerte de Ana Orantes puso voz a la violencia de género en España, representando el dolor que sufrían miles de mujeres en aquella época y que llevaban sufriendo durante décadas, sometidas a una legislación prácticamente inexistente que no amparaba casi ninguna vía de escape para estas víctimas. Un año antes de su muerte, Ana Orantes había solicitado el divorcio, el Juez se lo denegó ya que quedó sobrecogido por los llantos y declaraciones del marido; al año siguiente, tras una nueva solicitud de divorcio, Ana Orantes consiguió la ruptura legal pero no la física, ya que siguieron conviviendo en el mismo edificio¹⁶.

Tras la muerte machista de Ana Orantes la violencia de género se empezó a contemplar en España, como lo que verdaderamente era y sigue siendo en la actualidad, un problema que nos incumbe a toda la sociedad. Esto trajo consigo la aprobación y posterior entrada en vigor de la ya mencionada LOMPIVG y de innumerables modificaciones legales, que tenían como fin poner freno a la violencia machista.

En el año 1999, muy poco después de la entrada en vigor del nuevo CP, se produjo una modificación de esta ley mencionada, por medio de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del CP, donde se consideró que, *“los delitos contra la libertad e indemnidad sexual no responden adecuadamente ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego”*¹⁷. Además, la sociedad española ha exigido que se complemente dicha modificación legal, con respecto a los delitos de acoso sexual y tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual, a causa de la escasa regulación y protección jurídica ante estas agresiones.

¹⁶ *“Ana Orantes la víctima que evitó muchos asesinatos machistas”*, ORTIZ, A., Publicado en el periódico: El Mundo, 19 de diciembre de 2019, Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2019/12/19/5dfb4a27fddffa0588b45fa.html>

¹⁷ Exposición de motivos párrafo 4, Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del CP, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

Unos meses después, en junio de ese mismo año, entró en vigor la la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), donde se contempla como un tipo de violencia, la ejercida habitualmente de forma psíquica o psicológica sobre la víctima, así como la introducción como pena accesoria de la prohibición de aproximación a ésta. Con respecto a la LECrim, se contempló como medida cautelar el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, se suprime lo referido a la desobediencia de las mujeres con respecto a sus maridos y, finalmente, se introduce una novedosa cobertura legal de carácter procesal, la utilización de medios audiovisuales con la finalidad de evitar el careo visual entre las víctimas y el procesado¹⁸.

Posteriormente con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, se otorga a toda víctima de violencia de género *‘un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal’*, las medidas que lo integran pueden ser solicitadas, tanto por la víctima como sus familiares, mediante un procedimiento ágil, simple y de aplicación inmediata, donde se incluyen medidas restrictivas de libertad de movimientos del agresor para evitar su aproximación a la víctima, así como para proporcionarle a ésta y a sus familiares seguridad y amparo jurídico¹⁹.

La lucha de todas las naciones junto con los movimientos feministas, la influencia legislativa internacional y la exigencia de la sociedad de la actuación legislativa obligatoria por parte de los poderes públicos para hacer frente a todos aquellos problemas que vulneren derechos fundamentales y libertades públicas, originaron la aprobación y posterior entrada en vigor de la LOMPIVG.

¹⁸ Exposición de motivos párrafo 4, 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 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

¹⁹ Exposición de motivos punto III párrafo 18, LOMPIVG.

Entre otras medidas que regula esta novedosa norma, destacan: *“El apoyo a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de información, la asistencia jurídica gratuita, protección social y apoyo económico”, “Se establecen medidas de sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detección precoz, atención física y psicológica de las víctimas, coordinadas con medidas de apoyo”, “se optó por la inclusión expresa de las medidas de protección al no estar recogidas como medidas cautelares en la LECrim [...], se opta por la delimitación temporal de estas medidas hasta la finalización del proceso [...] pudiendo ser utilizadas como medidas de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia”.*

La LOMPIVG, ha sido la primera ley que tuvo como finalidad exclusiva la lucha contra la violencia de género. Supuso un cambio radical con respecto a estos hechos constitutivos de delito de violencia de género, abarcando desde aspectos preventivos, de educación, sociales, de asistencia y de atención posterior a las víctimas²⁰.

Se crean, en el orden jurisdiccional penal, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante JVM), ubicados en cada Partido Judicial, pudiendo crearse en cada partido uno o varios Juzgados, atendiendo al volumen de asuntos. La Disposición adicional décima de la LOMPIVG, modificó el apartado segundo del artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (en adelante LOPJ), quedando redactado de la siguiente forma: *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los siguientes juzgados y Tribunales: Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria”.*

Los JVM extienden su competencia tanto a materia penal como a materia civil, respecto de aquellos hechos constitutivos de delito de violencia de género, regulando

²⁰ Exposición de motivos punto II párrafo 4, LOMPIVG

en los artículos 14.5 LECrim²¹ y 87.1 ter LOPJ²², la competencia de estos Juzgados en materia penal, es decir, cuando se trate de delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la intimidad e indemnidad sexual entre muchos otros, contra quien sea o haya sido esposa o haya estado unida al agresor por análoga relación de afectividad sin necesidad de convivencia. En los artículos 87.2 ter y 87.3 ter LOPJ se contempla la competencia de JVM en materia civil, atribuyendo a estos órganos el conocimiento de los asuntos de filiación, nulidad matrimonial, divorcio, relaciones paterno filiales,

²¹ “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes en las siguientes materias, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en esta Ley: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior. c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia. d) Del conocimiento y fallo de los juicios por las infracciones tipificadas en el párrafo segundo del apartado 7 del artículo 171, párrafo segundo del apartado 3 del artículo 172 y en el apartado 4 del artículo 173 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado”.

²² “1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.

f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.

g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente”.

guarda/custodia/alimentos de hijos menores, entre otros asuntos de naturaleza civil, en los supuestos de violencia de género sobre el cónyuge o sobre estos hijos. La acumulación de la acción civil al proceso penal en el supuesto de violencia de género, no se rige por el principio dispositivo mediante la renuncia del perjudicado, ya que dicha acumulación es preceptiva cuya finalidad es unificar el tratamiento de la violencia de género en un mismo proceso²³.

Se crea la figura del Fiscal especializado en violencia sobre la mujer, así se establece una Sección específica en cada Fiscalía de cada TSJ, y de cada Audiencia Provincial (en adelante AP) para esta materia²⁴.

La promulgación de la LOMPIVG ha propiciado el planteamiento, en innumerables ocasiones, de cuestiones de inconstitucionalidad. La finalidad de estas cuestiones ha sido, la discriminación por razón de sexo prohibida expresamente por el artículo 14 CE, ya que esta ley, en relación al 153.1 CP²⁵, atribuye una pena mayor (de seis meses a un año de prisión), cuando se causare un menoscabo psíquico o lesión de menor gravedad, previstas en el artículo 147.2 CP²⁶, o bien, se maltratase de obra sin causar lesión sobre la víctima (mujer), cuando esta sea o haya sido esposa o haya estado unida al agresor por una relación análoga de afectividad, sin necesidad de convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con éste; lo relevante es, lo

²³ GONZÁLEZ, M.: Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género. La tutela judicial de la Ley integral contra la Violencia de Género. Los juzgados de violencia sobre la mujer. Ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 357

²⁴ Artículo 70 a 72, LOMPIVG.

²⁵ “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratarse de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”

²⁶ “2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses”.

previsto en el apartado 2 del artículo 153 CP²⁷ (que regula la pena de prisión de tres meses a un año), en los supuestos en que se lleven a cabo las mismas acciones delictivas mencionadas (artículo 153.1 CP), sobre las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP, siempre que la víctima (mujer) no sea pareja o haya sido pareja del agresor. Por lo que, se castiga con tres meses más de prisión, en los supuestos que la víctima (mujer), sea o haya sido pareja del agresor.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC), en su Sentencia 59/2008, del 14 de mayo desestimó la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, teniendo además la *“trascendencia jurídica para asentar las bases que desestiman el resto de las más de 120 cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra otros tres preceptos de la ley”*²⁸.

El Tribunal fundamenta tal desestimación recordando que no toda desigualdad de trato en la ley supone una discriminación del derecho a la igualdad reconocido constitucionalmente. La finalidad de diferenciar ambas penas es proteger la integridad de las mujeres en las relaciones de pareja, ya que hasta el momento se han visto vulnerados parte de sus derechos en el ámbito de las relaciones. *“La mayor sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo, sino porque la conducta tiene un mayor desvalor al constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”*²⁹.

²⁷ “2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”.

²⁸ Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6291>

²⁹ STC 59/2008, de 14 de mayo.

SEGUNDA PARTE

2. Los aspectos procesales de la Violencia de Género: Las medidas de protección a las víctimas de Violencia de Género

Este trabajo pretende estudiar las medidas de protección previstas en la LOM-PIVG, destacando su importancia en relación con la tutela que pretenden otorgar a las mujeres víctimas de delitos de violencia de género.

La mencionada ley protege los derechos y bienes jurídicos vulnerados por la violencia de género; la dignidad de la mujer en el ámbito de las relaciones conyugales o análogas relaciones de afectividad, tanto presentes como pasadas, la igualdad entre los sujetos unidos por dichas relaciones, la vida de la víctima, su libertad e integridad física y psíquica.

Las medidas que pueden adoptarse para proteger estos derechos, son medidas cautelares, es decir, medidas que se adoptan para asegurar la celebración del posterior juicio, garantizar la efectividad de la sentencia que en su día se dicte, así como, evitar la fuga del investigado, que este atente contra los bienes jurídicos de otras personas y la ocultación, destrucción o inutilización de aquellos efectos o pruebas relacionados con el delito³⁰. En algunas ocasiones las medidas cautelares también pueden ser coercitivas, ya que limitan o privan derechos fundamentales del investigado, como es el derecho a la libertad ambulatoria³¹.

“La LOMPIVG regula de manera expresa estas medidas ya que en la LECrim no se contemplan como medidas cautelares, si no únicamente se preveía la prohibición de residencia y la de acudir a determinado lugar para los delitos del artículo 57 CP”. La LOMPIVG posibilita, que la duración de estas medidas abarque hasta el final del proceso, y si es necesario, se extienda a la ejecución de la sentencia³². Además

³⁰ MATÍES FLORS, J.: Contestación al Programa de Derecho Procesal Penal 6ª Edición. Valencia, España. Ed.: Tirant lo Blanch, 2010

³¹ GIMENO SENDRA, V.: Ponencia: Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal, en Congreso Gallefo de Derecho Procesal, A Coruña - España, 2012, p. 73

³² Exposición de Motivos punto III párrafo 21, LOMPIVG.

la LOMPIVG prevé la posibilidad de mantener las medidas durante la tramitación de los recursos que se pudiesen interponer, lo que *‘ya era habitual en la práctica, es de valorar muy positivamente su regulación expresa por cuanto favorece una aplicación uniforme por los distintos órganos de enjuiciamiento’*.

Llama especialmente la atención que no se haya contemplado en la LOMPIVG como una *‘medida cautelar el sometimiento del inculgado a programas de deshabituación a drogas o alcohol, cuando este sea el factor desencadenante del maltrato, como proponían las conclusiones del Seminario de Fiscales encargados de violencia doméstica celebrado en noviembre de 2004, por cuanto posibilitaría además de la protección de la víctima, valorar la predisposición del maltratado y los resultados del tratamiento incluso antes de que se dictase la sentencia’*³³.

1.1 Presupuestos que han de concurrir en la adopción de las medidas cautelares de protección a la víctima de violencia de género.

Para adoptar las medidas cautelares de protección a la víctima de violencia de género han de concurrir una serie de presupuestos que de no observarse pueden, en ocasiones, vulnerar derechos fundamentales del investigado, presunto autor del delito.

Las medidas cautelares personales previstas para el proceso penal deben responder a las siguientes características; instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, variabilidad y excepcionalidad.

La instrumentalidad, ya que se adoptan para asegurar el correcto desarrollo del proceso penal en curso, como para conseguir la efectividad de la sentencia que en su día se dicte. La provisionalidad y temporalidad, ya que las medidas adoptadas tienen una duración limitada en el tiempo, lo que supone el levantamiento de estas cuando finalice el plazo fijado legalmente (artículo 504 LECrim, en relación a la medida de prisión provisional)³⁴. La variabilidad, variarán sí se modifican aquellas circunstancias que

³³ Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género. Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado, p. 1119

³⁴ ‘1. La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.’

produjeron su adopción. La excepcionalidad, ya que son medidas decretadas con carácter restrictivo y no de aplicación genérico, por lo que si existe otra medida cautelar menos gravosa para el investigado se debe optar preferentemente por esta³⁵.

Por otro lado, para poder adoptar una medida de naturaleza cautelar o coercitiva, es necesario que se cumplan una serie de presupuestos: El *fumus boni iuris*, es decir, que se constate la existencia de un hecho o hechos constitutivos de delito y se sepa de la existencia del supuesto autor, (art. 503.1 1º y 2º LECrim), y, el *periculum in mora*, es decir, que se sospeche que el supuesto responsable del delito pueda atentar contra la vida u otros bienes jurídicos protegidos de la víctima, y que por tanto se requiera la adopción de alguna medida de naturaleza cautelar o coercitiva (artículo 503.1 3º LECrim)³⁶.

1.2 Legitimación para solicitar las medidas y autoridad judicial competente para adoptarlas.

El Juez Instructor que conoce de la investigación del hecho delictivo es el competente para la adopción de estas medidas, pudiendo ser tanto de oficio, como a instancia de parte, es decir, *“a petición de la propia víctima, sus hijos, las personas que con ella convivan o estén sujetas a su guarda/custodia, el Ministerio Fiscal o la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida”* (artículo 61.2 LOMPIVG).

En atención a la competencia funcional y territorial del órgano jurisdiccional competente para la adopción de estas medidas, el artículo 58 LOMPIVG modifica el artículo 14 LECrim, y otorga la competencia funcional a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con respecto a aquellos delitos cuyo conocimiento se les atribuya expresamente. Por otro lado, el artículo 59 LOMPIVG, modifica del artículo 15 bis LECrim, manifestando que será territorialmente competente para los delitos cuya instrucción o conocimiento corresponda al JVM, el Juzgado del domicilio de la víctima

³⁵ ASECIO, J.: Derecho procesal penal. Medidas cautelares personales. Valencia, España, 2019. Ed.: Tirant lo Blanch. p. 280

³⁶ MATÍES FLORS, J.: Contestación al Programa..., op. cit., p. 13-14

de estos delitos, pudiendo adoptar medidas urgentes el Juez del lugar de comisión de esos hechos delictivos (artículo 13 LECrim)³⁷.

Cabe destacar, el artículo 60 LOMPIVG, que adiciona un nuevo artículo a la LECrim, el 17 bis, donde extiende la competencia de los JVM para instruir delitos y conocer los delitos leves conexos, siempre que el origen de la conexidad sea la prevista en los apartados 3º y 4º del artículo 17 LECrim, es decir, *“delitos cometidos como medio para perpetrar otros, facilitar su ejecución o pretender la impunidad de otros delitos”*.

Atendiendo a uno de los 73 criterios adoptados en el Seminario de Formación del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), por Magistrados de Audiencias Provinciales con Competencias exclusivas en Violencia de Género, en atención a la adopción de aquellas medidas de carácter urgente e inaplazables, se llega a la conclusión de que los Juzgados de Guardia tendrán que realizar y adoptar todas estas actuaciones, independientemente, que sean horas o no de audiencia, en relación al artículo 40.1 primer párrafo del Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del CGPJ, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, *“no incluye la limitación temporal de las horas de audiencia, como lo hace por el contrario el número 4 del mismo artículo 40 para fijar la competencia del Juzgado de Guardia, para regularizar la situación de los detenidos o adoptar la correspondiente orden de protección.(...) Una vez adoptadas estas medidas, el JG debe inhibirse al JVM territorialmente competente”*³⁸.

³⁷ *“Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”*.

³⁸ FERRER, A., & MAGRO, V.: 73 criterios adoptados por magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género, en *“Seminario de Formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial para Magistrados pertenecientes a secciones especializadas en Violencia de Género.”* Madrid, 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre, 2005.

1.3 Procedimiento para adoptar las medidas de protección de las víctimas de violencia de género y su duración.

Se exige como requisito para proceder a la aplicación de estas medidas de protección, *“auto motivado donde se contemple la proporcionalidad y necesidad de su adopción³⁹, interviniendo el Ministerio Fiscal y con respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa”* (artículo 68 LOMPIVG).

El plazo de duración de las medidas de protección esta ligado a las características propias de las medidas cautelares, la provisionalidad y temporalidad, es decir, se acordará por el Juez competente mediante resolución la adopción de estas medidas de protección durante el desarrollo del proceso y no por tiempo indefinido. Como requisito necesario el Juez, a la hora de adoptar alguna o algunas de estas medidas en los supuestos previstos, tendrá que determinar su plazo de duración (artículo 61.2 LOMPIVG).

Las medidas podrán mantenerse una vez recaiga sentencia definitiva o durante la tramitación de recursos, debiendo constatarse en la sentencia el mantenimiento de estas medidas, siempre que sea necesario para la protección integral de la víctima (artículo 69 LOMPIVG). La importancia de fijar de forma indudable la duración de las medidas está ligado al control de cumplimiento por parte del agresor.

El artículo 58 CP, regula para el cumplimiento de las penas impuestas, que se tendrán en cuenta para su abono aquellas medidas cautelares que se hubiesen adoptado con anterioridad, siempre que se abone a una única causa. Para los delitos previstos en el artículo 57.1 CP en relación con el artículo 57.2 CP, cuando se lleven a cabo

³⁹ La necesidad de las medidas a adoptar, prevista en el artículo 588 bis apartado 4 de la LECrim, tiene una vinculación directa con el resultado que se pretende obtener, y es que se considerará necesaria una medida, cuando no se pueda obtener el fin perseguido con la implantación de otra medida menos gravosa para el sujeto afectado por esta.

Por otro lado, con respecto a la proporcionalidad, se entenderá que una medida es proporcional en atención a las circunstancias del hecho, no pudiendo *“el sacrificio de los derechos e intereses afectados”* por la adopción de esta, *“ser superior al beneficio de su adopción resulte para el interés público y de terceros”*, en atención al apartado 5 del artículo 588 bis de la LECrim.

contra quien sea o haya sido cónyuge, o con análoga relación de afectividad⁴⁰, se podrán adoptar medidas contempladas en el artículo 48 CP (prohibición de residir o acudir a determinados lugares, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas determinadas por el Juez). La duración de estas medidas cautelares que prohíben la residencia, aproximación o comunicación con la víctima o personas establecidas por el Juez, atenderán al tipo de delito cometido por el responsable, pudiendo variar la duración de 6 meses en los delitos leves, 5 años en los delitos menos grave y 10 años los delitos graves.

1.4 Clases de medidas:

1.4.1 La orden de protección

La orden de protección se introdujo mediante la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (en adelante LROP), con la finalidad de que través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, la víctima de los delitos de violencia de género esté bajo la seguridad de la aplicación de un estatuto integral de protección formado por acciones cautelares de naturaleza civil y penal, provocando que las Administraciones públicas estatal, autonómicas y locales lleven a cabo aquellos dispositivos de protección social contempla-

⁴⁰ "1. Los jueces o tribunales, en 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 y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior".

dos en su regulación⁴¹, es decir, una resolución judicial donde previamente se haya constatado la existencia de comisión de un delito de violencia de género y la atribución de su ejecución a una persona determinada (*fumus boni iuris*)⁴², y que además exista una situación objetiva de riesgo para la vida, integridad física, psíquica o moral para la víctima (*periculum in mora*)⁴³.

Al cumplimiento de estos requisitos debe sumarse, el que estas acciones constitutivas de delito de violencia de género sean infligidas sobre una mujer, por quien sea o haya sido su cónyuge o esté o haya estado ligado a ella por una relación de afectividad análoga, exigiendo por tanto que el sujeto activo del delito sea el hombre y el sujeto pasivo la mujer⁴⁴.

Además de su regulación específica, dicha medida de protección se regula en el artículo 544 ter LECrim, artículo 62 LOMPIVG y el Protocolo de protección de la Orden de Protección⁴⁵.

La orden de protección tiene una duración limitada en el tiempo, es decir, quedará sin efecto cuando hayan transcurrido aquellas circunstancias que provocaron su adopción, como se ha dicho, las medidas cautelares están sujetas a la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

⁴¹ Exposición de motivos punto II párrafo 2, LOMPIVG.

⁴² NAUJOËL.: “*Las Medidas Cautelares en el proceso penal*” DerechoUNED. Disponible en: <https://derechouned.com/libro/procesal-penal/7196-las-medidas-cautelares-en-el-proceso-penal> de 20 de junio 2019

⁴³ DELGADO MARTÍN, J.: “*La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*”, Encuentros “*Violencia doméstica*”, CGPJ, Madrid, 2004, p. 95.

⁴⁴ “1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Artículo 1.1 LOMPIVG

⁴⁵ Elaborado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección, constituida el 22 de julio de 2003, por representantes del CGPJ, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provinciales, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/seguridad/protocolos/pdf/Protocolo_implantacion_orden_proteccion.pdf

El Juez que esté instruyendo la causa, contemplará la necesidad de la protección de la víctima, para motivar la permanencia de la adopción de las medidas cautelares penales (artículo 544.6 ter LECrim) ⁴⁶. Con respecto a las medidas cautelares civiles que se adopten, al mismo tiempo que la orden de protección, el plazo máximo de duración de las mismas, alcanza los 30 días hábiles, *‘si dentro de este plazo fuese incoada a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia competente’* (artículo 544.7 ter III LECrim).

El procedimiento de adopción de la orden de protección se desarrolla en tres fases: la fase de solicitud, fase de adopción y la fase de notificación y ejecución.

La fase de solicitud de la orden de protección podrá ser iniciada tanto por la víctima, como por personas unidas a ella por una relación de parentesco o afectividad, así como, el deber de denuncia que le atribuye el artículo 544.2 ter LECrim a las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, cuando tuviesen conocimiento de la comisión de alguno de estos hechos constitutivos de delito. Consistirá, en la cumplimentación de un modelo de solicitud sencillo para todas aquellas personas que pretendan la adopción de dicha orden, con el objetivo principal, en esta fase inicial, de aportarle a la persona solicitante toda la información necesaria y orientativa para su puesta en marcha⁴⁷.

En la segunda fase y antes de proceder a la aplicación de la orden de protección, el Juez Instructor de Guardia deberá celebrar una audiencia urgente, previa a dictar

⁴⁶ *‘Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima’.*

⁴⁷ Comisión de seguimiento de la implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia de Género. Protocolo para la implantación de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/seguridad/protocolos/pdf/Protocolo_implantacion_orden_proteccion.pdf

auto motivado, en un plazo máximo de 72 horas desde la solicitud de la medida, compareciendo la víctima o su representante legal, el solicitante de la medida si es una persona distinta a la víctima, el agresor asistido de su abogado y el Ministerio Fiscal, acordando siempre por el Juez Instructor todas las medidas necesarias para evitar la confrontación entre los asistentes a la comparecencia (artículo 544.4 ter LE-Crim)⁴⁸.

Una vez celebrada la audiencia, el juez decidirá, mediante dicho auto motivado, la adopción de la orden de protección junto con aquellas medidas cautelares penales y civiles que decida adoptar, expresando su alcance, contenido o duración, pudiendo acordarlas, tanto de forma conjunta, como de forma separada⁴⁹.

En situaciones de urgente necesidad, *‘será posible adoptar las medidas en ella inaudita parte si así lo exige el interés prioritario de protección de la víctima (STS 70/2015, 4 de abril), sin perjuicio de que tan pronto como sea posible se dé audiencia al sujeto afectado permitiéndole ejercitar su derecho de defensa, tras lo que serán ratificadas o no’*⁵⁰, garantizándose así, los principios informadores del proceso penal⁵¹.

⁴⁸ *‘Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.*

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado’.

⁴⁹ Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. *Orden de Protección*. Disponible en: <https://www.msbs.gob.es/ca/ssi/violenciaGenero/QueHacer/ordenProteccion/home.htm>

⁵⁰ Circular 4/2005, 18 de julio relativa a los criterios de aplicación de la LOMPIVG (...), op. cit., p. 1124

⁵¹ *‘Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa’*, Artículo 68 LOMPIVG

La tercera y última fase, consiste en la notificación y ejecución de la orden de protección dictada por el Juez Instructor, se notificará de forma inmediata a la víctima, a su agresor, al Ministerio Fiscal y Administraciones Públicas competentes para adoptarlas. Una vez se adopten una o varias de las medidas previstas en el auto, se le debe informar de manera continua a la víctima sobre la situación procesal del investigado⁵², alcance y vigencia de dichas medidas (artículos 544.8 ter - 544.9 ter LECrim).

Se exige que la orden de protección se inscriba en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, órdenes de protección que se acuerdan en procedimientos penales en tramitación contra aquellas personas que prevé el artículo 173.2 CP⁵³. Existe la obligación por parte de este Registro Central de *“coordinarse con el resto de registros existentes, tanto los de Servicios de Violencia Familiar de las Fiscalías como los Registros de Violencia Doméstica creados por la Instrucción CGPJ 2/2003, impulsando la efectiva compartición de la información”*⁵⁴.

El quebrantamiento de la orden de protección y en consecuencia de alguna de las medidas previstas en dicha orden supone la desobediencia de una orden judicial, lo que puede traer consigo *“el arresto o detención inmediata del agresor, pudiendo ser juzgado por la comisión de un delito menor o, incluso, grave”*⁵⁵.

1.4.2 La orden de alejamiento

La orden de alejamiento, configurada como medida cautelar, se regula en los artículos 64.3 LOMPIVG, 544 bis LECrim y 48.2 CP, donde se contempla, la adop-

⁵² La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica introdujo una nueva calificación a la figura de imputado en el proceso penal, por la nueva condición de investigado del proceso penal, teniendo ambas el mismo contenido, es decir, la persona objeto de instrucción del proceso.

⁵³ Ministerio de Justicia. *Registros. Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica*. 3 agosto 2018. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/registros/registro-central-para>

⁵⁴ Comisión de seguimiento de la implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia de Género. *“Protocolo para la implantación...”*, op. cit.

⁵⁵ ROIG, M.: Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género. Ed.: Tirant lo Blanch. 2014, p. 38

ción por parte del Juez Instructor competente, de forma motivada y necesaria, para los delitos previstos en el artículo 57 CP, de la medida de prohibición al agresor de aproximación a la víctima (es decir, con la que tenga o haya tenido alguna relación de afectividad o análoga), al lugar en el que se encuentre, domicilio, trabajo o lugares frecuentados por esta. El objetivo primordial de la adopción de esta medida cautelar es el de proteger la vida, integridad física, moral y psicológica de la víctima, así como de esas personas que el Juez determine ⁵⁶.

Para la adopción de esta medida deben cumplirse los presupuestos previstos para adoptar la orden de protección, es decir, una necesidad objetiva de adoptarla por la comisión de un hecho delictivo con conocimiento de su autor (*fumus boni iuris*) y la certeza de un peligro para la víctima (*periculum in mora*), ya que esta medida atenta, entre otros, contra el derecho fundamental de libertad deambulatoria, previsto en la CE en su artículo 17.1⁵⁷.

Para adoptar esta medida el Juez deberá tener en cuenta la situación económica, familiar, de salud y laboral del agresor; se prevé, sin embargo, la posibilidad de conti-

⁵⁶ 'El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella', Artículo 64.3 I LOMPIVG

'En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar; barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas', Artículo 544 bis I y II LECrim.

'La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena', Artículo 48.2 CP.

⁵⁷ '1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley'.

nuidad laboral en los supuestos de adopción de esta medida teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en cada caso⁵⁸.

Así mismo, para verificar el cumplimiento de esta medida, el Juez Instructor que decida su adopción, podrá acordar la utilización de aquellos instrumentos tecnológicos que le sirvan para verificar la obediencia por parte del agresor (artículo 64.3 II LOMPIVG). Generalmente, se lleva a cabo dicho control de cumplimiento de forma monitorizada, *‘monitorizan todos los movimientos con independencia de la ubicación.’*. Se procede a colocar la pulsera y receptor portátil al agresor en sede judicial, por parte de la empresa privada competente para ello, y entregándole a la víctima el dispositivo receptor y un teléfono móvil auxiliar. Teniendo por tanto el Juzgado que adoptó la medida conocimiento a tiempo real del cumplimiento o no de la orden de alejamiento⁵⁹.

Con respecto a la distancia mínima que se debe guardar entre el agresor y la víctima, el artículo 64.3 III LECrim contempla el deber del Juez de fijarla⁶⁰. Lo relevante en este asunto, es la falta de regulación legislativa a la hora de fijar la distancia mínima que debe expresar la orden de alejamiento, por lo que será el Juez Instructor el encargado de fijarla atendiendo a las circunstancias personales, en cada caso concreto. Así, por ejemplo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (en adelante TS) en su sentencia 748/2018, de 14 de febrero, estableció la distancia mínima de 300 metros, mientras la Sala de lo Penal del TS en su auto 96/2019, de 18 de julio, fijó una distancia mínima de 500 metros, siendo generalmente la distancia mínima impuesta de 500 metros⁶¹. También, la distancia que se prevé en el Protocolo de Actuación de

⁵⁸ *“Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización”*, Artículo 544 bis III LECrim.

⁵⁹ ARENAS, L.: Los medios de control telemáticos en el sistema penal español. Ed.: Tirant lo Blanch. 2018, p. 35 y 255

⁶⁰ *“El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal”*.

⁶¹ HERNANDO, F.: *“Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género”*, Madrid, 27 de abril 2005, p. 11

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género, *‘se fija en al menos 500 metros a fin de evitar la confrontación visual entre la víctima y el imputado’*⁶².

En los supuestos de quebrantamiento de esta medida, las Audiencias Provinciales optaban por diferentes soluciones, sin embargo, el Pleno de la Sala de lo Penal del TS ha establecido que, la distancia prevista en una orden de alejamiento debe medirse en línea recta, y no calculando el recorrido real⁶³. En caso de que se constate el incumplimiento de la medida, el artículo 544 bis IIII LECrim⁶⁴, prevé la transformación de la misma, en otra medida más gravosa, ya sea, prisión provisional, orden de protección o cualquier otra medida que implique una limitación de la libertad personal del agresor, así como la responsabilidad penal derivada de este quebrantamiento, pudiendo imponerse la pena de prisión de 6 meses a 1 año fijado en el artículo 468.2 CP⁶⁵.

Es importante destacar la posibilidad de quebrantamiento de esta medida a causa del consentimiento de la víctima. En estos casos la Sala 2ª del TS ha sentado jurisprudencia manifestado que, *‘el consentimiento de la persona en cuyo favor se fija como condena una prohibición de acercamiento no es idóneo para sustentar una atenuante’*. Considerando con ello que la protección de la víctima de violencia de género es un *‘interés colectivo indisponible’*, lo que supone que el cumplimiento de la

⁶² Circular 4/2005, 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LOMPIVG..., op. cit., p. 1129

⁶³ *‘El Supremo fija que las órdenes de alejamiento se midan ‘en línea recta’, no calculando el recorrido real’*, MARRACO, M., Publicado en el periódico: El Mundo. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2018/12/04/5c0429e421efa0324d8b45ac.html>, 4 de diciembre 2018.

⁶⁴ *‘En caso de incumplimiento por parte del inculpado 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’*.

⁶⁵ *‘Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código 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 artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada’*.

orden de alejamiento no puede quedar a la voluntad o libertad de la víctima⁶⁶. Teniendo presente que el proceso penal no se caracteriza por la disponibilidad de su objeto, ya que a pesar de que dicha medida se adopte en favor de la víctima y esta consienta, *‘el beneficiario de ellas no es el dueño y señor de estas medidas, sino que debe plegarse, como cualquier otro ciudadano, a su dictado, cumplirlas y hacer que los demás las cumplan o, al menos, no actuar induciendo a otro a su incumplimiento’*⁶⁷.

1.4.3 La suspensión de las comunicaciones

La medida de suspensión de las comunicaciones prevista como medida cautelar del proceso penal, se regula en el artículo 64.5 LOMPIVG, siendo, de nuevo, el Juez Instructor competente para conocer de la causa, el que prohíba al agresor mantener cualquier tipo de comunicación con la víctima o con aquellas personas que este considere, pudiendo incurrir en responsabilidad penal en caso de incumplimiento⁶⁸.

Esta medida, también se recoge artículo 544 bis II LECrim, que hace referencia a la adopción por parte del Juez de la prohibición de comunicarse con la víctima, determinándola con la graduación que sea precisa.

Los preceptos mencionados no prevén los tipos de comunicaciones que han de expresarse con la adopción de esta medida, pudiendo entenderse que la suspensión de las comunicaciones se extiende a aquellas que se realicen vía telefónica, comunicaciones escritas y verbales, así como, en persona, es decir, toda la que pretenda mantener el agresor con la víctima o con las personas que el Juez determine.

⁶⁶ *‘El Supremo rechaza como atenuante que una víctima de violencia de género deje a su maltratador romper el alejamiento’*, LARRAÑETA, A., Publicado en el periódico: 20 Minutos. Disponible en: <https://www.20minutos.es/noticia/4124356/0/el-supremo-fija-que-el-consentimiento-de-la-victima-ante-un-quebrantamiento-de-la-orden-de-alejamiento-no-es-atenuante/>, 21 de enero 2020

⁶⁷ RAMOS, J.: *‘Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento’*, 2006, p. 1229

⁶⁸ *‘El Juez podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal’*.

1.4.4 La salida del domicilio y prohibición de volver

El artículo 544 bis LECrim, no menciona expresamente esta medida cautelar, pero a la hora de adoptar el Juez Instructor, la orden de alejamiento o de prohibición de residencia en un determinado lugar, se entiende implícita la salida del domicilio del investigado por un delito de violencia de género.

Por otro lado, el artículo 64.1 LOMPIVG, si regula expresamente esta medida. Este precepto vino a marcar una diferencia, ya que a pesar de que en la LECrim se entendía implícitamente la salida del domicilio, con la entrada en vigor de la LOMPIVG, se obliga al agresor al abandono del lugar habitual de residencia, independientemente de que lo haga o no la víctima⁶⁹.

Conforme al párrafo 2 del artículo 64 LOMPIVG el Juez puede autorizar, excepcionalmente, que la víctima concierte con una agencia o sociedad pública, que tenga entre sus actividades el arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido a la vivienda familiar, en el supuesto de que el agresor y la víctima sean copropietarios, por el uso de otra vivienda durante un tiempo determinado⁷⁰, siempre que la víctima prefiera optar por residir en otro domicilio cuya ubicación desconozca el agresor.

En el supuesto de que la víctima sea la única propietaria de la vivienda no necesitará de autorización judicial, sin embargo, en caso de copropiedad, como más arriba se ha dicho, o bien, sea titular del contrato de arrendamiento, el Juez también podrá acordar la permuta de carácter temporal⁷¹.

⁶⁹ “El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo”.

⁷⁰ “El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen”.

⁷¹ MORENO, V.: “Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos”, en II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género, Granada, 23 y 24 febrero 2006, p. 13

1.4.5 La suspensión del derecho al porte, tenencia y uso de armas

El artículo 67 LOMPIVG contempla la posibilidad de adoptar esta medida cautelar, que obliga al sujeto destinatario de la misma a depositar las armas que tuviera en su poder, conforme a lo previsto en la normativa vigente.

Si se trata de armas de licencia tipo A⁷², debe depositarlas en los locales determinados por el Ministerio de Defensa, en los servicios de armamento de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o en su caso en la Intervención de Armas de la Guardia Civil, cuando no exista el servicio de armamento. En el supuesto de armas de cualquier otro tipo de licencia⁷³, se depositará en la Intervención de Armas de la Guardia Civil correspondiente (artículo 165.1 del Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/1993, de 29 de enero).

La finalidad que persigue esta medida es evitar que, en aquellos supuestos en que el investigado tenga en su poder alguna de las armas mencionadas, pueda atentar contra la vida o bienes jurídicos de la víctima, y conforme a lo previsto en el artículo 153.1 CP, la medida podrá durar entre, un año y un día, a tres años.

1.4.6 La detención

La detención del agresor supone una privación provisionalísima de su libertad deambulatoria, configurada en el ordenamiento jurídico como una medida cautelar-coercitiva, para los casos en los que se sospeche que el agresor ha cometido un hecho constitutivo de delito de violencia de género, o bien, porque ha quebrantando una de las medidas cautelares adoptadas judicialmente, es decir, ya existe un proceso penal

⁷² En atención al Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas (en adelante Reglamento de Armas), reguladas en los artículos 99 a 104, las armas de licencia tipo A, válida para las licencias B, D y E, *“documentará las armas de las categorías 1.ª, 2.ª y 3.ª de propiedad privada del personal de los Cuerpos Específicos de los Ejércitos, de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del Servicio de Vigilancia Aduanera”*.

⁷³ El resto de licencias de armas diferentes a las de tipo A, previstas en el Reglamento de Armas, abarca las armas de licencias tipo B (*“para armas de fuego cortas de particulares”*), armas de licencias tipo C (*“armas para vigilancia y seguridad”*, no previstas para ser armas de licencia tipo A), armas de licencia tipo D (*armas de fuego largas rayadas para caza mayor*), armas de licencias tipo E (ballestas, armas para lanzar cabos, armas de fuego largas rayadas deportivas, escopetas y armas accionadas por aire u otro gas comprimido) y armas de licencia tipo F (*“armas de concurso de tiro cuyo poseedor se encuentra afiliado a federaciones deportivas que utilicen armas de fuego para la práctica correspondiente de la actividad deportiva”*).

en curso y el agresor está sujeto a una determinada medida cautelar, llevándose a cabo la detención por el incumplimiento de ésta; al presunto agresor se le priva de libertad por el riesgo que puede suponer para la vida, integridad física, psicológica o moral de la víctima. Es decir, la detención es en palabras de Gimeno Sendra es *‘una medida cautelar de naturaleza personal y provisional, que puede adoptar la autoridad judicial, policial o incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado, con el objeto esencial bien de ponerlo a disposición de la autoridad judicial, bien, si se encuentra ya en esa situación, de resolver sobre la misma, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos intensa’*⁷⁴.

En supuesto de violencia de género, los motivos por las que se puede adoptar la detención en supuestos de violencia de género son, *‘tanto los previstos en el artículo 468 CP, como en los supuestos previstos por los artículos 153.3 CP (lesión, maltrato de obra o amenazas con armas o instrumentos peligrosos quebrantando el alejamiento), 173.2, párrafo 2º CP (delito de violencia habitual quebrantando el alejamiento), 171.4 y 5 CP (delito de amenazas leves quebrantando el alejamiento) y 172.2 CP (delito de coacciones leves quebrantando el alejamiento)’*⁷⁵.

Se contempla su regulación en la LECrim en los artículos 486 a 501. Los sujetos que practiquen la detención deben realizarla de la forma que menos perjudique al detenido y salvaguardando siempre aquellos derechos propios que le asisten. Así mismo, debe durar lo estrictamente necesario con la finalidad de llevar a cabo todos aquellos actos de averiguación relativos a la comisión del hecho constitutivo de delito de violencia de género o el quebrantamiento de cualquiera de las medidas adoptadas.

Esta medida puede practicarla tanto un particular, como la autoridad policial y judicial, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias previstas en el

⁷⁴ GIMENO SENDRA, V.: Manual de Derecho Procesal Penal. La detención. 4ª Edición. Ed.: Colex S.A, 2014

⁷⁵ *‘Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género’*, 2012, p. 11, Disponible en: https://www.policia.es/org_central/judicial/normativa/protocolo_actua_fcse.pdf

artículo 490 LECrim⁷⁶. En los supuestos de detención practicada por particulares estos deberán justificar la detención, con respecto a las circunstancias previstas en el artículo 491 LECrim⁷⁷. La detención adoptada por la autoridad policial, debe fundamentarse bien en las causas contempladas en dicho artículo 490 LECrim, o bien, si se encuentra procesado en atención a lo previsto en el artículo 492 1º y 2º, o aun sin estar procesado, siempre que existan indicios racionales por parte de esta autoridad policial sobre la perpetración de un hecho constitutivo de delito o que el sujeto ha participado en él⁷⁸, en el supuesto de que la autoridad policial lleve a cabo esta medida sin concurrir ninguna sospecha de comisión delictiva o participación, podrá incurrir en un tipo delictivo contemplado en el artículo 167 CP⁷⁹. Por último, la autoridad judicial también podrá acordar la detención cuando concurren alguna de las situaciones previstas en el artículo 492 LECrim⁸⁰.

⁷⁶ ‘‘Cualquier persona puede detener: 1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2.º Al delincuente in fraganti. 3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía’’

⁷⁷ ‘‘El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior’’.

⁷⁸ ‘‘La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:

1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.

2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.

3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él’’.

⁷⁹ ‘‘1. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en este Capítulo será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado’’.

⁸⁰ ‘‘Dicho Juez o Tribunal acordará también la detención de los comprendidos en el artículo 492, a prevención con las Autoridades y agentes de Policía judicial’’, Artículo 494 LECrim.

Una vez puesto a disposición judicial el detenido por la presunta comisión de hechos constitutivos de delito de violencia de género⁸¹, la autoridad judicial tendrá que decidir si pone en libertad al detenido o bien, si no concurren las circunstancias para ello, llevará a cabo las primera diligencias y tras previa comparecencia y a petición del Ministerio Fiscal o partes acusadores, elevará la detención a prisión provisional, libertad provisional, con o sin fianza, debiendo remitir posteriormente las diligencias practicadas al JVM, en el supuesto de no ser aquel el competente para conocer de la causa, en atención a lo previsto en los artículos 497 y 498 LECrim.

La detención no debe durar mas de 72 horas, bien provocando la puesta en libertad o bien, la puesta a disposición de la autoridad judicial competente del detenido⁸².

1.4.7 La prisión provisional

La regulación legal de la prisión provisional en la LECrim, se vio modificada tras las reformas operadas por, la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional y la LOMPIVG.

La prisión provisional se prevé como una medida cautelar-coercitiva, de carácter personal, provisional y de duración limitada, adoptada en virtud de resolución judicial, dirigida contra el sujeto investigado por la presunta comisión de un hecho delictivo, privándole de libertad. Se contempla como una medida excepcional del proce-

⁸¹ *“El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma”, Artículo 496 LECrim.*

⁸² *“La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”, Artículo 17.2 CE*

“La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”, Artículo 520.1 LECrim

so penal, ya que su adopción afecta directamente a derechos fundamentales del sujeto pasivo destinatario de la misma, así, al derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa, al derecho a la libertad⁸³, consagrados en los artículos 24.2 y 17 CE.

La prisión provisional se podrá adoptar si concurren las notas características de idoneidad y necesidad, es decir, sólo adoptando esta medida puede conseguirse una investigación exitosa. El Juez a la hora de decretar la prisión provisional debe llevar a cabo un *“juicio de ponderación”*, atendiendo a los presupuestos que la integran, como son, entre otros, su excepcionalidad y proporcionalidad⁸⁴. Se exige la motivación del auto que acuerde la prisión provisional o la prorrogue, expresando los motivos de aplicación de esa medida (artículo 506.1 LECrim).

Además, en el caso de violencia de género, el Juez Instructor competente para adoptar esta medida deberá tener en cuenta, que las medidas de protección ya adoptadas, (artículo 544 bis o 544 ter LECrim), son insuficientes para garantizar la protección y seguridad de la víctima.

Para adoptar la prisión provisional se debe apreciar por el Juez Instructor competente:

- la comisión de un hecho delictivo que lleve aparejada *“pena igual o superior a dos años de prisión”*, o *“inferior a esta pena si el investigado tuviese antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación”* por la comisión de delito doloso (artículo 503.1 1º LECrim),
 - que existan motivos suficientes para creer responsable al investigado sobre la comisión de esos hechos (artículo 503.1 2º LECrim)
 - que esta medida tenga la finalidad de garantizar la presencia del *“investigado en el proceso cuando se sospeche riesgo de fuga”*, que solo procederá cuando *“se hubiesen dictado dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier*

⁸³ GUERRA, C.: La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico. Ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 38

⁸⁴ Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Consulta 2/2006, 10 de julio, sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del artículo 153 del Código Penal. Límite de duración, p. 5. Recuperado de: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-Q-2006-00002.pdf

órgano judicial en los dos años anteriores” o, cuando el investigado tuviese *“antecedentes penales no cancelados por la comisión de un delito doloso”* (artículo 503.1 3º a) LECrim), asegurar las *“fuentes de prueba”* que el investigado pueda destruir, alterar u ocultar, la influencia que pueda realizar el investigado sobre testigos o peritos (artículo 503.1 3º b) LECrim), evitar que el investigado vuelva a reincidir atendiendo a las circunstancias del hecho y la gravedad de los delitos que pudiese cometer, debiendo ser el delito cometido de carácter doloso (artículo 503.2 LECrim), y finalmente, como objetivo principal para los delitos de violencia de género, evitar que el investigado pueda atentar *“contra los bienes jurídicos de la víctima especialmente si se trata de alguna de las personas que prevé el artículo 173.2 CP”*, para esta finalidad no se exigirá el requisito de la pena aparejada al delito, igual a superior a 2 años (artículo 503.1 c) LECrim).

No hay que olvidar que el Juez Instructor no adopta la prisión provisional *motu proprio*, (salvo excepciones), sino que lo hace a petición del Ministerio Fiscal o partes acusadoras, previa celebración de la comparecencia a la que se refiere el artículo 505 de la LECrim.

La duración de la prisión provisional será del tiempo imprescindible para alcanzar los fines más arriba expuestos y siempre que persistan las causas que justificaron su adopción, *“rebus sic stantibus”*, (artículo 504.1 LECrim). Sin embargo, y dado que esta medida limita derechos fundamentales, la ley contempla una duración máxima de permanencia de la misma, aun cuando subsistan las causas que justificaron su adopción.

Si se adopta la prisión provisional con el objetivo de la protección de los bienes jurídicos de la víctima atendiendo a los delitos de violencia de género, si alguno de ellos lleva aparejada pena de prisión igual o inferior a 3 años, la prisión provisional no podrá durar más de 1 año (prorrogable por 6 meses para los supuestos en que no se pueda juzgar la causa). Para los delitos de violencia de género que lleven aparejada

pena de prisión superior a 3 años, la prisión provisional no podrá exceder de los 2 años (prorrogable 2 años más por las mismas circunstancias)⁸⁵.

TERCERA PARTE

1. Las medidas de carácter civil en materia de Violencia de Género

En esta parte del trabajo se van a estudiar las medidas de naturaleza civil que pueden adoptarse como consecuencia de la comisión de un delito de violencia de género, en este caso y a diferencia de lo que ocurre con algunas de las medidas penales estudiadas, no suponen una limitación de derechos fundamentales del investigado como presunto autor del hecho delictivo. La LOMPIVG, en su artículo primero, se refiere a la posibilidad de adoptar las medidas de protección, en el supuesto de existencia de hijos menores bajo la tutela o guarda y custodia de la mujer víctima de violencia de género. Son medidas de suspensión y no de privación, salvo que se acuerden como pena por la comisión de delito, según prevé el artículo 170 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC)⁸⁶.

Las medidas civiles que se adopten en la orden de protección, ya estudiada, están supeditadas a las medidas penales, es decir, tienen "*naturaleza ambivalente*", son medidas civiles, pero se adoptan en un proceso penal. La finalidad que persigue el legislador al prever estas medidas es la de garantizar la seguridad de la víctima, procurando evitar cualquier enfrentamiento entre la pareja. Además, son equiparables a las medidas provisionales que se adoptan en la vía civil⁸⁷. Su duración será de 30 días, pudiendo ser prorrogadas 30 días más si se presenta, por la víctima o su representante legal, una

⁸⁵ "2. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a) o c) del apartado 1.3.º o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años", Artículo 504.2 LECrim.

⁸⁶ ARANDA, R.: "Medidas civiles contra la Violencia de Género en la L.O. 1/2004", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2008, p. 31.

⁸⁷ CHIRINOS, S.: La ley de medidas de protección integral contra la Violencia de Género. Cuestiones prácticas y básicas en torno a la ley. Ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 76

demanda que inicie un proceso de familia en el orden jurisdiccional civil (artículo 544.7 III ter LECrim).

La regulación general de estas medidas se contempla en los artículos 721 y ss. LEC y 544.7 ter LECrim, teniendo en cuenta lo previsto en la LOMPIVG, para cada medida civil en particular. Lo característico de las medidas civiles, a diferencia de lo que ocurre con las medidas penales, es que deben ser solicitadas por la víctima, su representante legal o por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con capacidad modificada judicialmente, siempre de forma justificada y con todos aquellos documentos que fundamenten la petición⁸⁸. El Juez competente puede dictar, de oficio, las medidas previstas en el artículo 158 CC, *‘1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

⁸⁸ *‘1. La solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción.*

2. Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares”, Artículo 732 LEC

6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”.

En aquellos supuestos que existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez competente, tendrá que pronunciarse siempre de oficio sobre dichas medidas (artículo 544.7 I ter LECrim).

1.1 La suspensión cautelar de la patria potestad y guarda y custodia de menores

Los hijos menores que conviven en un entorno familiar rodeado de situaciones violentas, como es el caso de la violencia de género, se convierten en víctimas, al igual que sus madres, directas o indirectas del problema, siendo fundamental la actuación por parte de los poderes públicos para garantizar el bienestar e integridad de estos menores⁸⁹. Por lo que, en estos supuestos de violencia de género, prima el interés superior del menor previsto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

En consecuencia, se prevé legalmente en el artículo 65 LOMPIVG que, *“El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la se-*

⁸⁹ Exposición de motivos punto II párrafo 9, LOMPIVG.

guridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

Se debe diferenciar entre patria potestad y guarda y custodia, la patria potestad la podemos entender como aquellas responsabilidades o deberes que ostentan los padres sobre sus hijos, la cual se ejercerá siempre en interés o beneficio de estos y con el respeto de sus derechos, en atención a los deberes que contempla el artículo 154 CC⁹⁰; la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro en atención a lo contemplado en el artículo 156 CC. Por su parte, la guarda y custodia, hace referencia a, con quien van a vivir y quién va a cuidar de esos hijos menores, en caso de separación o divorcio. En supuestos donde uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, moral, libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de esos hijos menores con los que convivan ambos, y cuando exista violencia doméstica, no procederá la guarda conjunta⁹¹.

El criterio, mayoritariamente aceptado por la jurisprudencia del TS y distintas Audiencias Provinciales, es la de atribución exclusiva de la patria potestad a la madre, en supuestos en el que el padre se encuentra privado de libertad por la comisión de delito o delitos de violencia de género. La SAP Madrid, 1038/2015, de 7 de diciembre, falló suspendiendo el ejercicio de la patria potestad del padre al encontrarse este privado de libertad por delito de violencia de género, fundamentando su decisión en el interés superior del menor. Del mismo modo, la SAP Barcelona, 179/2015, de 21 de octubre, otorga el ejercicio de la patria potestad en favor de la madre, por estar el padre privado de libertad por la comisión de delitos de violencia de género. Sin embargo, la Sala Primera

⁹⁰ *“Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”*

⁹¹ *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”, Artículo 92.7 CC*

del TS, se pronunció en la sentencia 680/2015, 26 de noviembre, atribuyendo de forma conjunta la patria potestad a ambos progenitores, pero suspendiendo el régimen de visitas, al encontrarse el padre en prisión por la comisión de delitos de violencia de género. Por otro lado, la SAP Albacete 133/2015, 27 de octubre, revocó el fallo emitido por la sentencia del JVM nº 1 de Albacete, que privaba al padre de la patria potestad, manifestando la Sala segunda del TS, que la aplicación de esta medida es excepcional, considerando más acertado la atribución exclusiva de la patria potestad a la madre.

1.2 La suspensión del régimen de visitas

El régimen de visitas al menor se contempla para aquellos supuestos en que los progenitores se encuentren, en proceso de separación o divorcio, o bien, estén separados o divorciados en virtud de sentencia firme, o bien, en cualquier otra circunstancia donde el progenitor se encuentre sujeto a una medida cautelar penal, por la comisión de un delito de violencia de género, debiendo estar presente siempre en la adopción de esta medida, el interés superior del menor, según contempla para estas situaciones el artículo 3 del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (en adelante CND)⁹², de igual forma la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la LEC (en adelante LOPJM)⁹³.

En los supuestos donde al padre se le impone una medida cautelar penal por haber cometido algún delito de violencia de género, la LOMPIVG, en su artículo 66 prevé que, el Juez podrá ordenar la suspensión de este régimen de visitas, comunicación o relación con el menor que dependa del agresor, cuando lo considere oportuno; si no decreta esta suspensión, deberá pronunciarse, de igual modo, sobre cómo se llevará a

⁹² *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

⁹³ *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.*

cabo el régimen de visitas, comunicación o relación del inculpado por delito de violencia de género y siempre, en atención al interés superior del menor y la integridad y seguridad de la mujer. Del mismo modo, el artículo 94 CC, regula el derecho de visita, comunicación o tenencia de los progenitores con respecto a sus hijos menores, salvo que concurran circunstancias como la violencia de género, que atenten contra el menor o su madre.

La no suspensión del régimen de visitas debe hacerse garantizando la integridad y seguridad del menor, siempre y cuando se haya constatado previamente que es la solución adecuada al caso concreto. Sin embargo, *“no se considera necesario, ni se advierte como conveniente decretar la suspensión automática del régimen de visitas y/o la guarda y custodia establecida previamente respecto de los hijos menores cuando se produzcan situaciones de violencia de género y se adopten medidas o se impongan penas de prohibición de aproximación a la víctima”,* pues *“puede resultar conveniente el mantenimiento de una relación paterno-filial bien estructurada, debiendo, en todo caso, adaptarse a las circunstancias concretas para evitar el contacto directo entre agresor y víctima, y evitar supuestos de instrumentalización de los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la madre”*⁹⁴.

En estos supuestos donde no se suspende, directamente, el régimen de visitas o comunicación con el menor, los encuentros entre el menor y el progenitor se llevarán a cabo en puntos neutros, es decir, *“locales atendidos por una institución oficial, o por una asociación privada con apoyo público, en los que se pueda llevar a cabo las visitas del progenitor a sus hijos menores en ejercicio de lo dispuestos por una resolución judicial”*⁹⁵.

La utilización de estos lugares, en los casos de violencia de género, puede evitar situaciones de violencia y confrontación entre el investigado, encausado, acusado o

⁹⁴ Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género, CGPJ, *“Seminario Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”*, en sede de Formación Continua del CGPJ, 18 a 20 de octubre de 2010. Recuperado de: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionales/Investigacion/juridico/protocolos/docs/GuiaActuacionjudicial2013.pdf>

⁹⁵ *“Encuentros Violencia Doméstica”*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 363

condenado,⁹⁶ el menor y la mujer. La ejecución de esta medida en los puntos de encuentro estará dirigida y controlada por aquellos profesionales habilitados para ello, los cuales deben emitir informes de estos encuentros al Tribunal competente. Este personal cualificado debe supervisar tanto las entregas y recogidas de los menores, como llevar a cabo una intervención activa en supuestos de violencia que hayan podido vivir los menores o practicar visitas tuteladas. Cuando se decrete el desarrollo de esta actividad mediante resolución judicial, el Juez deberá fijar los datos identificativos de los progenitores, menores, la modalidad de la intervención, duración y la frecuencia de las visitas⁹⁷.

1.3 La atribución de la vivienda

Otra de las medidas que el Juez competente podrá adoptar es la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar según prevé el artículo 544.7 ter LECrim, así como, el ajuar familiar que permanecerá en dicha vivienda, en relación con el artículo 103.2 CC, debiendo tener presente la autoridad judicial el interés familiar más necesitado de protección a la hora de acordar esta medida⁹⁸, como es la vida, integridad física, moral y psicológica de la víctima de los delitos de violencia de género.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que, la pareja o ex pareja, en los supuestos de existencia de hijos menores, lleguen a un acuerdo en la atribución del uso de la vivienda familiar, siempre que no sea perjudicial para el menor o menores, ni tampoco para alguno de los progenitores. En caso de no llegar a un acuerdo, o bien, que el acuerdo no sea aprobado por el Juez, éste atribuirá el uso ordinario de la vivienda al progenitor en cuya compañía quede el menor o menores. En los supuestos de no existir hijos menores, con el consentimiento del agresor, si se trata del titular del inmueble o en su defecto y en caso de éste negarse, mediante autorización judicial, se atribuirá el uso y

⁹⁶ En función del momento procesal en donde se decrete esta medida, el sujeto pasivo de esta, podrá ser calificado como investigado, acusado o inculcado, en atención a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

⁹⁷ “*Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”, CGPJ, 13 octubre 2016, p. 282-283

⁹⁸ “*Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno*”.

disfrute de la vivienda a la víctima de los delitos de violencia de género que no sea la titular del domicilio, en función de las circunstancias pertinentes de protección⁹⁹; es lógico que, en los supuestos donde la víctima de estos delitos, sea la titular de la vivienda, no existe duda a la hora de la atribución de la vivienda.

⁹⁹ *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”*, Artículo 96 CC

Conclusiones

Primera.- La violencia de género debe ser contemplada como un problema que, de una forma u otra, afecta a todas las sociedades de los diferentes países del mundo, y ello, a pesar de los avances logrados desde principio de siglo, con la promulgación de leyes pioneras en la protección de la vida, la seguridad e integridad de mujeres e hijos que sufrían el maltrato ejercido, respectivamente, por sus maridos y padres, y que hoy conocemos como violencia de género. La necesidad de una auténtica implicación de los poderes públicos y de la sociedad en su conjunto, es indispensable para erradicar este fenómeno que, un día sí y otro también, ocupa las primeras páginas de los medios de comunicación. Se ha conseguido mucho, pero hay que seguir trabajando y la educación es un aspecto que hay que tener en cuenta en esta tarea, anticipándose al problema, impartiendo una verdadera educación igualitaria en los centros educativos y donde los menores puedan sentirse libres para manifestar que son víctimas directas o indirectas de esta violencia.

Segunda.- Las medidas cautelares/coercitivas previstas en la LOMPIVG para salvaguardar y proteger a las víctimas de violencia de género, se han visto envueltas en innumerables críticas que provienen de distintas fuentes, con la pretensión de sustituir esta Ley por otra que regule la violencia intrafamiliar, lo que supone desandar el camino andado. No hay que olvidar que la violencia de género excede del marco familiar, y no lo necesita para que se cometa el delito calificado como de violencia de género.

Tercera.- El año 2019 se cerró con la muerte de 55 mujeres a mano de sus parejas o ex parejas, la cifra más elevada desde el año 2015, así como 99 femicidios, de ahí que la necesidad de rectificar el concepto de violencia de género que prevé la LOMPIVG, integrando en él, los femicidios y agresiones sexuales que se producen al margen de la relación de pareja o ex pareja, siendo necesaria una reforma que abogue por la uniformidad a la hora de proteger a las víctimas.

Cuarta.- La importancia de las medidas de protección reguladas por la LOM-PIVG se plasma en la práctica, en el año 2018, fueron solicitadas 45.045 órdenes de protección, destacando, dentro las diferentes medidas penales y civiles que se pueden adoptar dentro de la orden de protección, la solicitudes de órdenes de alejamiento (25.275 decretadas) y solicitudes de prohibiciones de comunicación (24.834 decretadas en 2018). Estas cifras reflejan la necesidad de nuestra LOMPIVG.

Quinta.- Se podría prescindir de las leyes reguladoras que contemplan las medidas en materia de protección integral de violencia de género si en nuestra sociedad se plasmara, sin fisuras, el principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, pero mientras esto no ocurra, los operadores jurídicos y sociales deberán velar por los derechos que asisten a las mujeres e hijos víctimas de violencia de género.

Bibliografía

ARANDA, R.: ‘Medidas civiles contra la Violencia de Género en la L.O. 1/2004’, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2008, p. 31.

ARENAS, L.: Los medios de control telemáticos en el sistema penal español. Ed.: Tirant lo Blanch. 2018, p. 35 y 255

ASENCIO MELLADO, J.: Derecho procesal penal. Medidas cautelares personales. Valencia, España, 2019. Ed.: Tirant lo Blanch. p. 280

AYALA, L. y HERNÁNDEZ, K.: ‘La violencia hacia la mujer. Antecedentes y aspectos teóricos’, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, mayo 2012.

BOCH, E., FERRER, V. y ALZAMORA, A.: El laberinto patriarcal. Reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres. Ed. Antrhopos, 2006, p. 27.

CHIRINOS, S.: La ley de medidas de protección integral contra la Violencia de Género. Cuestiones prácticas y básicas en torno a la ley. Ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 76

DELGADO MARTÍN, J.: ‘La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica’, *Encuentros “Violencia doméstica”*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 95.

FERRER, A., & MAGRO, V.: ‘73 criterios adoptados por magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género’, en ‘*Seminario de Formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial para Magistrados pertenecientes a secciones especializadas en Violencia de Género*’, Madrid, 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre, 2005.

GIMENO SENDRA, V.: Manual de Derecho Procesal Penal. La detención. 4ª Edición. Ed.: Colex S.A, 2014

GIMENO SENDRA, V.: Ponencia: Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal, A Coruña - España, 2012, p. 73

GONZÁLEZ, M.: Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género. La tutela judicial de la Ley integral contra la Violencia de Género. Los juzgados de violencia sobre la mujer. Ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 357

GUERRA, C.: La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico. Ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 38

HERNANDO, F.: *“Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género”*, Madrid, 27 de abril 2005, p. 11

MATÍES FLORS, J.: Contestación al Programa de Derecho Procesal Penal 6ª Edición. Valencia, España. Ed.: Tirant lo Blanch, 2010

MONTALBAN HUERTAS, I.: *“Malos Tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”*, en I Encuentro Sobre “Violencia Doméstica”, Madrid, 24-26 septiembre 2003.

MORENO CATENA, V.: *“Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos”*, en II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género, Granada, 23 y 24 febrero 2006, p. 13

NAUJOËL.: *“Las Medidas Cautelares en el proceso penal”* DerechoUNED.

RAMOS, J.: *“Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”*, 2006, p. 1229

ROIG, M.: *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género*. Ed.: Tirant lo Blanch. 2014, p. 38