

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección.

Referencia: FIS-C-2003-00003

ÍNDICE

I. Consideraciones generales. I.1. Solicitud de la orden de protección. I.2. Procedimiento ante el Juez de Instrucción. La comparecencia. I.3. Resolución del Juez de Instrucción. I.4. Notificación del auto. I.5. Recursos. I.6. Estadística sobre la orden de protección. II. Consecuencias derivadas del incumplimiento de las medidas cautelares.

I. Consideraciones generales

La Ley 27/2003, de 31 de julio, ha introducido en la LECrim el artículo 544 ter que regula la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Las cifras estadísticas sobre la utilización de este nuevo procedimiento, ofrecidas desde el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, que -sintéticamente- arrojan en los primeros treinta y siete días de su vigencia (desde el 2 de agosto al 7 de septiembre) un total de 1.573 solicitudes, de las cuales en un 76% se ha dictado auto acordando algún tipo de medida cautelar, y que en el periodo de 3 meses (del 2 de agosto al 31 de octubre) contabilizan 4.043 solicitudes de las cuales en un 75% se acordó la orden de protección, ponen de relieve la enorme importancia práctica y frecuencia con la que el Ministerio Público está interviniendo en este cauce procesal, y el esfuerzo que se exige de la Institución para acometer seria y eficazmente dicha tarea.

Resulta indudable que las especiales características que confluyen en las infracciones penales de esta naturaleza obligan a no demorar ni un ápice la respuesta judicial. De ahí la importancia que tiene resolver con carácter inmediato acerca de la adopción o no de una serie de *medidas cautelares* que permitan proteger y ordenar las relaciones de quien se decide a presentar denuncia por hechos constitutivos de maltrato. No obstante, es tarea esencial y nada fácil deslindar las solicitudes fundadas de aquellas otras guiadas por pretensiones que aún legítimas son ajenas a la verdadera esencia de la orden de protección: la existencia de una objetiva situación de riesgo para la víctima derivada de la previa comisión de una infracción penal.

En julio de 2003 se creó la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección, prevista en la Disposición Adicional 2ª de la Ley, e integrada por representantes de la Fiscalía General del Estado, del Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España. Dicha Comisión acordó, en su primera reunión, la elaboración de un Protocolo para la implantación de la orden en el que se establecen una serie de pautas y obligaciones para las partes firmantes. No es este el lugar para reproducir íntegramente el contenido del citado Protocolo que habrá de ser conocido y observado por los Sres. Fiscales, sin perjuicio de posteriores alusiones en la Circular a extremos particulares del mismo.

Procede ahora abordar algunas de las principales cuestiones que suscita la orden de protección en relación a la actuación del Ministerio Fiscal. La extensión del art. 544 ter LECrim y las continuas referencias a su contenido, hacen aconsejable su transcripción literal:

«1. 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 art. 153 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.

2. La orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal. Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el art. 262 de esta ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

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.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

4. 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 agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el art. 504 bis 2 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el art. 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 72 horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el 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.

Celebrada la audiencia, el juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el art. 544 bis.

5. 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.

6. 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.

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 incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 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.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.»

1.1. Solicitud de la orden de protección

El procedimiento de la orden de protección puede ser incoado de oficio por el Juez de Instrucción o a petición de alguna de las personas referidas en el art. 544 ter apartado 2.

A fin de facilitar la cumplimentación de la solicitud y asegurar que contiene todos los datos precisos para su posterior valoración judicial, la Comisión de Seguimiento ha aprobado un formulario normalizado y único que recoge las anteriores características. Dicho formulario habrá de estar a disposición de los denunciadores en las Fiscalías. Los Sres. Fiscales ajustarán al mismo las peticiones que cursen presentadas por los particulares. Las órdenes de protección que se soliciten directamente por el Fiscal no habrán necesariamente de dirigirse en dichos impresos normalizados sino en los escritos que de ordinario se dirigen al Juzgado.

La solicitud se dirige siempre al Juez de Instrucción en tanto órgano competente para conocer de la misma. Ahora bien, el art. 544 ter apartado 3, para facilitar a las víctimas la presentación de la solicitud, ha abierto la posibilidad de que puedan solicitar la orden de protección no directamente en el Juzgado sino ante la Fiscalía, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante las oficinas de atención a la víctima, ante los servicios sociales o instituciones

asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. El Protocolo, por su parte, cita además expresamente a los Servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados.

Tal elenco de posibilidades a través de las que canalizar la petición, en principio indiferentes en tanto que «dicha solicitud -como reza el precepto citado- habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente», sin embargo conlleva distintas consecuencias procesales. Así, conforme a la exigencia del art. 795.1, sólo será posible tramitar la causa penal a través del procedimiento de juicio rápido cuando la orden de protección se hubiera solicitado en sede policial permitiendo así su acompañamiento de un atestado, requisito exigido para la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido. En otro caso, la ausencia de atestado determinaría la incoación de Diligencias Previas, salvo que el hecho denunciado aparejado a la petición de la orden de protección sea calificable como falta -lo que determinaría la incoación de este procedimiento- o como uno de los delitos que obligan a la incoación de sumario o de jurado. En definitiva, la orden de protección ha de dar lugar a la incoación de aquel procedimiento acorde con el hecho ilícito que se denuncie, sin que sea procedente la apertura de Diligencias indeterminadas.

Consecuentemente, la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección expresó en el Protocolo que «resultaría una buena práctica que la víctima sea asistida por un profesional al cumplimentar la solicitud de la orden, e incluso que sea acompañada a presentarla ante la Policía». Y más adelante puede leerse: «resulta aconsejable que la solicitud de Orden de Protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la Policía Judicial».

La preferencia por la presentación de la orden en sede policial, por la que se decantarán los Sres. Fiscales en cuanto ello sea posible, se fundamenta en la posibilidad de confección de un atestado que, aparte de complementar la información de la que se dispondrá en sede judicial, permite la tramitación de la causa como diligencias urgentes de juicio rápido.

I.2. Procedimiento ante el Juez de Instrucción. La comparecencia

La regulación actual de las medidas cautelares personales penales se caracteriza por las siguientes notas.

Primero, son adoptables de oficio todas las medidas cautelares, excepto las de prisión y libertad con fianza, únicas sujetas al principio de rogación para las que es precisa la previa petición de parte (art. 505.4 LECrim).

Segundo, se han ampliado los supuestos en que se requiere la celebración de una comparecencia ante el Juez. Ya no sólo es precisa dicha comparecencia, como sucedía antes, para acordar medidas cautelares sujetas al principio de rogación: la prisión provisional y la libertad bajo fianza. Ahora, tras la Ley 27/2003, toda medida cautelar acordada como consecuencia de la previa solicitud de una orden de protección exige -art. 544 ter- la celebración de una comparecencia judicial. Asimismo, tras la Ley Orgánica 13/2003, el art. 544 bis reclama la necesaria comparecencia judicial para, en caso de previo incumplimiento de una medida ya acordada judicialmente, poder adoptar cualquier otra que, sustitutiva de la incumplida, implique una mayor limitación de la libertad personal.

Por tanto, el número de supuestos en que se requiere la comparecencia judicial se ha visto ampliado. Además, la solicitud de una orden de protección conlleva la celebración de una audiencia para adoptar medidas cautelares que en bastantes casos (por ejemplo las prohibiciones del art. 544 bis) podrían ser adoptadas de oficio y directamente por el juez. Todo ello obliga a examinar algunas cuestiones que, en relación con la orden de protección, suscita la citada comparecencia.

a) Inadmisión a trámite de la orden de protección

En primer lugar, el art. 544 ter dispone en su apartado 4 que recibida por el Juez de guardia la solicitud de orden de protección, «en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia.». El citado apartado 1 establece los presupuestos para que el juez pueda dictar la orden de protección: que existan indicios fundados de la comisión

de un determinado delito o falta contra alguna de las personas del círculo señalado en el art. 173.2, y que resulte una situación objetiva de riesgo que requiera la adopción de una medida.

Por ello, aunque el precepto nada dice expresamente sobre la posible inadmisión a trámite de la solicitud, en los casos en que directamente se advierta de la simple lectura de aquélla que no concurre alguno de los citados presupuestos (por ejemplo, que no se trata de víctimas incluidas en el art. 173, o que se solicita por razón distinta de la comisión de infracción penal alguna, o que ya existen medidas cautelares suficientes acordadas contra el denunciado que anulan la situación objetiva de riesgo, etc.) será procedente dictar auto que inadmita de plano la orden de protección, por lo que no será precisa entonces la celebración de la audiencia.

Por ello, los Sres. Fiscales a quienes se diere traslado de una solicitud de orden de protección, cuando -en supuestos que serán excepcionales- apreciaren directamente de su examen que no sería procedente su admisión por la inexistencia de fundamento, deberán dirigir por cualquier medio al Juzgado comunicación solicitando se dicte auto de inadmisión a trámite de la orden y la desconvocatoria de la comparecencia.

Una de las primeras comprobaciones, a tales efectos, que habrán de llevar a cabo los Sres. Fiscales es la de indagar mediante consulta del Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica si frente a la persona denunciada ha sido solicitada y adoptada anteriormente orden de protección en vigor.

b) Consideración de las medidas cautelares como primeras diligencias y juez competente para adoptarlas

Si de la solicitud, por el contrario, se apreciare que concurren indiciariamente los presupuestos del apartado 1 del art. 544 ter de la LECrim, lo procedente será la inmediata convocatoria a una audiencia en presencia judicial.

Sobre este punto debe repararse en la naturaleza de «primeras diligencias» de la orden de protección, así como de las medidas cautelares del art. 544 bis, conforme establece la renovada redacción del art. 13 de la LECrim («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 art. 544 bis o la orden de protección prevista en el art. 544 ter de esta ley.». En atención a dicha naturaleza y a lo dispuesto en los apartados 3 y 11 del art. 544 ter, los Sres. Fiscales adoptarán las medidas precisas y dictaminarán a favor de la resolución de la orden de protección por el Juez de Guardia ante el que se presentó la solicitud, sin perjuicio de la posterior remisión de los autos resolviendo la orden de protección al que resultare finalmente competente para conocer de la causa. Se trata de evitar que cuestiones de competencia, frecuentes en una materia tan propicia como el maltrato habitual con supuestos de acumulación de autos o existencia de denuncias previas, impidan la resolución urgente de la adopción de medidas cautelares, lo que corresponde como primeras diligencias al Juez de Guardia ante el que se formulare la solicitud.

Dos cuestiones previas han de ser resaltadas en aquellos casos, relativamente frecuentes, en que no es posible celebrar la comparecencia de la orden de protección.

Por un lado, la imposibilidad de resolver sobre la orden de protección hasta que se celebre la comparecencia puede aconsejar, en ocasiones, para evitar la falta total de medida alguna durante un lapso de tiempo, que directamente por el Juez, y sin necesidad de audiencia, se adopten determinadas medidas cautelares, amparando éstas en el art. 544 bis LECrim, si se trata de medidas de alejamiento, o en los arts. 13 LECrim y 158 CC, para cualquier medida en relación a los menores de edad para apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios. La posibilidad de adoptar las medidas cautelares del art. 544 bis LECrim es contemplada expresamente por el art. 544 ter LECrim, en el párrafo cuarto in fine del apartado 4, y las medidas del art. 158 CC, en el apartado 7 del mismo artículo. La orden de protección, en definitiva, no ha venido a restringir las posibilidades de protección de la víctima que se recogían con anterioridad a su vigencia en la Ley procesal penal o en el Código Civil. De otra parte, cabe cuestionarse cuál sea la decisión que haya de seguir el Juez de Guardia que no pudo celebrar

la audiencia y resolver sobre la orden de protección, cuando conste la existencia de causa abierta contra el denunciado en otro Juzgado. Las opciones posibles -al margen como hemos visto de la adopción de medidas cautelares vía art. 544 bis o 158 CC inmediatamente por el Juez de Guardia- son varias: primera, remitir lo actuado al Juez competente para que sea éste quien procure la celebración de la audiencia y termine resolviendo la orden de protección; segunda, continuar con los autos de la orden de protección hasta su resolución por él mismo cuando sea posible y sólo entonces remitir testimonio de las actuaciones y del auto al Juez competente por antecedentes.

La preferencia por la segunda de las soluciones se basa en la conveniencia de evitar tiempos muertos entre la remisión y la aceptación de los autos de uno a otro Juez, por lo que se estima preferible que el Juez ante el que se instó una orden de protección decida finalmente sobre la misma y la remita, una vez resuelta, a aquel que estuviere conociendo de causa por tales hechos. La ventaja práctica de esta solución, que procura evitar lapsos de inactividad, es la única razón, pero estimamos que suficiente, para decantarse por este criterio, que apoyarán los Sres. Fiscales en sus intervenciones. En todo caso, la previsión del apartado 11 del art. 544 ter se refiere a un supuesto de hecho distinto del presente: es el caso en el que el Juez que conoce de causa anterior es quien recibe directamente la solicitud de orden de protección o quien de oficio acuerda su tramitación.

c) Comparecencia judicial. Asistencia del Fiscal y demás partes. Motivos de suspensión

El apartado 4 del art. 544 ter dispone que el juez de guardia «convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal».

Por ello, la regla general es que la audiencia se celebra con la presencia del denunciado asistido de letrado, de la víctima, del solicitante y del Ministerio Fiscal.

La audiencia se erige en cauce procesal obligado para resolver sobre la orden de protección que hubiere sido admitida a trámite.

Dicha audiencia se hará coincidir cuando sea posible, en aras de la economía procesal, con la regulada en el art. 798 si se sigue juicio rápido, con el acto del juicio de faltas si la infracción fuere de dicha naturaleza o, en su caso, con la prevista en el art. 505. Fuera de esos casos, el Juez habrá de convocar específicamente a esa audiencia. Siempre la convocatoria se realizará en el plazo más breve posible y dentro de las 72 horas siguientes a su solicitud.

Si la solicitud se presentara ante órgano distinto del Juez, el cómputo debe iniciarse desde la presentación de la solicitud ante aquél y no desde la posterior llegada de la misma al Juzgado de guardia. No obstante, el incumplimiento del plazo será una irregularidad pero no motivo de nulidad (art. 241 LOPJ).

La presencia del Fiscal resulta de enorme importancia en esta audiencia. Basta reparar en que en la misma se trata de diseccionar la situación generada en el ámbito familiar, lo que presenta, cara a la adopción de medidas cautelares y de protección de la víctima en este campo, mayores dificultades de criterio y de valoración que en otro tipo de manifestaciones delictivas habida cuenta la existencia de bienes jurídicos en juego de enorme trascendencia, generalmente con afectación de los derechos e intereses de menores de edad.

Por ello, a fin de facilitar la participación del Fiscal en la audiencia, junto a su presencia física, la Ley Orgánica 13/2003, añadiendo un nuevo párrafo al art. 306 LECrim, ha abierto la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal a través de sistemas telemáticos. Conforme a ese precepto, «cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del art. 505, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido». Se excluyen de este modo determinados medios tecnológicos -v.gr. teléfono- que no reúnen dichas características. Sólo, pues, cuando el Fiscal intervenga en la audiencia mediante su presencia física o mediante uno de los medios reseñados podrá reputarsele comparecido en dicha audiencia.

La cuestión esencial en este punto es la de dilucidar en que casos puede celebrarse la audiencia pese a la incomparecencia del Fiscal o de alguna de las restantes partes.

Si dicha incomparecencia es justificada (por no citación o por enfermedad o por imposibilidad de traslado, por ejemplo) la cuestión debe resolverse a favor de la suspensión del acto, debiendo convocarse debida y nuevamente la audiencia. Todo ello al margen, como antes se dijo, de la posible adopción entretanto de medidas cautelares al amparo de los arts. 544 bis LECrim o 158 CC.

Ahora bien, las cosas son distintas si la incomparecencia de alguna de las partes citadas al acto no está justificada.

- Incomparecencia del Fiscal:

En primer lugar, por lo que respecta al Ministerio Fiscal, es de notar que ha desaparecido -en el texto reformado del art. 505- la obligación específica de comparecencia que imponía el art. 504 bis 2. Dicho precepto señalaba: «El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su letrado, tendrán obligación de comparecer». La supresión de dicha mención en la LECrim., tras la redacción operada por la LO 13/2003, admite una conclusión interpretativa para la comparecencia de prisión (art. 505 LECrim) extensible a la comparecencia de la orden de protección (art. 544 ter LECrim) o a la audiencia para la agravación de la medida previamente incumplida (art. 544 bis LECrim), conforme a la cual la validez de la comparecencia no se resentiría por la ausencia injustificada del Ministerio Fiscal. En tal caso, el Juez de Instrucción podrá acordar la suspensión de la comparecencia para procurar la intervención del Fiscal, pero ello no será un desenlace obligado en todo caso puesto que también podrá acordar que continúe la audiencia y resolver sobre las medidas cautelares pese a la incomparecencia del Fiscal (salvo que no podría acordar entonces medidas de prisión o libertad con fianza si ninguna acusación las solicitara).

Si la comparecencia se sustancia coincidiendo con la regulada en el art. 798 o en el acto del juicio de faltas, la presencia del Fiscal es ineludible para tales otras finalidades (resolver sobre la fase intermedia de las diligencias urgentes o celebrar el juicio de faltas) que no se podrán llevar a cabo, pero no para la adopción de medidas, que sí será posible si se redujera la comparecencia a una específica sobre medidas u orden de protección.

Es posible, por tanto, que la incomparecencia del Fiscal en la audiencia no provoque, sin embargo, la suspensión de ésta, cuando el Juez considere que existen razones para continuar y resolver sobre las medidas cautelares. Ello se dará muy excepcionalmente, pero no son descartables supuestos de urgencia en la adopción de medidas que, ante la inexistencia de videoconferencia u otros medios similares y ante la imposibilidad de asistencia en tiempo breve del Fiscal, aconsejen no demorar la respuesta judicial; sin perjuicio, además, de que el Fiscal pudiere dejar constancia de su criterio en la causa a través de otros medios (fax, teléfono, etc.) que no suponen o permiten tenerle por comparecido en la audiencia.

Esta solución interpretativa, obliga, sin embargo, a los Sres. Fiscales a adoptar todas las medidas que eviten la consecuencia procesal de la celebración de audiencia y adopción de medidas cautelares sin su intervención. En todo caso, si se diere en la práctica algún supuesto de esta naturaleza nada obsta a la intervención en cualquier momento ulterior del Fiscal: en el recurso procedente contra el auto adoptando medidas cautelares o en cualquier incidente posterior para su modificación por cambio de circunstancias.

-Incomparecencia del agresor:

En segundo lugar, hay que distinguir entre determinados supuestos de incomparecencia injustificada que, con relación a la víctima y al agresor, se están presentando en la práctica con relativa frecuencia y analizar los efectos derivados de tales situaciones.

Aunque no cabe desconocer el efecto pedagógico e incluso preventivo que el hecho de la comparecencia supone para el agresor, si éste, citado que haya sido para la comparecencia, no acudiere injustificadamente a la misma, no impedirá necesariamente su celebración y la posible adopción de medidas cautelares de todo orden. No cabe sostener que dichas medidas cautelares son, en tal caso, adoptadas inaudita parte, en tanto que es el denunciado quien

incumple su obligación procesal de acudir. La contradicción se satisface por la posibilidad de ser oído y no por el hecho efectivo de utilizar ese cauce el denunciado. La base legal para esta interpretación cabe encontrarla en los arts. 505 y 544 bis y 544 ter LECrim que, a diferencia del derogado art. 504 bis 2, nada dicen acerca del carácter ineludible de la presencia del denunciado en la comparecencia para la validez de la misma. Otra solución conduciría al absurdo de dejar a la voluntaria incomparecencia del denunciado la posibilidad de adoptar medidas cautelares. En todo caso, el auto resolviendo sobre la orden de protección se notificará al denunciado, quien, con independencia de su asistencia o no a la audiencia, podrá interponer los recursos oportunos.

Respecto de la asistencia de Letrado del denunciado las cosas son distintas. El art. 544 ter. 4 señala que el agresor será «asistido, en su caso, de abogado». La expresión «en su caso» debe ser interpretada en el sentido de que la asistencia letrada es ineludible salvo cuando, por tratarse de una falta, la audiencia se celebre en el procedimiento de juicio de faltas (coincidiendo con el juicio oral) en cuyo caso la defensa técnica no es preceptiva. La audiencia en cualquier otro supuesto por hechos inicialmente reputados delito y en consecuencia por procedimiento distinto al de faltas (ya coincida con la del art. 798, 544 bis, 505 o sea específica) exigirá la asistencia de letrado del denunciado. Sin la presencia de éste, justificada o no, habrá de suspenderse la audiencia. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la posibilidad de designar un letrado de oficio en el caso de que el imputado no haya procedido previamente al nombramiento de uno de su confianza.

Por último la inasistencia injustificada de la víctima o del solicitante de la orden de protección no determinará necesariamente la suspensión de la audiencia, sin perjuicio de que el juez pueda acordarla.

d) Contenido de la comparecencia

Sobre el desarrollo de la comparecencia ante el Juez nada dice el art. 544 ter, a excepción de la previsión de la adopción por el juez de medidas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia, a cuyo efecto dispondrá que su declaración en la audiencia se realice por separado (art. 544 ter 4 párrafo 3).

Cuando la audiencia coincida con la prevista en los arts. 505, 798 y ss. o con el acto del juicio de faltas, habrá de seguir los trámites propios de tales actuaciones. Ahora bien, en todo caso, la audiencia tiene por objeto determinar la existencia de los presupuestos necesarios para adoptar determinadas medidas cautelares, es decir establecer si existen indicios fundados de la comisión de una infracción penal entre las personas mencionadas en el art. 173.2 y si de ello resulta una situación objetiva de riesgo para la víctima que precise la adopción de medidas (art. 544 ter núm. 1 LECrim).

No se trata en la comparecencia de agotar la instrucción de la infracción penal. Ahora bien, el art. 544 ter presupone que se oiga a determinadas personas en la comparecencia; por ello, la declaración del agresor, de la víctima y demás familiares llevada a cabo en la comparecencia puede implicar, si se practica con la suficiente profundidad, que no sea preciso volver a tomar declaración en fase de instrucción a dichas personas, evitando de ese modo sucesivas comparecencias en el Juzgado.

Sobre la posibilidad de proponer y practicar prueba en la comparecencia y sobre la documentación del acto son reproducibles aquí las consideraciones que se efectuaban en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, en el apartado III subapartados b) y c).

En la comparecencia el Fiscal únicamente interesará o se pronunciará sobre las medidas civiles interesadas por otro si existieren hijos menores o incapaces, como cabe deducir de la legitimación restringida que establece el apartado 7 del art. 544 bis. La única excepción a la restricción de la intervención del Fiscal radica en la posibilidad de pronunciarse sobre las medidas civiles, pese a la inexistencia de menores o incapaces, cuando éstas, por su contenido, puedan incidir oponiéndose frontalmente al contenido de las acordadas penalmente que, en tal caso, deberán considerarse prioritarias con apoyo en el art. 8 LECrim.

La referencia legal a que, tratándose de falta, la comparecencia de la orden de protección procure hacerse coincidir con el acto del juicio tiene sentido en dos supuestos. Primero, si el juicio se suspende y en ese acto se celebra la comparecencia para adoptar medidas cautelares. Segundo, si el juicio se celebra, cabe instar del juez, además de la petición de condena, las medidas cautelares precisas que se justifican en tanto la sentencia devenga firme, momento en el cual las de naturaleza penal se sustituyen por las prohibiciones acordadas en sentencia al amparo del art. 57 CP, y las medidas civiles subsisten pues se rigen en su sustitución por lo dispuesto en el art. 544 ter 7.

I.3. Resolución del Juez de Instrucción

El Juez resuelve por medio de auto adoptando, en su caso, las medidas penales de cualquier tipo y las civiles que se refieren al uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, prestación de alimentos, y cualquier otra oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

El auto concediendo la orden de protección atribuye a la víctima la condición o estatuto de persona protegida, extremo éste que se erige en requisito para solicitar ante la Administración, en la forma y cumpliendo los requisitos que por ésta se establezcan, determinadas medidas de naturaleza asistencial. Ahora bien, el Juez no entra a la valoración de si la víctima es o no acreedora de determinadas prestaciones (como por ejemplo la renta de inserción activa) sino que se limita a reseñar en el auto la condición de persona protegida por la orden, confiriendo así una suerte de título legitimador, en el modo y con los efectos que se establezcan por la legislación administrativa, para la obtención de ayudas y asistencia (art. 544 ter 5).

I.4. Notificación del auto

Las previsiones de notificación de la orden de protección se contemplan en los apartados 8 a 10 del art. 544 ter.

La notificación efectiva desde el Juzgado a todas las partes y Administraciones implicadas, así como la comunicación para su inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, constituye una pieza clave para la efectividad de las medidas cautelares que se acuerden a través de la orden.

Al margen de la notificación al Fiscal, al solicitante, a las víctimas y a la persona denunciada, se debe igualmente notificar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que puedan vigilar el cumplimiento de las medidas cautelares y a la Administración penitenciaria en su caso.

Además, para facilitar la tarea de notificar y coordinar, simplificar y hacer eficaz el conocimiento de la orden de protección por las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección social, asistencial, psicológica, sanitaria o de otra índole, la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección acordó el establecimiento de un punto único de ámbito provincial que las Administraciones autonómicas han de facilitar a la Comisión y desde ésta, a través del Consejo General del Poder Judicial, a los órganos judiciales.

Los Fiscales adscritos al Juzgado de Instrucción que hubieren sido notificados de la orden de protección remitirán copia de ésta, si se pronunciare sobre medidas civiles, a la Sección de lo Civil de la Fiscalía, para procurar de ese modo la coordinación entre ambas jurisdicciones; ello sin perjuicio de que sea la consulta del Registro Central para la Protección de las Víctimas el principal instrumento para conocer la existencia de órdenes en vigor.

Por otra parte, en las ejecutorias penales, máxime si la sentencia fuere absolutoria, cuidarán especialmente los Fiscales de que sean levantadas las medidas cautelares así como de que dicha circunstancia se ponga en conocimiento del citado.

Registro por el Secretario judicial a los efectos de cancelación oportunos.

I.5. Recursos

Pese al silencio del art. 544 ter debe entenderse que el auto será recurrible, en vía penal con independencia de que las medidas acordadas en la orden sean incluso exclusivamente civiles,

a tenor de lo previsto en el art. 766 LECrim, cualquiera que sea el procedimiento en el que se hubiere acordado la orden de protección, habida cuenta de las remisiones que a dicho régimen de recursos establecen los arts. 798.3 y 507 LECrim.

I.6. Estadística sobre la orden de protección

Al igual que sucediera en su día con la comparecencia para prisión preventiva, se hace preciso conocer el número de solicitudes de orden de protección y, en particular, el número de comparecencias que ha de atender el Ministerio Fiscal.

En este sentido se ha procedido por la Fiscalía General a modificar, dentro del programa informático sobre violencia familiar que se lleva en las Fiscalías, el cuadro X dedicado a las «Medidas cautelares acordadas judicialmente», a fin de recoger los datos referidos a la orden de protección. Dicho cuadro ha sido remitido al Ministerio de Justicia para la elaboración de una nueva versión actualizada del programa que recoja la orden de protección y, asimismo, modifique el cuadro II dedicado a la naturaleza de las infracciones penales para recoger los nuevos tipos de maltrato del art. 153 y el maltrato habitual del art. 173.2 del CP.

Esa versión, así actualizada, se repartirá a todos los Servicios de Violencia Familiar de las Fiscalías. Basta ahora recordar la obligación de los Sres. Fiscales de seguir el contenido, orientación y cuadros de dicho programa. Ello deviene esencial para procurar la unidad de actuación, el intercambio de datos y la posible aglutinación y suma en la Fiscalía General de la información que proporciona cada Fiscalía. La libertad de cada Administración con competencia en medios materiales no se extiende, en ningún caso, a la definición de los contenidos del referido programa, que habrá de ser exactamente el indicado por la Fiscalía General.

De otra parte, se insta de los Fiscales encargados de los Servicios a adoptar las medidas precisas para que se registren los datos requeridos por el programa y, en particular, las órdenes de protección. En tanto éstas suponen la citación a una comparecencia deviene de enorme importancia conocer exactamente la magnitud en cada Fiscalía de este nuevo procedimiento.

II. Consecuencias derivadas del incumplimiento de las medidas cautelares

La vigilancia del cumplimiento de las medidas cautelares, aun siendo importante, no puede por sí sola ser el único mecanismo dirigido a procurar su respeto. Por ello, la adopción de medidas cautelares sólo es plenamente efectiva si a su eventual incumplimiento se le anudan responsabilidades y consecuencias cuya inmediata exigencia se erija, por efecto de la prevención, en el principal resorte para su acatamiento.

La intervención del Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en que las medidas cautelares o prohibiciones impuestas en sentencia hayan sido quebrantadas por los agresores deviene por ello esencial.

En los supuestos de incumplimiento de medidas pueden ser distinguidos dos casos de desigual gravedad: aquellos en que el incumplimiento no lleva anudada otra infracción distinta del quebrantamiento en sí y aquellos otros, más graves, en que el incumplimiento es aprovechado para la comisión de alguna infracción penal contra las personas protegidas en el art. 173.2 CP. Conviene precisar que el incumplimiento de las medidas cautelares penales (así como de las prohibiciones impuestas en sentencia al amparo del art. 57 CP) constituye el delito tipificado en el art. 468 CP, castigado con pena distinta según que se hubiere quebrantado una situación de privación de libertad o no. En este último supuesto (aplicable al quebrantamiento de las prohibiciones del art. 544 bis) la pena procedente es la de multa. Aunque no faltan resoluciones judiciales de Juzgados y Audiencias que la acogen, debe descartarse, por virtud del principio de especialidad (art. 8.1), la tipicidad del delito de desobediencia grave del art. 556, a pesar de la mayor pena que conlleva ordinariamente pues en todo caso impone la de prisión de seis meses a un año. Esta disparidad en las penas (multa frente a la de prisión) se verá sólo parcialmente corregida en la nueva redacción del art. 468, que estará vigente a partir del 1 de octubre de 2004, para los casos de quebrantamiento de las prohibiciones del próximo art. 57.2., supuesto en que se agrava la pena imponiendo la de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días.

Paralelamente, se suscita la cuestión de cuál sea la responsabilidad penal que se deriva del incumplimiento de las medidas civiles acordadas en la orden de protección a tenor del apartado 7 del art. 544 ter. Se trata de medidas cautelares de orden civil que, en principio, encajarían en la mención genérica y sin mayor concreción que establece el art. 468 al quebrantamiento de «medidas cautelares». Ahora bien, dicha interpretación literal que abona la tesis de la comisión del denominado delito de quebrantamiento de condena del art. 468 no puede sin más ser admitida. Al redactarse dicho precepto se estaba pensando por el legislador en el quebrantamiento de medidas cautelares penales, no en otras. Que ello es así lo prueba la tipificación en otros preceptos del Código del incumplimiento de determinadas obligaciones civiles, como por ejemplo los delitos de impago de pensiones del art. 227 o de abandono de familia del art. 226. De ello cabe colegir que si el agresor incumpliere las medidas cautelares civiles (por ejemplo, no paga alimentos, no observa el régimen de visitas, etc.) no incurrirá en el delito del art. 468 sino, en su caso, en los ya citados delitos de los arts. 227 -impago de pensiones- o 226 -abandono de familia-, o en el de desobediencia si, además, concurrieran los requisitos fácticos exigidos por este tipo penal. Todo ello, sin perjuicio de que determinados incumplimientos de medidas civiles se solapan con el incumplimiento de medidas penales, así por ejemplo el incumplimiento de la medida civil de atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja puede coincidir con un delito del art. 468 si se acordó paralelamente la prohibición de residencia como medida cautelar penal. En realidad sería el incumplimiento de esta última medida la que motivaría la aplicación del art. 468.

Si el agresor, con ocasión del incumplimiento de la medida, comete una infracción penal contra alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2, se suscita el problema del posible concurso entre el delito del art. 468 con el subtipo cualificado del delito del art. 153 o del art. 173. Debe sostenerse que el subtipo agravado de los arts. 153 ó 173 excluyen la condena separada por el delito del 468, estando pues ante un concurso de normas a resolver a favor de los subtipos agravados del 153 ó 173 en virtud del principio de especialidad (art. 8.1).

Desde el punto de vista procesal surge la cuestión de si por el hecho delictivo ha de incoarse una nueva causa o si debe ser acumulado su conocimiento al procedimiento en el que se acordó la medida incumplida. En principio debe reconocerse la dificultad de establecer reglas apriorísticas en una materia tan compleja y circunstancial como la derivada de las reglas de competencia por conexidad. El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de septiembre de 1987 ha optado por una interpretación flexible de las causas de conexidad establecidas en el art. 17 LECrim, a las que atribuye valor ejemplificativo. En principio, si con ello no se retrasa injustificada e inútilmente la causa en la que se acordó la medida incumplida, parece conveniente acumular a este procedimiento el delito cometido con ocasión de dicho quebrantamiento.

Hay base para ello en el art. 17.5 LECrim, siempre que la fase de investigación de la causa a la que se acumulan no hubiere finalizado. Además, de este modo se permite al juez que acordó la medida incumplida valorar, en los términos que ahora se verán, la conveniencia de modificar, agravándola, la medida cautelar quebrantada.

La adopción de nuevas medidas cautelares sustitutivas de la incumplida se regula en el art. 544 bis último párrafo que, tras redacción dada por la LO 15/2003, dispone:

«En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará a la comparecencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del art. 503, de la orden de protección prevista en el art. 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.»

La comparecencia se exige, pues, no sólo para los casos de prisión y libertad con fianza sino para aquellos en que se adopte una medida que agrave el contenido de la medida cautelar incumplida o en que se adopte la orden de protección.

La relación de circunstancias que menciona el precepto para la valoración de la medida que haya de sustituir a la incumplida («incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y

circunstancias») no han de ser exclusivas sino que deben ser complementadas con las que de por sí se señalan en el art. 503 y, especialmente, la relativa a la evitación del riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2). Se estima que esta última circunstancia, aun cuando no se mencione expresamente en el art. 544 bis, debe ser tomada en consideración junto con las restantes por aplicación del art. 503.2 y por estimar que se halla comprendida en la mención a la «incidencia del incumplimiento» a que se refiere el citado 544 bis. En este sentido conviene resaltar que en la Segunda Reunión de los Fiscales encargados de los Servicios de Violencia Familiar, ya citada, se acordó (punto 5 de las conclusiones aprobadas) que: «Circunstancia expresamente a tener en cuenta para la solicitud de la prisión provisional será el quebrantamiento de la medida cautelar, especialmente en aquellos supuestos en que el quebrantamiento se haya aprovechado para delinquir nuevamente».