

**REFLEXIONES SOBRE ALGUNA DE LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO.** Rafael Pérez Ruiz, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Montoro (Córdoba).

1. EL NUEVO APARTADO 7º DEL ART. 544 TER.
2. DUDAS PRÁCTICAS CON LA ORDEN DE PROTECCIÓN.
  - 2.1 PRUEBA: INMEDIACIÓN, VALORACIÓN, PROPUESTA.
  - 2.2 DOBLE COMPETENCIA TERRITORIAL.
  - 2.3 LIMITACIÓN ESPACIAL Y TEMPORAL.
3. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN POR LA PENALIDAD DEL ANTIGUA ARTÍCULO 620 DEL CÓDIGO PENAL VERSUS LOS NUEVOS DELITOS LEVES.

### **INTRODUCCIÓN**

Partiendo de la modificación que se ha realizado en el apartado séptimo del art. 544 ter de la LECr, mediante la presente ponencia se pretende plantear desde un punto de vista práctico algunas de las cuestiones que pueden surgir en la tramitación de una orden de protección y en relación con las mismas añadir un par de pinceladas respecto a la nueva regulación de los delitos leves que antes se incluían como falta en el antiguo art. 620 del CP así como las nuevas competencias de los juzgados de Violencia sobre la Mujer, todo ello no sólo con una finalidad formativa sino sobretodo con la de hacer surgir el debate entre los asistentes presenciales y virtuales.

## **1. EL NUEVO APARTADO SÉPTIMO DEL ART. 544TER.**

El art. 554ter de la LECr donde se regula la orden de protección se ha visto modificado por la disposición final 1.13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima estableciéndose que:

*7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.*

*Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.*

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

Comparémoslo con la regulación anterior:

*Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.*

*Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este*

*término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.*

A primera vista observamos tres diferencias:

- Se sustituye el término incapaz por el de persona con capacidad judicialmente modificada y ello para asimilarlo a la terminología de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 ratificado por España el 23 de noviembre de 2007.

- Se hace referencia expresa a la fijación de un régimen de cumplimiento y a la adopción de las medidas complementarias que fueran precisas.

- Y la mas importante: se establece LA OBLIGACIÓN para el juez de adoptar estas medidas civiles cuando convivan con la víctima y dependan de ella menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, eso sí, y como también se establecía en la anterior regulación, siempre que no existan ya medidas fijadas por una resolución de un juzgado de primera instancia y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Cc.

La introducción de esta obligación de pronunciamiento de medidas civiles para el juez de instrucción resulta comprensible desde el prisma de la Ley que ha provocado la modificación, la del Estatuto de la Víctima, que parte en su preámbulo de un concepto amplio de víctima -aunque luego en su artículo 2 lo concreta mucho más de lo que mostraba- y presta una especial atención al principio del interés superior del menor. Sin embargo en la práctica, desconozco cuál va a ser el alcance de la medida por dos razones: primera porque en la inmensa mayoría de los casos en los que media petición de orden de protección y existen hijos menores, también se realiza petición de medidas civiles y en el extraño supuesto de que no se solicitaran por voluntad de los intervinientes, la ejecución de las medidas que se acordaran de oficio puede resultar dificultosa. Y segunda porque a efectos de protección de los menores -que se podían ver amparados también por el contenido penal de

la orden, no lo olvidemos- se ha introducido el nuevo art. 544 quinquies de la LECr.

Quizás mediante la modificación se intenta evitar la dualidad que se podía dar a la hora de otorgar protección a la víctima entre hacerlo vía 544bis y 544ter haciendo que siempre que haya hijos, quiera la supuesta víctima que se acuerden medidas o no, se actúe por el camino de la orden de protección y no por la medida de protección o que como se venía haciendo por muchos juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados de Guardia no se llegaran a adoptar medidas civiles por no haber adoptado penales en aplicación de lo establecido en el apartado primero del art. 554 ter: *El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.*

La dualidad entre el 544bis y el 544ter es una de las cuestiones que mayores diferencias interpretativas genera. En ausencia de hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada o cuando ya existen medidas civiles fijadas por un juzgado de primera instancia, ambos preceptos van a otorgar la misma protección a nivel penal, evitándose, eso sí, con el primero la necesidad de celebrar la comparecencia recogida en el apartado 4º del art. 544ter.

Los detractores de utilizar la vía del 544bis se centran en la falta de intervención del Ministerio Fiscal y que mediante la medida de protección del 544bis no se otorgaría a la víctima un estatuto integral de protección, un estatuto integral de mujer maltratada tal y como se establece en el apartado 5º del art. 544ter:

*"La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.*

*La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública".*

De este modo se les vetarían los derechos reconocidos en los arts. 18 a 28 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Así se pronunciaron las Secciones 26º y 27º de de la AP de Madrid, especializadas en Violencia de Género en sus autos de 27 de noviembre de 2011, de 26 de enero de 2012 (estos de la 26ª) o 24 de febrero de 2011. Sin embargo estas resoluciones parten de que de oficio y sin contar con el consentimiento de la víctima ni su representación procesal -o al menos no consta- se optó por la vía del 544bis en lugar de la del 554ter.

En mi caso, siempre que conste el consentimiento de la afectada por la medida, en ausencia de hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada o cuando ya existen medidas civiles fijadas por un juzgado de primera instancia, opto por un 544bis porque así evitamos la celebración de una comparecencia que en juzgados colapsados de por sí nada añadiría a la decisión y porque en la práctica la víctima no va a perder su estatuto legal por cuanto que la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, fue objeto de desarrollo legislativo por las diferentes comunidades autónomas que han realizado un interpretación amplia a la hora de acceder a este estatuto.

Y así en nuestro caso, en Andalucía, la Ley 13/2007 de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, establece en su art. 30 un catálogo amplio de medios para acreditar una situación de violencia de género entre los que se citan medidas cautelares, por lo que se entienden incluidas las medidas del art. 554bis y por ende una víctima de violencia de género protegida por esta vía podría en todo caso gozar de los derechos regulados en la Ley.

*Art. 30 de la Ley 13/2007 de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género: 1. En los supuestos en que se exija la acreditación de la situación de violencia de género para el reconocimiento de los derechos regulados en la presente Ley y de aquellos que*

se deriven de su desarrollo reglamentario, esta acreditación se realizará, según lo establecido para cada caso, a través de los siguientes medios:

a) Resoluciones judiciales por violencia de género: documento acreditativo de la orden de protección, medidas cautelares, o sentencia condenatoria por violencia de género, cuando las medidas que establezca se hallen vigentes.

b) Excepcionalmente, y hasta tanto se dicte resolución judicial en el sentido indicado en el apartado 1, letra a), del presente artículo, podrá utilizarse como documento acreditativo alguno de los siguientes:

- Informe del Ministerio Fiscal de cuyo contenido se desprenda que existen indicios de que la demandante es víctima de la violencia de género.

- Certificado acreditativo de atención especializada, por un organismo público competente en materia de violencia de género.

2. Con el mismo carácter de excepcionalidad, y en tanto se dicte resolución judicial en el sentido indicado en el apartado 1, letra a), del presente artículo, podrán ejercitarse, temporalmente, determinados derechos sin acreditación en los términos que reglamentariamente se establezca.

Por último no me gustaría dejar atrás tres cuestiones en las que en relación con las medidas civiles debemos incidir como son:

A) El plazo de 30 días de vigencia de las medidas que se prorrogará por otros 30 días desde la interposición de la demanda -o quizá más dependiendo del colapso del juzgado-.

Art. 544ter.7 in fine LECr: Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.

B) Que nada obsta para que las medidas se fijen de mutuo acuerdo entre las partes. De hecho dado que denunciante y denunciado gozarán de asistencia letrada, resulta más sencillo el intercambio de propuestas. Y afectos de justicia material, quiénes mejor que los propios progenitores, como concedores de la dinámica familiar van a ser capaces de establecer unas medidas, máxime con la limitación probatoria de esta medida.

C) Aunque la propia dinámica de las actuaciones de Guardia ante el juzgado exigen rapidez, eficacia y sentido práctico, ello no obsta con que la concreción de las medidas civiles recogidas en la Orden de Protección sea la máxima posible, debiendo incluir a mi parecer unas previsiones a largo plazo por cuanto que con independencia de los plazos de vigencia a los que acabamos de hacer referencia, también influirá el cúmulo de asuntos del juzgado en cuestión.

## **2. DUDAS PRÁCTICAS CON LA ORDEN DE PROTECCIÓN.**

### **2.1 RPRUEBA: INMEDIACIÓN, VALORACIÓN, PROPUESTA.**

En el art. 544ter se establece qué se debe valorar a la hora de adoptarse una orden de protección -fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal y una situación objetiva de riesgo para la víctima, según apartado primero del precepto citado- y cuál es el camino para valorarlo, esto es, la comparecencia del apartado cuarto. Pero más allá de deber escuchar a las partes, no se hace referencia a la posibilidad de practicar prueba.

En abstracto la respuesta debería ser positiva en aras de la defensa de ambas partes y dado que de adoptarse la orden, se estarán limitando derechos fundamentales del afectado por la medida de carácter penal. Apoyaría también esta respuesta positiva el hecho de que el plazo para adoptar la orden de protección sea de 72 horas lo que permitiría la práctica de algunas pruebas (aportación de documentación, testificales, complementos a la investigación policial o informes forenses), aunque no de otras (informe de la Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género, que de acuerdo a sus finalidades recogidas en el art. 37 de la Ley 13/07 de 26 de noviembre, sería de gran utilidad).

Sin embargo, en la práctica, al traducirse en una inmensa mayoría de los casos la denuncia por Violencia de Género y petición de orden de protección en la automática detención del supuesto autor de los hechos y su puesta a disposición judicial, no resulta aconsejable una vez nos encontramos en el trámite de la comparecencia para adoptar la medida prolongar la detención para practicar pruebas. Para estos casos, en mi opinión resultaría más acertado agotar la investigación por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ya sea por indicaciones del Juez de Guardia -aunque esto depende de la dinámica de cada juzgado- o por las afirmaciones de las partes o testigos en sus declaraciones para que a la hora de decidir sobre la Orden solicitada por parte del juzgador y de las partes se goce del mayor material probatorio posible consecuencia de las pesquisas policiales.

En relación con lo dicho no podemos olvidar que la valoración de la prueba o indicios a la hora de tomar una decisión sobre la orden de protección solicitada se realiza de acuerdo al principio de inmediación. Parece una cuestión obvia, pero en algunas ocasiones se olvida que el juez no sólo podrá valorar lo que se dice sino también cómo se dice y ponerlo en relación con la totalidad del material probatorio. Reconocen este principio el AAP de Madrid de 10 de junio de 2009, el AAP de Barcelona de 14 de agosto de 2008 o los Autos de la AP de Tenerife de 15 de julio de 2010 o de 15 de abril de 2010.

## **2.2 DOBLE COMPETENCIA TERRITORIAL.**

Bajo este epígrafe vamos a hacer referencia a una dualidad que no pocas veces genera controversias entre juzgados a pesar de existir una regulación clara al respecto como es el juego entre competencia territorial para adoptar la orden de protección y competencia territorial para la instrucción del procedimiento.

Y así sobre la base del art. 544ter.3, la competencia territorial para la adopción de la orden de protección

recae sobre el juez -de guardia o de Violencia sobre la Mujer- ante el que se haya solicitado: 3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Mientras que la competencia territorial para la instrucción del delito corresponderá en aplicación del art. 15 bis de la LECr al Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima: En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos. Domicilio que en virtud del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, será el que tuviera la víctima en el momento de los hechos.

Si el lugar de petición de la orden de protección no coincidiera con el del domicilio de la víctima en el momento de producirse los hechos, por parte del primero de los órganos jurisdiccionales deberá mediar una inhibición por falta de competencia territorial a favor del segundo.

### **2.3 LIMITACIÓN ESPACIAL Y TEMPORAL**

Según el apartado sexto del art. 544ter "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" lo que en la práctica se traducirá en una prohibición de aproximación, surgiendo la pregunta de cuál se considera como distancia adecuada. En este sentido la totalidad de Audiencias Provinciales atienden al criterio de protección de la víctima: así en la SAP de Guipúzcoa de 22 de junio de 2015 se habla de suficiente

protección y tranquilidad de la víctima, en la SAP de Girona de 2 de diciembre de 2014 de eficacia en la protección, en la SAP de Cádiz de 3 de febrero de 2014 de protección efectiva y en la SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2012 de adecuada protección.

En algún estudio doctrinal se ha venido a decir que la distancia mínima recomendable sería la de 500 metros para garantizar una respuesta policial eficaz frente a supuestos ataques, pero no resulta adecuado la fijación de esta distancia mínima estándar por cuanto que el criterio de protección de la víctima debe conjugarse con la adecuación al caso concreto (SAP Girona de 2 de diciembre de 2014 antes citada) y a la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral (SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2012 antes citada), en definitiva al principio de proporcionalidad (SAP de Vizcaya de 7 de junio de 2010), lo que en la práctica puede traducirse en prohibiciones de aproximación de 50 metros, prohibiciones de aproximación según el lugar en el que se encuentren las partes (AAP de Madrid de 29 de marzo de 2012), fijar sólo prohibición de comunicación o cualquier combinación que pueda surgir respetando los criterios expuestos.

Junto con la distancia, hemos de hacer referencia al tiempo, es decir, a la duración de la medida. Normalmente en el auto por el que se acuerde la orden de protección se incluirá en su parte dispositiva un pronunciamiento del tipo "Estas prohibiciones estarán en vigor hasta que recaiga resolución definitiva en el presente procedimiento, o hasta que, en su caso, varíen las circunstancias que han motivado su adopción y consten en los autos indicios racionales de su necesidad y conveniencia", pero surge la pregunta de si cabría establecer directamente una limitación temporal de la medida de carácter penal incluida en la orden de protección. Algún estudio doctrinal manifiesta que sí y tampoco llegan a prohibirlo las Audiencias Provinciales que en realidad no han tratado el tema directamente por focalizar el punto de atención en la

nota de accesoriadad de la medida en relación al procedimiento en el que se acuerda.

### **3. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN POR LA PENALIDAD DEL ANTIGUO ARTÍCULO 620 DEL CÓDIGO PENAL VERSUS LOS NUEVOS DELITOS LEVES**

En este momento de acuerdo a la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015 de 30 de marzo nos encontramos en los juzgados de instrucción con infracciones que a pesar de haberse cometido cuando se encontraba el vigor el antiguo Código, en virtud del principio de retroactividad penal de la ley más favorable recogido art. 2 dejan de estar tipificadas o se castigan de manera distinta.

En el primero de los casos no existe problema. Se procederá a dictar auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria según el trámite en el que nos encontremos.

En el segundo puede surgir cuando de acuerdo a la legislación anterior se debía imponer una pena de localización permanente (pensemos en el derogado art. 620.2 último párrafo) y en la actualidad cabe también pena de multa pero con una extensión superior. Si bien es cierto que comparando una localización permanente de máximo ocho días en relación a una multa máxima de cuatro meses para unas injurias por ejemplo, tendemos a pensar en los beneficios de la localización pero no podemos olvidar que se trata de una pena privativa de libertad sobre la base del art. 35 del Código Penal. Sin embargo encontramos la solución en el propio art. 2 cuando fija que en caso de duda sobre la ley más favorable será oído el reo, lo que en la práctica se traducirá en un traslado en el que explicándole las consecuencias de su decisión, manifieste cuál de las opciones prefiere.

Espero haberles resuelto alguna duda y haberles hecho surgir otras tantas porque como ya saben, el que duda piensa.