

MEDIDAS CAUTELARES EN VIOLENCIA DE GÉNERO: SERVICIO DE GUARDIA

Ana Galdeano Santamaría

Fiscal Decana de Violencia de Género de Madrid

RESUMEN

El objeto de este trabajo es realizar un estudio global y comparativo entre la orden de protección y las medidas cautelares que se pueden acordar al amparo del art. 544bis de la LECr. en el seno de los procedimientos de violencia de género y/o violencia doméstica.

En la práctica, a veces se confunden la naturaleza de las resoluciones que acuerda la orden de protección y la que acuerdan las medidas, no teniendo un carácter sustitutivo las segundas respecto de las primeras.

Son varios los problemas procesales y de fondo que plantean la orden de protección y las medidas cautelares. Problemas con los que se encuentran los Fiscales inicialmente en el servicio de guardia, debiendo dar una solución inmediata a los mismos, o un inicio de la solución, que condicionará el procedimiento en el futuro.

Este trabajo pretende ser una guía en la que se recopilan todas esos problemas y cuestiones, sus soluciones, acompañadas las mismas con las resoluciones judiciales más recientes que las resuelven y los criterios y conclusiones a los que han llegado la múltiples Circulares de la FGE y las Conclusiones de los Seminarios de Fiscales Especialistas den Violencia de Género al respecto.

SUMARIO: 1. MEDIDAS PENALES.1.1 MEDIDAS DEL ART. 544TER VERSUS MEDIDAS DEL ART544BIS DE LA LECRr.1.1.1. Legitimación Activa. 1.1.1.1 ¿Están legitimadas las entidades u organismos asistenciales públicos? 1.1.1.2. En el caso de no poderse celebrar una orden de protección ¿cuándo se puede acordar el art. 544bis en violencia de género? 1.1.2. Forma de la solicitud 1.1.3 Ámbito material. 1.1.3.1 Art. 544ter: orden de protección. 1.1.3.1.1 Problema ¿se puede acordar una orden de protección o las medidas del art. 544bis cuando lo que se investiga es un delito de quebrantamiento de medida o de pena de alejamiento por el imputado? 1.1.3.2. Art. 544bis: las medidas cautelares. 1.1.4. Órgano competente. 1.1.4.1. En el art. 544ter: orden de protección. 1.1.4.1.1Problemas más importantes en materia de competencia: ¿La competencia del Juzgado de Instrucción de guardia se extiende también a las medidas civiles?; ¿Se puede inhibir la solicitud de la orden de protección, sin resolver, al JVSM tras las citaciones negativa de alguna parte a la misma? 1.1.4.2. En el art. 544bis: las medidas cautelares. 1.1.5. La comparecencia. 1.1.5.1. La orden de protección. 1.1.5.1.1. Plazo. 1.1.5.1.2. Personas que han de intervenir en la comparecencia. 1.1.5.1.3. Problemas: ¿Se puede celebrar sin algún interviniente?, ¿Se puede practicar prueba en el seno de la comparecencia?, ¿Se puede pedir la suspensión de la comparecencia para practicar una prueba que no se puede celebrar en el plazo de 72 horas? 1.1.5.2. Medidas cautelares. 1.1.6 Requisitos de la resolución resolviendo la orden de protección y las medidas cautelares.1.1.6.1. Problemas. 1.1.7. Resolución: sujetos, plazo, lugares y distancia, cumplimiento de la orden con un mecanismo telemático de control. 1.1.8. Recursos. Problemas. 2. MEDIDAS CIVILES. 2.1MEDIDAS CIVILES EN LA ORDEN DE PROTECCIÓN. 2.2 MEDIDAS CIVILES EN EL ÁMBIRO DEL 544BIS. 2.3 CUESTIONES DE COMPETENCIA.

1. MEDIDAS PENALES

1.1 MEDIDAS DEL ARTÍCULO 544 TER VERSUS MEDIDAS DEL ARTÍCULO 544BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Al amparo de los artículos objeto de este estudio, se puede proteger a la víctima de una violencia de género, si bien las medidas penales que regulan los mismos pueden parecer que son iguales, (medidas de alejamiento, medidas de prohibición de comunicación, prohibición de residir en determinados lugares...), pero la naturaleza, alcance y eficacia de las mismas son distintos. Una orden de protección atribuye a la víctima el estatuto de mujer maltratada, al ser dicha resolución el título que va habilitar a la víctima a acudir a diversos sectores de la Administración para reclamar un copioso conjunto de derechos que la Ley confiere a este Estatuto. Las medidas previstas en el art. 544bis, sin embargo, no constituyen este título habilitante.

Asimismo, a lo largo de la exposición veremos que existen diferencias técnico-jurídicas muy significativas en orden a diversos aspectos comunes, que en ocasiones, pueden inducir a incorrectas prácticas en su solicitud y aplicación.

1.1.1. Legitimación Activa

Es en el art. 544 ter de la LECr. donde se concreta las personas legitimadas para la solicitud de la orden de protección. El mencionado artículo legitima activamente al Juez de oficio, al Ministerio Fiscal a la propia víctima, o las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal que tengan relación con la propia víctima.

Por el contrario la regulación de las medidas penales al amparo del art. 544 bis de la LECr. no concreta quien puede ser las personas legitimadas activamente. En la práctica no existe obstáculo, o nadie ha suscitando una oposición jurídica, para que las mismas personas legitimadas para solicitar la orden de protección puedan serlo para solicitar o iniciar la tramitación unas medidas penales al amparo del art. 544 bis.

1.1.1.1 ¿Está legitimadas las entidades u organismos asistenciales públicos?

La única cuestión a plantear es si las entidades u organismos asistenciales municipales o de la Comunidad Autónoma, por ejemplo en Madrid los servicios de asistencia a la familia (S.A.F.), los servicios de asistencia a víctimas de violencia de género y doméstica de 24 horas (S.A.V.D. 24H), están legitimados a solicitar la orden de protección o una medida del art. 544bis a favor de una víctima de género o doméstica. En la práctica dichos organismos públicos de suelen dirigir al Ministerio Fiscal, y será éste quien, a través de las Diligencias de Investigación del art. 5 EOMF y al amparo del art. 733.2 LECr. valorará, y en su caso solicitará, junto la interposición de la correspondiente denuncia, la medida oportuna. Asimismo, estos organismos pueden dirigirse directamente a la autoridad judicial, quien al tener la noticia criminis deberán incoar las correspondientes diligencias previas y acordar de oficio las medidas del art. 544bis o convocar a las partes a la correspondiente comparecencia para acordar, en su caso, una orden de protección.

No obstante los artículos 61 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, LO1/04, de 28 de diciembre, legitima a la Administración de la que dependan los servicios de atención a la víctima o de su acogida.

También el art. 29.2 de la LO1/04 legitima al Delegado del Gobierno contra la violencia sobre la mujer a iniciar y a participar en los procedimientos, así el mencionado artículo dispone “*El titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos de los intereses tutelados en esta ley en colaboración y coordinación con las administraciones con competencias en la materia.*”

La posible personación en los procedimientos penales de las administraciones autonómicas también está prevista en diferentes legislaciones de aquel ámbito.

La problemática que se suscita en esta materia es determinar qué forma de personación corresponde a la Delegación del Gobierno y las Comunidades Autónomas y los procedimientos de Violencia sobre la Mujer. Hay que concluir que tal personación lo será en calidad de acción popular de los artículos 125 de la Constitución Española, artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹.

La personación de Delegación del Gobierno o de la Comunidad Autónoma, a través de sus servicios jurídicos si se efectúa, como es habitual, una vez iniciado el procedimiento penal, no le será exigible la personación de la querrela²

En todo caso, recordar que, de conformidad con el artículo 12 de la ley y 52/1997 de 27 de noviembre, de asistencia jurídica del Estado, El Estado y sus organismos autónomos, ..., estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto a las leyes. Por ello hay que concluir, como dispone la circular de la Fiscalía General del Estado nº 6/2011, que no podrá exigirse la prestación de fianza a las administraciones del Estado, ni de las Comunidades Autónomas, que se hayan personado como acusación popular en los procedimientos de violencia de género.

1.1.1.2. En el caso de no poderse celebrar la orden de protección, ¿cuándo se acordará el art. 544 bis de la LECr. en Violencia de Género?

A) Cuando la víctima no haya solicitado la orden de protección y el Ministerio Fiscal o el Juez de Violencia sobre la Mujer de oficio consideren procedente la medida al concurrir los requisitos legales, y

B) Hasta que se pueda celebrar el Art 544 TER, si la víctima ha solicitado orden de protección y legalmente no se puede celebrarla misma. La imposibilidad de celebrar la comparecencia prevista en el art, 544 ter de la LECr, se resume en estos supuestos:

Incomparecencia del Abogado defensor.

Que el inculcado esté en paradero desconocido.

En estos casos las medidas acordadas no suplen la orden de protección. Sólo nos permiten dar una protección inicial a la víctima. Es, preceptivo, llegar a celebrar la comparecencia para resolver sobre la orden de protección tan pronto sea posible, con el fin de reconocer, en su caso, el estatuto integral de víctima de violencia de género a la mujer solicitante.

¹ Circular de la Fiscalía General del Estado nº 6/2011

² Circular de la Fiscalía General del Estado nº 6/2011

1.1.2 Forma de la solicitud

La regulación de ambos preceptos omite cualquier referencia sobre ello. Por tanto y siguiendo el espíritu de la LO 1/04, cualquiera puede ser esta forma, incluso la oral mediante o durante una comparecencia.

No obstante en el ámbito de la orden de protección existe un formulario normalizado y único de la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección a disposición de la víctima en todas las Comisarías, en los Cuarteles de la Guardia Civil, en los Juzgados y en las Fiscalías. Asimismo, dicho formulario está colgado en la web del Observatorio contra la Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial.

1.1.3.Ámbito Material

1.1.3.1. Artículo 544 ter: orden de protección.

El ámbito de aplicación de la orden de protección es exclusivamente el ámbito de la violencia doméstica y de género, y además en la investigación de los delitos que expresamente prevé el Legislador en el art. 544 ter.1 de la LECr.

Estos delitos son: delitos contra la vida, delitos contra la integridad corporal o la integridad moral, delitos contra libertad sexual y libertad o seguridad.

Art.61 LO1/04 establece que podrá ser en todos los procedimientos de violencia de género. A tal efecto, tenemos que remitirnos al artículo 87ter de la LOPJ.

Como puede observarse la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en un ámbito de aplicación mucho más amplio, al extender la orden de protección también a los supuestos de violencia doméstica, excluidos de la regulación que establece la Ley de Protección Integral de Medidas contra la Violencia de Género.

1.1.3.2. Artículo 544 bis: medidas cautelares.

El ámbito de aplicación de las medidas cautelares, por el contrario, no tiene ninguna delimitación en relación con sus sujetos, pudiendo acordarse, sea cuál sea, la relación existente entre sujeto de activo y pasivo, o mejor dicho, aunque la relación sea inexistente.

El ámbito de aplicación material es más amplio que el de la orden de protección. Así, podrá acordarse en la investigación de cualquier delito mencionado en el artículo 57 del Código Penal: homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas, contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el derecho a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio, el honor, contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

1.1.3.1.1. Problema: ¿se puede acordar la orden de protección o las medidas cautelares del artículo 544 bis cuando lo que se investiga es un delito de quebrantamiento de una medida o de una pena de alejamiento por el imputado?

Nunca.

El ámbito material que fijan aquellos artículos, es claro preciso y además constituye un número clausus. En ninguno de ellos se establece una protección en relación con los delitos contra la administración de justicia.

Por ello, durante la instrucción del quebrantamiento, lo que procederá es la PRISIÓN PROVISIONAL, si concurren los presupuestos de proporcionalidad y de aseguramiento a la víctima, y en todo caso, **solicitar la preceptiva comparecencia del art. 544 bis in fine** de la LECr. ante el órgano competente (el que dictó la orden de protección o la medida quebrantada).

Nunca se puede adoptar alguna de las medidas de los arts. 544ter y 544bis si el delito cometido es el quebrantamiento de una medida o una pena de alejamiento o comunicación. La pena que corresponde al delito de quebrantamiento es de prisión o multa. En ningún caso impone pena de alejamiento, por lo que la medida cautelar no podrá compensarse en la eventual pena de prisión, pues solo se debería compensar en la pena privativa de ese derecho que es inexistente. En estos casos, atendiendo a la gravedad del hecho y su proporcionalidad se solicitará prisión provisional y ES IMPRESCINDIBLE SOLICITAR LA APLICACIÓN DEL ART. 544 BIS IN FINE, es decir, que el juez que acordó la medida quebrantada (no olvidemos que el este artículo lo que permite es la agravación de la medida quebrantada, por lo que nunca se solicitará si lo quebrantado es una pena de alejamiento o de comunicación) convoque a una comparecencia para la agravación de la medida acordada por incumplimiento de la misma. En esta comparecencia se podrá solicitar que la medida se cumpla con mecanismo de control telemático (la pulsera) o la prisión provisional en la causa en que se acordó la medida (es independiente que el Juez que conozca del quebrantamiento haya acordado la prisión o no previamente en su causa).

Para solicitar la comparecencia del art. 544 bis in fine, el Fiscal que en la guardia resuelve la legalización del imputado por quebrantamiento de la medida, solicitará la deducción del testimonio del atestado por quebrantamiento y su remisión al JVSM que haya acordado la medida interesando que convoque la comparecencia para la agravación de la medida al amparo del art 544 bis in fine. LA COMPARECENCIA PARA LA AGRAVACIÓN ES PRECEPTIVA, por lo que ni El Ministerio Fiscal, ni el Juez que instruye el quebrantamiento han de valorar la agravación. La comparecencia para la agravación ha de hacerse aunque el quebrantamiento sea consentido por la mujer. Aunque la comparecencia según el artículo es para agravar, en la misma se valoran todas las circunstancias, pudiendo concluirse que lo procedente sea la retirada de la medida, si la situación objetiva de riesgo ha desaparecido y la mujer está conviviendo con el sujeto que quebranta y es la voluntad de ella que se deje sin efecto la misma.

Un problema que ha sido objeto de varias resoluciones de la Audiencia Provincial, ha sido el determinar qué órgano judicial era el competente para celebrar y acordar en su caso, la agravación de la medida, cuando la causa ya había sido instruida y el JVSM ya la había remitido al Juzgado de lo Penal o a la Sala de la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento y fallo. La Fiscalía y la jurisprudencia menor mayoritariamente, optan por entender que será el Juzgado de lo Penal o al Sala de la Audiencia que vaya a conocer del enjuiciamiento del sumario ordinario o del procedimiento abreviado, quien practique y resuelva la agravación, al haber perdido ya el JVSM la competencia funcional de los autos y ahora, estar en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial.

Si lo quebrantado es una PENA de alejamiento o comunicación, se pide deducción de testimonio del atestado y su remisión al juzgado que está ejecutando la pena, siempre que la pena privativa de libertad se ha suspendido o se sospeche que se puede haber

suspendido o se puede suspender. La suspensión, está sujeta preceptivamente, al cumplimiento de unas normas y deberes de conducta (art. 83.1.6ª del CP) cuyo incumplimiento producen la revocación automática de la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 84.3 CP). El incumplimiento de una norma o deber de conducta no conlleva la comisión de ningún delito de quebrantamiento, éste solo podrá serlo de la pena de alejamiento impuesta, la cual deberá estar ya liquidada y requerido el penado de su cumplimiento con los apercibimientos legales. El cumplimiento de la pena y del deber de cuidado si coinciden, será simultáneo.

La posibilidad de solicitar y acordarse una medida de alejamiento al amparo del art 13 LECr., no es correcta y puede plantear problemas futuros. Al no prever el Legislador penal por el delito de quebrantamiento la pena accesoria privativa de derechos de alejamiento y/o comunicación, no se podrá compensar la medidas en una pena privativa de derechos como establece el art. 58.4 del CP, por lo que no vemos abocados a la aplicación del art. 59 del CP (cuando las medidas cautelares y la pena impuesta sean de distinta naturaleza el Juez ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada). Artículo de dudosa legalidad, al dejar al arbitrio del Juez la compensación en el modo y forma que convenga, sin definirse cómo. Por ello, ese vacío legislativo conculca el principio de taxatividad, y por ende el de legalidad además del principio de seguridad jurídica. Artículo cuya práctica debe evitarse.

1.1.4. Órgano Competente

1.1.4.1 En el art. 544 TER : orden de protección

Este artículo establece como órgano competente al JVSM del domicilio de la víctima³. Domicilio de la víctima en el momento de la comisión del hecho, tal como ha establecido el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, que concluyó que *“el domicilio a que se refiere el Art. 15 bis LECrim es el*

³ Juez del domicilio de la víctima en el momento de ocurrir los hechos. Sobre el concepto de domicilio me remito a las reflexiones que se realizan en la Circular de la FGE nº 6/11 “La Circular 4/05 advertía en relación a este tema que *“El nuevo criterio normativo no precisa si hay que atender al domicilio de la víctima en el momento en que ocurren los hechos punibles, o al que tenga en el momento de la denuncia.”* Y añade que *“en principio razones de índole práctica aconsejarían inclinarse por este último, habida cuenta de que en ocasiones las víctimas se ven obligadas a cambiar de domicilio precisamente a consecuencia de las conductas delictivas de que son objeto, más no podemos olvidar que en la LOMPIVG el domicilio de la víctima fija la competencia y que ésta afecta al derecho al juez legal, por lo que habrá que estar al domicilio de la víctima en el*

Tal posición ha sido refrendada por la jurisprudencia y así, por Acuerdo de Pleno no momento de comisión de los hechos como fuero predeterminado por la Ley, pues otra interpretación podría dejar a la voluntad de la denunciante la elección del juez territorialmente competente”. Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31-1-06, se concluyó que *“el domicilio a que se refiere el Art. 15 bis LECrim es el que tenía la víctima al ocurrir los hechos”,* Pleno que dio lugar al Auto de 2 de febrero de 2006, nº de Recurso 131/2005. Posteriormente y siguiendo ese criterio, se han dictado multitud de resoluciones en el mismo sentido: Autos del Tribunal Supremo de 3 de marzo, 6 de marzo, 3 de octubre, 6 de octubre de 2006, 24 de septiembre de 2009, 9 de julio y 21 de octubre de 2010, 14 y 19 de enero, 18 de febrero, 10 de marzo y 12 de mayo de 2011). Añade la Circular que *“Por la misma razón los cambios de domicilio posteriores a la denuncia serán irrelevantes. La institución procesal de la perpetuatio iurisdictionis, aplicable en este punto al proceso penal, impone que la situación -fáctica y jurídica- que sirvió de base para fijar la competencia de un determinado órgano jurisdiccional se considere determinante del fuero, sin perjuicio de que aquella situación se modifique a lo largo del proceso y sin que pueda alterarse la competencia por un acto de voluntad de alguna de las partes(STS 2ª 782/1999, de 20 de mayo y ATS 2ª de 18 de mayo de 1997)”*.

que tenía la víctima al ocurrir los hechos”, Pleno que dio lugar al Auto de 2 de febrero de 2006, nº de Recurso 131/2005.

La competencia objetiva y territorial: arts. 13,14.5 c) y 544ter LECr y el art. 40 del Reglamento 5/95 de 7 de junio, de los aspectos accesorios a las actuaciones judiciales, modificado por el Acuerdo Reglamentario 1/2005 de 27 de abril, del Pleno del CGPJ, establece que la competencia para la resolución de estas solicitudes corresponde a los JVSJM durante las horas de audiencia. Fuera de aquellas, en los caso que los JVSJM no ejerzan funciones de guardia, serán competentes los Juzgados de Instrucción que realicen la guardia. Así, fuera de las horas de audiencia de los JVSJM, serán los Juzgados de Instrucción de guardia quienes resuelvan las solicitudes de OP y posteriormente se inhibirán al órgano competente.

La posible competencia excepcional del Juez de Instrucción de Guardia del lugar donde se presente la Orden de Protección está clarificada en la Circular de la FGE nº 6/11, que soluciona este problema⁴

⁴ “Desde la entrada en vigor de la L.O. 1/2004, se planteó el problema de determinar qué órgano judicial ha de resolver la orden de protección (artículo 544 ter de la LECr.) si aquella se solicitara -tratándose de una víctima de violencia de género- fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer o en una partido judicial distinto al territorialmente competente. Como dice la Circular 4/2005 de la FGE “la necesidad de priorizar la respuesta judicial en tales casos, motiva la habilitación de otros órganos jurisdiccionales para ello”. Por esta razón, el Juez de Instrucción de guardia será competente para conocer de esas solicitudes de órdenes de protección de conformidad con el propio tenor del art. 15 bis de la LECr., que dispone, al establecer la competencia territorial a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima, como excepción, “la adopción de la orden de protección, o de las medidas urgentes del art. 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de la comisión de los hechos”. La Circular 4/2005 nos dice que el art. 15 bis LECrim “contempla dos excepciones al fuero del domicilio, atribuyendo la competencia al Juez del lugar de comisión de los hechos para la adopción de la orden de protección o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley. A lo que se debe añadir la salvedad derivada de la competencia del Juez de guardia ante el que se solicite una orden de protección para resolver la misma, aunque no sea ninguno de los dos anteriores, conforme a lo establecido en el art. 544 ter.3 LECr que no ha sido objeto de modificación”. La Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, también vigente, insta a los Sres. Fiscales a dictaminar a favor de la resolución de la orden de protección por el Juez de guardia ante el que se presentase la solicitud, en tanto que primeras diligencias, sin perjuicio de la posterior remisión de los autos resolviendo la orden de protección al que resultare finalmente competente para conocer de la causa. Son dos, por tanto, las situaciones conflictivas: 1ª.- Que la orden de protección se solicite en el Partido Judicial del domicilio de la víctima pero fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer objetivamente competente. 2ª.- Que la orden de protección se solicite en un Partido Judicial distinto al del domicilio de la víctima, que puede coincidir o no con el lugar de la ejecución de los hechos. La Circular 4/2005 establece que cuando el art. 544 ter de la LECr se refiere al juez del lugar de la comisión de los hechos, por tal “ha de entenderse el Juez de guardia, ya que en ambos casos (solicitud fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer o en una partido judicial distinto al territorialmente competente) se trata de medidas de carácter urgente e inaplazable que deben ser adoptadas por un juez que no es territorialmente competente para conocer del asunto y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de ese partido judicial –recuérdese que nos estamos refiriendo al competente por razón del territorio- no desempeña funciones de guardia aunque se encuentre en horas de audiencia”. Tales criterios, establecidos en la Circular 4/2005 mantienen plena vigencia, pero han de ser aplicados a luz de las actuales circunstancias dada la creación de un servicio de guardia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en algunas demarcaciones judiciales. Por Acuerdo de 17 de julio de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en materia de servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en el artículo 62 bis, dispuso que “En los partidos judiciales donde existan cuatro o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se establecerá un servicio de guardia de permanencia en el que turnarán de modo sucesivo todos los órganos de tal naturaleza en ellos existente”.

Nada más llegar la orden de protección al órgano judicial, el Juez incoará los autos correspondientes: juicio de Faltas, Diligencias Previas, Sumario o Juicio ante el Tribunal de Jurado, siendo la petición de orden de protección objeto de PIEZA SEPARADA, por aplicación análoga del art. 544 LECr.

1.1.4.1.1 Problemas más importantes que nos podemos encontrar en materia de competencia

1.1.4.1.1.1. ¿La competencia del Juzgado de Instrucción de Guardia se extiende también a las medidas civiles?

A partir de su entrada en vigor, para concretar qué juzgado es (Madrid, Barcelona, Valencia o Sevilla, en la actualidad) y durante el horario de permanencia, La competencia para el trámite y resolución corresponde al Juzgado de Violencia en funciones de guardia de ese partido. De conformidad con el art. 62 bis 2 del Reglamento 1/2005, los Juzgados de Violencia en funciones de guardia asumen las mismas competente para la resolución de las solicitudes de órdenes de protección y otras actuaciones judiciales urgentes, será preciso distinguir entre el partido judicial del domicilio de la víctima u otro distinto y atender a si en el partido judicial de que se trate se ha establecido servicio de guardia entre los Juzgados especializados (en la actualidad Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla) o no:

a) Solicitud de orden de protección en el partido judicial del domicilio de la víctima donde el Juzgado de Violencia sobre la Mujer no presta servicio de guardia.

En este caso, habrá que distinguir si este se encuentra en horas de audiencia o no. Si está dentro de ese horario, el Juzgado de Violencia será el competente para la resolución de la orden de protección, en caso contrario el competente es el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

Ello se deduce con absoluta claridad del artículo 42.4 del Reglamento de Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales ya citado, que dispone que seguirá siendo “objeto del servicio de guardia de los Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados. ...”

b) Solicitud de orden de protección en el partido judicial del domicilio de la víctima donde el Juzgado de Violencia presta servicio de guardia. El Juzgado de Violencia será competente para su tramitación si está en horario de guardia; si la actuación urgente surge fuera de dicha horas, el competente es el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

En este sentido, el mismo art. 42.4 del Reglamento dispone que cuando “la intervención judicial haya de producirse fuera del período de tiempo en que preste servicio de guardia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer” seguirán siendo competentes los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia, toda vez que “El servicio de guardia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (...), se prestará durante tres días consecutivos en régimen de presencia de 9 a 21 horas.” y que “En las actuaciones inaplazables que se presenten en los restantes periodos de tiempo, intervendrá el Juzgado de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción que en esos momentos se encuentre prestando el servicio de guardia, el cual remitirá las diligencias practicadas al órgano competente. (Artículo 62 bis.3 del Reglamento 1/2005), será competente el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

c) Solicitud en un partido judicial distinto al del domicilio de la víctima, que puede o no coincidir con el lugar de la ejecución de los hechos, si en tal demarcación no existe servicio de guardia del Juzgado de Violencia.

El competente para su resolución es el Juez de Instrucción de Guardia de ese Partido Judicial de conformidad con el art. 544 ter.3 de la L.E.Cr, pues como dice la Circular 4/05, el Juzgado de Violencia no ejerce funciones de guardia.

d) Solicitud en un partido judicial distinto al del domicilio de la víctima en el que está establecido el servicio de guardia de los Juzgados de Violencia competencias que los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia “en lo relativo a las competencias que les son propias” y esas competencias se refieren en el art. 42 que establece el objeto del servicio de guardia: “Constituye el objeto del servicio de guardia la recepción e incoación, en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante el tiempo de guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima, la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de

El Juzgado de Instrucción de guardia debe resolver sobre la solicitud de medidas penales y también civiles. Los Juzgados de Instrucción de guardia en reiteradas ocasiones han alegado (principalmente cuando los mismos no son juzgados mixtos) que las medidas civiles deben ser acordadas por los JVSM competente, siendo únicamente competentes para resolver con medidas penales las situaciones de peligro, al ser las urgentes. Esta actuación, implica que la solicitud de la orden de protección ya ha sido resuelta y posteriormente esas medidas civiles ya no podrán ser objeto de resolución con una especie de auto complementario, aunque sean necesarias. Dictada la orden de protección en un procedimiento no es posible dictar una segunda en el mismo procedimiento. Con la orden de protección se protege también a los hijos menores del imputado. Por ejemplo, en los casos en que el sustento económico de la familia sea el padre o al menos, cuando solo con los ingresos maternos no sea posible satisfacer las necesidades básicas de la madre y de los hijos, será necesario que el progenitor contribuya económicamente en los alimentos de los hijos menores de inmediato. Dichas resoluciones han de recurrirse y durante su tramitación se puede solventar los casos más graves a través de la solicitud de las medidas del art. 158 de CC. si se acredita una situación de grave desamparo para los menores⁵.

quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial, la celebración de los juicios inmediatos de faltas previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la tramitación de diligencias urgentes y de otras actuaciones que el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye al Juez de guardia. Y, asimismo, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”.

Por tanto, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en funciones de guardia, durante el horario de dicho servicio, será el competente para la práctica de todas aquellas primeras diligencias especificadas en el artículo transcrito, pese a no ser territorialmente competente, si son relativas a las competencias objetivas que le son propias, es decir, si tales diligencias están relacionadas con actos de violencia de género para los que tiene competencia objetiva de conformidad con el art.87 ter 1 de la L.O.P.J. Si tales diligencias han de practicarse fuera del horario de guardia, el competente es el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

⁵ Peramato Martín, Teresa. *La orden de protección. Colección de Manuales de Formación Continuada del CGPJ año 2007, p.575-576* “Por otra parte, existe una práctica judicial en relación a las solicitudes de orden de protección referidas a violencia de género, constatada en algunos juzgados de guardia, consistente en que durante el servicio de guardia se celebra la comparecencia del art. 544 ter de la LECrim pero no se permite que se formulen peticiones de medidas carácter civil, entendiéndose tales juzgados que las mismas deben ser, en su caso, acordadas por el Juzgado de Violencia competente para la instrucción de la causa. Tal práctica determina que, después, y en el contexto de la orden de protección ya resuelta, no se puedan acordar esas medidas aun cuando sean absolutamente necesarias para garantizar la protección que el legislador pretende no sólo para la víctima sino también para sus hijos produciéndose en algunos casos auténticas situaciones de absoluto desamparo para del mínimo sustento para cubrir sus necesidades más básicas y de la relación paterno filial con el progenitor a quien se le prohíbe la aproximación a la solicitante, consecuencias que resultan evidentes en aquellas situaciones en las que toda la familia depende económicamente del imputado (al carecer la denunciante de ingresos)

pues el alejamiento bien puede conllevar que aquel (el imputado) no haga llegar voluntariamente ninguna aportación a fin de garantizar la supervivencia de los suyos y que no pueda contactar con sus hijos (si tal contacto se advierte no perjudicial y necesario para la adecuada evolución y desarrollo de la personalidad de los menores). La solución a la que se ha tenido que acudir en algunos casos para proteger efectivamente a los menores, es la de adoptar esas medidas de conformidad con el art. 158 del CC, pero es evidente que las medidas adoptadas en base a ese precepto no están vinculadas a un plazo de 30 días prorrogables por otros 30 en los términos previstos en el art. 544 ter de la LECrim, lo que puede conllevar a que esas medidas, que se adoptan sin contar con los elementos de prueba contundentes y definitivos, al igual que en la orden de protección, se perpetúen más allá de lo estrictamente necesario. Ciertamente es que se pueden acordar estableciendo un plazo en el que se exhorte a las partes a que insten el correspondiente procedimiento civil, pero a nadie se nos escapa que esto no es más que un

1.1.4.1.1.2. ¿Se puede inhibir la solicitud de la orden de protección al JVSM competente sin resolver tras citación negativa de alguna de las partes a la comparecencia?

El Juzgado de Instrucción de guardia debe de intentar nuevamente la citación para resolver la solicitud en el plazo de 72 horas.

La Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid en auto de fecha 19 de abril de 2007, en la cuestión de competencia negativa nº 7/07, instada por un JVSM que devolvió las actuaciones al Juzgado de Instrucción que no la resolvió la solicitud de orden de protección durante la guardia, inhibiéndose al Juzgado de Violencia que no la aceptó. La Sala atribuyó la competencia al Juzgado de Instrucción para que realizara las citaciones oportunas y celebrara la comparecencia y resolución de la solicitud. Si alguna de las partes (por lo general el inculcado) no es habido en las setenta y dos horas se puede solicitar y acordar las medidas del 544 bis LECr. hasta que sea habido. Una vez garantizada la protección de la víctima la causa se puede remitir al JVSM competente para que celebre la comparecencia de la orden de protección cuando pueda ser citado. En este caso, el plazo de setenta y dos horas, que establece el Legislador, es posible que no se cumpla, pero lo será por causas imputables al inculcado.

1.1.4.2. En el art.544 bis de la LECR: medidas cautelares

El órgano competente, siempre en ámbito material y objetivo expresado en los delitos que enumera el art. 57 del Código Penal, será:

El Juez de Guardia del lugar donde se solicite.

El Juez de Instrucción competente del asunto.

El Juez de Violencia sobre la Mujer, en asuntos de su competencia, es decir en el ámbito material que coinciden, como si de círculos concéntricos se tratara, el art. 544ter y el art. 544bis.

1.1.5 Comparecencia

1.1.5.1 El art. 544 ter: orden de protección

1.1.5.1.1 Plazo

La Ley es muy clara al respecto, el plazo para poder celebrar la comparecencia es de setenta y dos horas desde que la solicitud tiene su registro de entrada en el Juzgado. El art. 544ter.4, segundo párrafo in fine expone “*la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud*”

Si la comparecencia no se puede celebrar, ¿se puede adoptar alguna medida?

La imposibilidad de celebrar la comparecencia suele deberse a los siguientes motivos:

- el imputado está en paradero desconocido y no se le ha podido citar,
- o que habiendo sido citadas las partes haya causa que justifique su incomparecencia (inculcado o víctima se encuentren hospitalizados, por ejemplo).

“parche” utilizado excepcionalmente para resolver una situación creada por una práctica judicial irregular”

En estos casos, si la situación de riesgo es apreciada, deberá acordarse cualquier medida cautelar del art. 544bis. Es el propio legislador quien nos permite esta posibilidad de manera expresa en el art.544te.4 último párrafo, “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. 544bis.”. Medidas cuya vigencia quedará limitada HASTA QUE PUEDA CELEBRARSE LA COMPARECENCIA DEL TER. La adopción de un bis no excluye, ni es motivación para excluir el ter, porque las medidas del bis no otorgan a la víctima el estatuto integral de mujer maltratada. Por ello, en el auto que acuerda las medidas del art. 544bis, debe delimitar su vigencia, de manera muy clara: “hasta que se celebre la comparecencia del art. 544ter”. (Ver apartado requisitos de la resolución).

1.1.5.1.2 Personas que han de intervenir en la comparecencia: Art. 544ter.4

- La víctima, y en su caso, su representante legal.
- El Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal puede intervenir a través de videoconferencia (art. 306 LECr). La Circular 3/2003 de la FGE, sobre cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección, establece que no es obligatoria la presencia del Ministerio Fiscal (y su ausencia no es causa de suspensión de la comparecencia), sin perjuicio de que El Ministerio Fiscal deje constancia de su criterio por otro medio (fax, teléfono...).
- Abogados de las partes: El art. 544ter.4 expresa que debe ser convocado “*el agresor, asistido, en su caso, de Abogado*”. La mencionada Circular de la FGE 3/03 concreta, que la excepción de inasistencia del Letrado del imputado, solo es posible en los juicios de falta, pues solamente en estos procedimiento la Ley permite comparecer a juicio al denunciado si Letrado. En estos casos, la comparecencia urgente para acordar la orden de protección ha de celebrarse en el seno del propio juicio de faltas (art. 544ter párrafo segundo).
- Inculpado.

1.1.5.2.1. ¿Puede celebrarse sin algún interviniente?⁶

La ausencia de cualquier parte debidamente citada, *salvo el Abogado de la defensa*, no será motivo legal de suspensión. El legislador se remite a la comparecencia prevista en el art. 505 de la LECr, como la comparecencia que ha de convocarse para resolver la orden de protección. En esta comparecencia del artículo 505 es preceptiva la presencia del Letrado. No obstante, debe valorarse, que aunque esté debidamente citada la víctima, si no ha comparecido, máxime si no se sabe la razón, (siendo aplicable también en caso de incomparecencia del inculpado), puede acordarse la práctica de sus declaraciones como necesarias, en los términos que examinaremos en la cuestión siguiente, y acordar mientras tanto unas medidas del art 544 bis hasta la celebración del art. 544ter.

1.1.5.2.2. ¿Se puede practicar prueba en el seno de la comparecencia?

⁶ Esta cuestión está tratada y resuelta en el sentido indicado en la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003 de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección

Sí, se puede practicar prueba en el plazo legal. La prueba (declaración de las partes, testigos, aportación de documentos, informes orales médicos, forenses, psicológicos...), se realizarán en el seno de la comparecencia o antes de la misma. Si la prueba no se puede celebrar en la comparecencia porque los testigos propuestos han de ser citados, o no se ha traído la documentación, o ha de realizarse la exploración médica correspondiente, se practicarán en las audiencias próximas respetando el plazo de las setenta y dos horas desde que la solicitud ha entrado en el Juzgado.

1.1.5.2.3. ¿Se puede pedir la suspensión de la comparecencia para practicar una prueba que no se puede celebrar en el plazo de setenta y dos horas?

La resolución de la solicitud tiene carácter urgente, así lo prevé el Legislador al establecer un plazo de setenta y dos horas sin prórrogas. Pero por lo general a la comparecencia solo se personan las partes y como mucho el solicitante, si es persona distinta a la víctima. Pero la prueba en muchas ocasiones es muy importante, no solo en relación al hecho denunciado, sino en relación con la situación personales y familiares de la víctima, sus hijos, y a veces de los inculcados (estado mental; piénsese, por ejemplo, en enfermos de alzhéimer, de edad avanzada, que son cuidados y atendidos precisamente por su esposa, víctima de la violencia de género⁷). La Circular 3/03 de FGE, se remite a la Circular 2/95 de 22 de noviembre sobre el nuevo régimen de la prisión provisional, permitiendo que, si la prueba no se puede realizar en la misma comparecencia y en todo caso, en el plazo de las setenta y dos horas siguientes a la misma. Mientras tanto se puede adoptar una medida del art. 544 bis para evitar el riesgo que se haya objetivado, hasta la resolución del 544ter.

1.1.5.2. Art. 544 bis: medidas cautelares

Para la adopción de las medidas cautelares del art. 544bis, el Juez no tiene que convocar a ninguna comparecencia, porque las mismas pueden ser acordadas de oficio por el Juez. En la práctica lo razonable es que tanto el Ministerio Fiscal, como el Letrado de las partes sean oídos, bien por escrito (práctica poco habitual, pues la adopción de tales medidas tiene un carácter urgente por lo general, incompatible con el traslado a las partes, al menos por una audiencia, para que formulen sus alegaciones) o en una comparecencia. A dicha comparecencia podrán ser citadas todas los intervinientes referidos en la comparecencia del ter, pero la falta de citación de alguno o la incomparecencia justificada o no de otros, no será causa para la suspensión de tal comparecencia, al no ser obligatoria la misma y poder acordar las medidas el Juez de oficio.

1.1.6. Requisitos de la Resolución resolviendo la orden de protección o acordando las medidas cautelares

1.1.6.1. En la orden de protección

Para la adopción de la orden de protección se tiene que acreditar y motivar en la resolución la concurrencia de tres requisitos:

- Indicios fundados de la comisión de un delito o falta de los previsto en el art. 544 ter 1 LECr. (contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad). Indicios de comisión de falta: conviene recordar que la

⁷ Galdeano Santamaría, Ana. *El maltratador de violencia de género inimputable versus esposa-cuidadora víctima de violencia de género*. Diario LA LEY nº 7967.

duración máxima de la pena de alejamiento y/o comunicación en las faltas no excede de 6 meses (art. 57.3 del CP). Por razones de justicia material la orden de protección o las medidas del 544 bis, no deben exceder de 6 meses pues no podrán computarse en una pena privativa de derechos. No es conveniente forzar la aplicación del art. 59 CP.

- Que los indicios de los delitos o faltas mencionados sean entre las personas a los que se refiere el art. 173.2 del Código Penal, es decir, en los supuestos de violencia doméstica o violencia de género
- Indicios objetivos de riesgo para la víctima

1.1.6.1.1. ¿Puede el JVSJ acordar unas medidas del art. 544 bis cuando lo que se ha solicitado es una orden de protección?

Nunca, la orden de protección es el título habilitante que otorga a la víctima el estatuto integral de mujer maltratada.

El propio art. 544ter.5 “*La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderán 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*”. Estas medidas de protección social y asistencias están previstas en el articulado de la LO1/04, en los arts. 18 al 28. Son derechos de carácter económico, laboral y seguridad social, de asistencia social integral, de protección en caso de mujeres inmigrantes que no tengan regularizada su situación administrativa en España, funcionarias, programa específico de desempleo, acceso a la vivienda... cuyo desarrollo legislativo es objeto de la normativa correspondiente en las distintas CCAA.

También reconoce el art. 23 de la LO/04 de Medidas de Protección Integral para la Violencia de Género, la naturaleza de título habilitante que tiene la orden de protección.

Por tanto el Estatuto Integral confiere a la mujer maltratada un conjunto de derecho y ayudas de carácter asistencial y de protección social establecidas en el ordenamiento jurídico (junto con las penales y civiles que se acuerdan). Por ello, la orden de protección ha de ser comunicada por el Juez, mediante testimonio íntegro a las administraciones públicas competentes para adopción de las medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, laboral o de otra índole (art. 544ter.8). Y la víctima podrá hacer valer la orden de protección ante cualquier Autoridad y Administración pública (art. 544ter.5)

Es en la LO1/04 donde se regulan los derechos que integran el estatuto (económicos, sociales, psicológicos, asistencia letrada, asesoramiento e información, laborales...). En relación con los derechos económicos se ha publicado recientemente RD 1452/05 de 2 de diciembre del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el que se regula una ayuda económica, prevista en el art. 27 LO 1/04. En la CCAA de Madrid la Orden 218/2013, de 13 de marzo se aprueban las normas reguladoras para la concesión directa de ayudas económicas de pago único recogidas en el art. 27 de la LO1/04, de 28 de diciembre.

No es ni El Juez, ni el Ministerio Fiscal, quien debe valorar si la víctima de violencia de género o doméstica es merecedora de esas ayudas, es la Administración Pública. Por

ello, como los presupuestos de la orden de protección y del art. 544 bis son los mismos, (indicios de comisión de un hecho delictivo o de una falta y situación objetiva de riesgo) y la única diferencia entre ellas es que una es título habilitante para el estatuto integral de mujer maltratada y las medidas del art. 544bis no lo son, si alguna parte ha pedido la orden de protección, el Juez no puede bajo ningún concepto otorgar una medida del 544bis si aprecia indicios de algún delito del art. 544 ter.1 y la existencia de la situación objetiva de riesgo para la víctima. La Fiscalía de Madrid ha interpuesto reiterados recursos y ambas secciones especializadas en Violencia de Género en Madrid nos han dado la razón. : Autos de la Sección nº 26 (auto nº 1134/2011 en Rollo de apelación nº 600/11 de fecha 17-11-11; auto nº 108/12 en rollo de apelación nº 787/11 de fecha 26-1-12; auto nº 958/12 en rollo de apelación nº 837/12, de fecha 22-8-12) y de la Sección 27ª, el auto nº227/11 en rollo de apelación nº 539/10, de fecha 24-2-11 que por todas, motiva, “Tiene razón el Ministerio Fiscal al expresar la contradicción que se evidencia en el auto recurrido, pues si existe una situación objetiva de riesgo para la denunciante, entonces lo procedente es conceder la mayor protección que le otorga la orden de protección, que le concede el estatuto integral de protección, la cual fue solicitada por la acusación particular”

1.1.6.1.2. Si el Ministerio Fiscal no ha solicitado orden de protección ¿puede recurrir el auto que acuerda las medidas del art. 544 bis?

Sí, pues el Ministerio Fiscal tiene encomendada la defensa de la legalidad por el art. 124 de la CE, que posteriormente recoge nuestro estatuto Orgánico.

1.1.6.1.3. Si existe ya una orden de protección a favor de la víctima contra el mismo inculcado, ¿se puede acordar otra orden de protección en otro procedimiento entre las mismas partes?

Sí, y además es lo procedente, pues de lo contrario mientras se tramita nuestras diligencias previas, habrá de estar pendiente de lo que ocurre en el otro procedimiento, del cual no tenemos que ser el mismo Fiscal e incluso tramitarse en otro partido judicial. Así, si se alzara la medida de ese procedimiento, la víctima quedaría desprotegida en el nuestro. En tal sentido el auto nº 88/11 de la Sección 27ª, en rollo de apelación nº 937/10, de fecha 31-1-11: “Por ello tiene razón el Ministerio Fiscal en su argumentación... Pero el hecho que exista una pena de alejamiento o una medidas cautelares acordadas en otra causa no impide que se pueda imponer otra medida con el mismo contenido en otro procedimiento”.

1.1.6.1. En las medidas cautelares del art. 544bis

- Indicios de la comisión de un delito o falta previsto en el art. 57 del Código Penal (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas, contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el derecho a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio, el honor, contra el patrimonio y el orden socioeconómico).
- Indicios objetivos de riesgo para la víctima
- Cualquier relación entre la víctima y el agresor, incluso la inexistente

¿Puede el JVSJ acordar unas medidas del art. 544 bis cuando lo que se ha solicitado es una orden de protección?

Reiterar lo dicho en el apartado anterior. Nunca, las medidas del art. 544 bis no constituyen título habilitante del estatuto integral de mujer maltratada. Hay que recurrir en reforma y/o apelación.

1.1.7 La Resolución

1.1.7.1. En la orden de protección

La resolución debe de adoptar siempre la forma de auto motivado y puede contener un pronunciamiento exclusivamente penal o un pronunciamiento penal y civil.

La notificación ha de ser personal con los requerimientos legales más el apercibimiento de incurrir en un delito del 468.2 y en su caso del art. 556 CP.

El incumplimiento de la orden de protección o de las medidas del art. 554 bis, conlleva la posibilidad de adoptar medidas más restrictivas incluida la prisión. Para ello, nada más tener constancia del incumplimiento de las medidas penales ha de convocarse la comparecencia prevista en el art. 544 bis in fine, que es preceptiva.

1.1.7.1.1 Sujetos

En la resolución ha de indicarse con claridad los sujetos a los que no puede acercarse el agresor, o en su caso comunicarse. Los sujetos protegidos no tienen que reducirse exclusivamente a la víctima. El art. 544ter.11, legitima pasivamente a todas las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal (ascendientes, descendientes, hermanos que convivan, menores o incapaces sujetos a su tutela...que convivan, o a personas de especial vulnerabilidad) relacionadas con el imputado y respecto de las que se aprecie una situación de riesgo para ellas. Por ello una misma orden de protección puede extenderse a otras personas diferentes a la víctima directa de los hechos investigados, por ejemplo hijo, padres o hermanos que convivan con el agresor.

1.1.7.1.2. Plazo

Habitualmente el plazo de vigencia de la orden se fija hasta que termine el procedimiento por resolución definitiva que ponga fin al mismo o por sentencia firme. En relación con el límite *hasta que se dicte la sentencia*, muchos Jueces de Instrucción entienden que es hasta que se dicte sentencia en primera instancia, no hasta que se dicte sentencia firme, pues es el Juez Penal, el competente de pronunciarse sobre el mantenimiento de las medidas que se acordaron hasta la firmeza de la sentencia de conformidad con el art. 69 de la LO 1/04.

El plazo puede fijarse en meses o por años. Esta modalidad es poco práctica, salvo que esté asociada la protección a un plazo o evento concreto (por ejemplo, abandonar definitivamente la víctima el territorio nacional; o si estamos ante una falta, evitar que se superen los seis meses, límite máximo de la eventual pena a imponer). De lo contrario, fijar dos meses o plazo similar sin poder acreditar un cambio de circunstancias o alguna causa que lo justifique jurídicamente carece de sentido. En tal sentido Sección nº 26ª, en auto nº 1379/12 en rollo de apelación nº 627/12, de fecha 29-11-12, en el que se estima el recurso del Ministerio Fiscal y se revoca la duración de la orden de protección por tres meses, acordando que la misma tenga una vigencia hasta que el procedimiento finalice por sentencia.

También puede concretarse el plazo de vigencia en relación con determinados trámites procesales, como por ejemplo, hasta el auto de transformación de la diligencia previas en procedimiento abreviado, hasta el auto de apertura del juicio oral... En definitiva, es garantizar que la medida sea proporcional, sometida al principio constitucional del derecho a la defensa, con conocimiento claro por parte del imputado de la duración de la prohibición del derecho que cautelarmente se le impone y al mismo tiempo garantizar que si se quebranta la medida no haya duda que la misma estaba vigente.

1.1.7.1.3. Lugares y Distancia

La resolución ha de indicar con toda claridad los lugares a los que no puede acercarse el imputado, por ejemplo, el domicilio de la víctima, el lugar de trabajo de la víctima y todos aquellos espacios donde se la pretenda proteger. Estos últimos se suelen referir de modo lacónico en las resoluciones con la expresión *y todos aquellos que la víctima habitualmente frecuenta*.

Son 500m la distancia que se recomienda solicitar e imponer habitualmente en las resoluciones, pues es la que se garantiza la respuesta policía efectiva por lo general, y absolutamente imprescindible en caso de implantación del mecanismo telemático de control. Si bien la distancia puede ser inferior, atendiendo a las circunstancias del caso, siempre que no se imponga un control telemático de seguimiento de la orden de protección. Por encima de los 500m, no existe ninguna problemática técnica ni tecnológica en el resultado efectivo del brazalete electrónico o pulsera.

1.1.7.1.4 Cumplimiento de la orden de protección con un mecanismo telemático de seguimiento.

El mecanismo telemático de control del alejamiento, conocido vulgarmente como pulsera, es un mecanismo o modo de cumplimiento de la medida y no, una categoría o subespecie de medida penal entre el alejamiento y la prisión. Sin embargo cuando una persona incumple la medida de alejamiento reiteradamente o acompañada de un acto de violencia o intimidación leve, si se considera desproporcionada la solicitud de la prisión provisional, valorándose la insuficiencia de la medida de alejamiento, se puede solicitar, en la comparecencia para su agravación, el mantenimiento de la medida la cual se deberá cumplir a través del mecanismo telemático⁸. En este supuesto el apercibimiento se extenderá, además del posible delito de quebrantamiento al delito de desobediencia a la autoridad (para el caso de no hacer un uso debido de la pulsera, sea rota, no cargado la batería intencionadamente para que no funcione...). No confundir quebrantamiento, con desobediencia⁹. El quebrantamiento implica la entrada en la zona de exclusión, fija o móvil, es decir dentro de los metros que se ha prohibido acercarse a la víctima. El imputado puede manipular, romper... el mecanismo telemático fuera del ámbito espacial de la prohibición, por lo que desobedecerá, pero no quebrantará. Asimismo, pueden cometerse ambos delitos en relación de concurso real.

En el Anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2012, se tipifica la ruptura de la pulsera, expresamente, como delito de quebrantamiento. En el momento actual y

⁸ El mecanismo telemático de control se puede acordar en la comparecencia de la orden de protección, en atención a las circunstancias del caso, sin que se reduzca su ámbito de aplicación a las comparecencias de agravación del art. 544bis de la LECr.

⁹ Conclusiones del seminario de especialistas en violencia de género celebradas en Madrid en septiembre de 2012.

hasta que entre en vigor la reforma el delito a imputar es el de desobediencia, así se ha estado calificando durante muchos años en Madrid y así se ha acordado en las conclusiones del año 2012 de los Delegados Fiscales de Violencia de Género.

La previsión legal del cumplimiento del alejamiento a través del mecanismo telemático está previsto, como medida cautelar está en el art. 64.3 LO 1/04, referida a la orden de protección y en las penas de alejamiento en el art. 48.4 CP. El art. 57 CP permite tal posibilidad en la pena de alejamiento impuesta en una falta.

Sin embargo el Protocolo de actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género, de 17 de julio de 2009, solo es aplicable a violencia de género y nunca a violencia doméstica, ni mucho menos a cualquier otro supuesto de aplicación del art. 544 bis.

1.1.7.2 La resolución acordando medidas cautelares del art. 544bis

La adopción de tales medidas tiene que ser siempre mediante auto, debiendo notificarse personalmente al imputado a quien deberá de realizarse los requerimientos legales para su cumplimiento, con el apercibimiento de poder incurrir en un delito de quebrantamiento de medida si lo incumple, previsto y penado en el art. 468.2 del Código Penal.

La víctima puede ser cualquiera, sin ser requisito, como ya se ha expuesto anteriormente, la existencia previa de alguna relación vínculo entre la misma y el agresor.

El auto sólo puede acordar medidas penales y las eventuales medidas civiles solo pueden acordarse vía art. 158 del CC.

En relación al plazo, lugares y distancia me remito a lo expuesto en los apartados anteriores en relación con la orden de protección.

1.1.8 Recursos contra la orden de protección y las medidas cautelares del art. 544bis

Contra los autos que resuelven las solicitudes de ordenes de protección o de medidas cautelares al amparo del art. 544bis cabe interponer los recursos de reforma y subsidiaria apelación o recurso de apelación directa.

Las cuestiones más habituales que se nos plantean en la práctica son las siguientes:

1.1.8.1. Si la orden de protección la ha dictado el Juez Instrucción de guardia ¿la reforma la resuelve el JVSM?

La respuesta ha de ser afirmativa. Será el órgano competente para resolver el recurso de reforma el Juez de Violencia sobre la Mujer.

Cuando el JVSM recibe una causa de la que se ha inhibido otro órgano judicial, y por tanto la pieza separada donde se tramita la orden de protección, este órgano debe verificar si la misma la mantiene, pues no se ve limitado ni constreñido por la decisión del Juez que por competencia residual haya resuelto la orden de protección. El legislador no impone la obligación un pronunciamiento expreso de lo que podíamos

llamar ratificación de la orden de protección, como por ejemplo se exige en la prisión provisional, pero lo cierto es que una vez que el Juez competente tiene funcionalmente la competencia de los autos, al menos tácitamente tendrá que confirmar la resolución, manteniendo la misma o modificar la orden de protección acordada por el otro Juez. Por ello, y al amparo del principio de economía procesal y de eficacia, si los autos están ya en poder del JVSJ, aunque éste no haya dictado la orden de protección, y pese al tenor literal del art. 211 de LECr, resolverá la reforma.

1.1.8.2. Si la orden de protección se acuerda en el seno de las Diligencias Urgentes y cuando se interpone el recurso de reforma los autos se han remitido al Juzgado de lo Penal ¿qué Juzgado resuelve el recurso?

Finalmente, y ante unas iniciales resoluciones contradictorias entre sí, las dos secciones especializadas en violencia de género de Madrid han acogido el criterio mantenido por la Fiscalía, que argumentaba que el órgano competente debe de ser el Juzgado de Instrucción que dictó la misma, aún cuando en el momento en que se interpone o se vaya a resolverse el recurso, el procedimiento se encuentren bajo la competencia funcional del Juzgado de lo Penal. La razón argumentada por la Fiscalía es evitar la inexorable contaminación del Juez de lo Penal, pues para la revisión y valoración del recurso necesitaría un pleno conocimiento de los hechos, sobre los que posteriormente habrá de dictar sentencia, así como el conocimiento de las incidencias acaecidas durante la instrucción. Ello tendría lugar antes de la celebración del juicio oral, produciéndose, por ello, una contaminación del órgano de enjuiciamiento, incompatible con el derecho a un juez imparcial, quien prejuzgaría el futuro caso a enjuiciar.

En tal sentido el auto 700 59/12, que resuelve la cuestión de competencia 6/2012, de fecha 28 de junio del 2012 de la sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid establece *“que conforme al artículo 69 de la Ley Orgánica 1/2004, el órgano competente para el enjuiciamiento deberá pronunciarse indefectiblemente sobre el mantenimiento que las medidas cautelares que pudieran haber sido acordadas, sin que hasta ese momento, se vea obligado a realizar un pronunciamiento expreso al respecto. Es entonces, a el tiempo de dictar la sentencia, cuando deberá valorar, en su caso, la procedencia de mantener las medidas cautelares que hubieran podido ser acordadas, conservando, a nuestro juicio, entretanto, el órgano instructor la competencia para resolver los recursos no devolutivos que pudieran haber sido interpuestos frente a la resoluciones por él dictadas”*.

Igualmente, el auto 932/2012, que resuelve la cuestión de competencia 6/12 de fecha 29 de junio del 2012 de la sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, si bien finalmente establece la competencia del Juzgado de lo Penal porque éste ya había dictado sentencia, en sus argumentos y motivaciones establece *“No procede la devolución acordada. No es tanto por la circunstancia del que es Juzgado de Violencia hubiera perdido ya su competencia funcional respecto de dicha causa, una vez remitida al órgano de enjuiciamiento, puesto que, de no haber procedido, ya, al enjuiciamiento de la misma, la revisión de la valoración indiciaria necesaria para la resolución del recurso podría llegar a determinar un conocimiento y decisión respecto de hechos sobre los que, posteriormente, habría de dictar sentencia, pudiendo producirse, por ello, una contaminación incompatible con el principio acusatorio, y el derecho al juez imparcial”*.

1.1.8.3. ¿Se debe recurrir la denegación de la orden de protección en el seno de las diligencias urgentes en la guardia, que finaliza con sentencia condenatoria de conformidad en el mismo acto?

Sí, salvo que la sentencia exprese que es título habilitante para conferir a la víctima el estatuto de mujer maltratada y por ello solicitar las ayudas administrativas pertinentes.

Es la LO1/04, en su at. 23 donde se establece que la orden de protección es el título que confiere el estatuto integral de la mujer maltratada. Este artículo no se refiere a ninguna otra resolución, ni si quiera la sentencia. En un principio, se daba la paradoja de que en el seno de un Diligencias Urgentes que finalizaba ante el JVSM con sentencia condenatoria de conformidad, se denegaba la orden de protección porque seguidamente se dictaba la sentencia de conformidad que quedaba en el acto firme. Por ello, la vigencia y validez del posible auto que otorgaba la orden de protección sería escasamente de unos minutos. La víctima acudía con su sentencia firme a la Administración y no obstante, se le negaba las ayudas y protección asistencial que confiere el estatuto integral de mujer maltratada, por carecer la mujer del título que la habilitaba por ley el estatuto integral, a saber la orden de protección.

Las CCAA realizan un esfuerzo legislativo y muchas de ellas al desarrollar la LO1/04, incluyen dentro de los títulos habilitantes otro tipo de resoluciones, entre ellas las sentencias. Así la Comunidad de Madrid, en la Ley 2/04 de Protección Integral contra la Violencia de Género habla de la OP, la sentencia o cualquier resolución por la que se acuerden medidas cautelares de protección o de las que se deduzca dicha situación y excepcionalmente se permitirá su acreditación al margen del procedimiento judicial. Pero no todas la CCAA tienen esta previsión. Si la sentencia no expresase que es título habilitante y la víctima decidiera cambiar de domicilio a una localidad cuya normativo autonómica no previese otros título habilitantes, primaría la exigencia de la LO1/04 y no podría obtener las ayudas. Es necesario, que seamos cuidadosos y comprobemos o bien, que si se ha solicitado la orden de protección, se ha dictado auto acordándolo así, aunque seguidamente recaiga la sentencia de conformidad, o bien, se deniegue la orden de protección por dictarse seguidamente la sentencia, pero en la sentencia se exprese que la misma es título habilitante legítimo para pedir las ayudas asistenciales y de protección administrativas correspondientes. En tal sentido, como resumen de todos los existentes en esta materia en Madrid, el auto nº1581/11, en rollo de apelación nº 1060/11, de fecha 22-12-11 que estima el recurso del Ministerio Fiscal y establece que no ha lugar a dictar la orden de protección al haberse dictado sentencia de conformidad, pero debe revocar y revoca parcialmente la sentencia en el sentido de añadir a la resolución que la misma constituye título habilitante equiparable a la orden de protección los efectos de obtener las ayudas como víctima de violencia de género. (Lo que se recurre es el auto denegatorio de la orden de protección, nunca una sentencia de conformidad que es irrecurrible, pero en el recurso se plantea la alternativa; o revoca la denegación de la orden de protección, o se expresa en la sentencia de conformidad que es título habilitante equiparable a la orden de protección, estimando parcialmente nuestro recurso.)

2. MEDIDAS CIVILES

2.1. MEDIDAS CIVILES AL AMPARO DEL ART. 544TER

Están previstas y reguladas en el punto séptimo del art. 544ter.

Las medidas civiles acordadas en una orden de protección tienen un plazo de vigencia de treinta días, transcurrido los cuales, si las partes no han interpuesto la correspondiente demanda civil, quedarán sin efecto (art.544ter.7).

Si en el plazo de treinta días, las partes presentan la demanda civil, la vigencia de las medidas acordadas en la orden de protección se prorroga otros treinta días desde la interposición de la demanda. En la práctica los JVSJM de Madrid, lo que hacen es ratificar las mismas en el auto de admisión a trámite de la demanda hasta la celebración de la comparecencia del art. 771 LEC, sin esperar a que ésta se celebre.

El legislador establece un contenido mínimo de las medidas civiles:

- guardia y custodia, siendo la legislación civil y su jurisprudencia de aplicación.
- Suspensión de la patria potestad y de la suspensión del régimen de visitas. Los artículos 65 y 66 de la LO1/04, así lo prevén. Art. 65 *“El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.”* El art. 66 establece *“El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes”*.
- La atribución del uso de la vivienda. Hay que destacar la posibilidad de permuta que prevé el art. 64.2 de la LO1/04. El mencionado artículo establece *“1. El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado 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.*
2. 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.”

Solo pueden ser impuestas a instancia de parte. Pues como medidas civiles rige el principio de rogación. En principio El Ministerio Fiscal solo las solicitará si hay menores o incapaces.

2.1.1 ¿Se pueden acordar medidas civiles si no hay menores o incapaces? ¿Las puede pedir el Ministerio Fiscal?

El apartado séptimo del mencionado artículo, establece que las medidas civiles deberán ser solicitadas por la víctima, o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan menores o incapaces, siempre que no hubieran sido acordadas previamente por el órgano de la jurisdicción civil. El artículo permite a la víctima el que pueda solicitar medidas a favor de hijos no menores de edad, pero sí circunscribe la actuación del respecto del Ministerio Fiscal a los supuestos en que existan hijos menores o incapaces, al igual que la regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de medidas previas o coetáneas a los procedimientos de separación y divorcio, o en el procedimiento ordinario en el ámbito civil.

La Circular de la FGE 3/03, concreta que *“El Ministerio Fiscal únicamente se interesará o pronunciará sobre las medidas civiles interesadas por otro si existieren hijos menores o incapaces. Excepcionalmente, permite que el Fiscal se pronuncie sobre*

medidas civiles, aunque no existan menores o incapaces, cuando éstas, por su contenido, puedan oponerse o malograr las acordadas penalmente. En tal caso deberán considerarse prioritarias al amparo del art. 8 de la LECr, (la jurisdicción penal es siempre improrrogable)”.

2.1.2. ¿Se pueden recurrir las medidas civiles? Valoración de su eficacia.

Las medidas civiles de la orden de protección son muy parecidas a las medidas previas o coetáneas a la demanda del orden jurisdiccional civil. El art. 777 LEC establece la imposibilidad de recurrir las medidas adoptadas en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, como previas a su tramitación. Pero imaginemos, que algún órgano judicial especializado en violencia de género, en aras al principio de tutela judicial efectiva, considerara que debe de entrar a conocer las medidas civiles, sería absolutamente ineficaz en segunda instancia, porque la duración de las medidas civiles es de treinta días. Por ello, cuando fuera a conocer del recurso la Audiencia Provincial, el objeto del recurso hubiera desaparecido por falta de vigencia de la medida. Éste es el criterio de Madrid, como todos el auto 363/12 en rollo de apelación 209/12, de fecha 22-3-12.

2.1.3. ¿Se puede acordar medidas civiles en una orden de protección cuando se ha iniciado el pleito civil correspondiente?

El plazo es preclusivo. No cabe acordarse si ya se ha interpuesto la demanda civil. Como hemos dicho anteriormente, la previa interposición de una demanda civil donde se solicitan medidas cautelares o coetáneas, no permite solicitar medidas civiles en el seno de la orden de protección, salvo que por las circunstancias del hecho denunciado sea necesario proteger de manera urgente a los hijos menores, en cuyo caso se adoptaran dichas medidas vía art. 158 del CC y se remitirá testimonio al Juzgado de lo civil que esté conociendo¹⁰.

2.2. MEDIDAS CIVILES AL AMPARO DEL ART 544 bis

Las medidas del art. 544bis son de naturaleza penal, pero no hay impedimento para solicitar al amparo de la misma, si no se puede, o nadie solicita la orden de protección, solicitar y acordar en el seno de las medidas del art. 544bis, medidas urgentes civiles de protección de los menores al amparo del art. 158 CC

¹⁰ Peramato Martín, Teresa. La orden de Protección. Año 2007 Colección de Manuales de Formación Continuada del CGPJ, p.587y 588 *“El segundo problema se refiere a si cabe o no la adopción de medidas cautelares civiles cuando se ha iniciado un proceso civil de familia para regular aquellas relaciones pero todavía no se ha dictado resolución. La letra del precepto en estudio establece la posibilidad de que sean acordadas medidas civiles cuando no hayan sido acordadas por la jurisdicción civil pero nada dice al respecto en relación a aquellas solicitudes de orden de protección que se formulan cuando se está tramitando el procedimiento civil para la regulación de las relaciones familiares. Si se hubieren solicitados medidas provisionales (previas o coetáneas a la demanda) dado que su resolución en el orden jurisdiccional civil es inminente (art. 771 y ss. de la LEC) parece contraproducente dictar una resolución en relación a cuestiones que ya va a resolver aquella otra jurisdicción con mayores garantías de contradicción y pruebas y a ello parece apuntar el precepto cuando establece un plazo de vigencia de las mismas de 30 días prorrogables por otros 30 si en los primeros se interpusiere la correspondiente demanda; de tal expresión parece desprenderse que no cabrá la adopción de medidas de naturaleza civil si ya la demanda ha sido interpuesta y por tanto está conociendo otro juzgado de aquellas peticiones; no obstante si la situación originada por el hecho denunciado demuestra la necesidad de adoptar medidas urgentes en protección de los hijos las mismas se pueden acordar en virtud del art. 158 del CC con remisión de testimonio al Juzgado que esté conociendo del procedimiento civil”*

2.3.CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA Y LOS JUZGADOS DE 1ª INSTANCIA EN RELACIÓN CON LOS ASUNTO CIVILES CUANDO EXISTE LA INSTRUCCIÓN O LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA DIMANANTE DE UN PROCEDIMIENTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

El artículo 87 ter.2 de la LOPJ establece “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto algunas de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.”

Durante mucho tiempo se han planteando entre los Juzgados de Familia y los de Violencia de Género cuestiones de competencia, en relación a aquellos supuestos en los que presentada la demanda civil ante el Juzgado de 1º Instancia, en el Juzgado Violencia sobre la Mujer se incoó el procedimiento penal cuando en aquél ya se ha acordado la celebración de la vista civil. Todo ello deriva de la confusa redacción del artículo 49 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su modificación por la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al referirse a la fase del juicio oral como límite procesal para la atracción competencial de los Juzgados de Violencia. En relación a esta polémica, la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid (sección de lo civil), se pronunció en una ocasión, en el sentido de entender que tal referencia, “fase del juicio oral” lo era a la fase del juicio oral del procedimiento

penal, único en el que nominalmente existe fase de juicio oral. No obstante, tal problema lo solucionó el Tribunal Supremo en el auto de 19-1-07, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Clemente Auger, en el sentido de que la fase del juicio oral es la celebración de la vista del procedimiento civil. Esta era la posición de la Fiscalía en la Circular 4/05. Finalmente los Magistrados de las Secciones 22ª y 24ª de la Audiencia Provincial se reunieron el 16-6-09 acordando seguir la interpretación que del art. 49 bis de la L.E.C. reiteradamente ha mantenido el Tribunal Supremo y que coincide con la establecida en la Circular 4/05 de la Fiscalía General del Estado con lo que el problema competencial ha sido definitivamente resuelto siguiendo todas las resoluciones posteriores de tales Secciones el criterio que siempre ha defendido la Fiscalía.

También son varias las cuestiones de competencias entre los JVSJM y los órganos judiciales de 1ª Instancia, en orden a determinar en qué momento ha de entenderse concluido el procedimiento penal y extinguida su responsabilidad, para poder determinar cuando el JVSJM pierde la competencia civil sobre un asunto.

La competencia de los JVSJM ha sido además concretada por la Sección Civil de la Audiencia Provincial, quienes en sus resoluciones, y por todas ellas el Auto de fecha 23 de noviembre de 2010, dimanante del rollo nº 1191/10 de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid ha matizado que la competencia del JVSJM se extiende hasta que la resolución de Sobreseimiento Provisional no sea firme. Así se expone “*SEGUNDO. En el supuesto sometido a nuestra consideración, ha quedado acreditado que, ante el citado juzgado de violencia, se seguían diligencias penales contra el demandado en el procedimiento civil por un presunto delito de los comprendidos en el art. 87 ter. 1-a de la LOPJ, respecto de las que si bien se había dictado, con anterioridad a la presentación de la demanda, y en concreto en fecha 16 de marzo de 2010, auto de sobreseimiento, es lo cierto que, al tiempo de presentarse el referido escritor rector de la litis civil, estaba pendiente de ser resuelto, por la Sección 27ª (sección penal) de esta Audiencia Provincial, el recurso de apelación entablado contra el mismo. En consecuencia, y dado que la causa penal mantenía su tramitación cuando se inicia el procedimiento civil, procede, declarar la competencia del juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 11 para conocer de la demanda de divorcio*”.

Y en múltiples resoluciones extiende la competencia al JVSJM hasta que la sentencia absolutoria dimanante de un procedimiento incoado y tramitado por los JVSJM sea firme, de tal forma que si la demanda se presenta cuando solo ha recaído resolución de sobreseimiento provisional o sentencia penal absolutoria en primera instancia y se ha recurrido, estando pendiente el recurso, aunque finalmente éste confirme la absolución, la competencia es del JVSJM. En tal sentido el auto de fecha 19-4-2013 de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, en autos de cuestión de competencia nº 442/13 , en el que se resuelve atribuir la competencia al JVSJM quien se había inhibido a los Juzgados de 1º Instancia , al haberse acordado el sobreseimiento de las actuaciones, pero el mismo o era firme al momento de interponerse la demanda civil, pues estaba pendiente de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial penal “ *La LPOJ, no habilita el declinar la competencia para conocer de un procedimiento civil de los comprendidos en el apartado 2º del art. 87 ter, cuando la causa penal seguida ante el JVSJM no se encuentre definitivamente finalizada, lo que acaece en aquellas hipótesis, como en el presente acaece, en el que el sobreseimiento acordado en la misma aún no ha alcanzado firmeza, la pender la resolución de los recursos entablados contra la resolución que acuerda el archivo de la causa.*”

Asimismo será competencia de JVSM hasta que no haya finalizado íntegramente la ejecución de la causa penal que dimanó del JVSM. En este sentido el auto de fecha 19 de mayo de 2010, dimanante del rollo nº 515/2010 de la Sección nº 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid. *“El art. 87 ter de la LOPJ permite afirmar que la competencia a favor de la jurisdicción penal se mantendrá hasta tanto se produzca la extinción de la responsabilidad penal, por las causas legalmente previstas en el CP...y puesto que no estaba extinguida la responsabilidad penal al momento de interponerse al demanda, es procedente declarar la competencia del JVSM nº 5 de Madrid.”*

Las últimas resoluciones en el sentido señalado son las siguientes:

Auto de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de fecha 23 de abril de 2013, en rollo nº 1683/12, en el que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto que resolvía la cuestión de competencia, atribuyendo finalmente la Sala la competencia para el conocimiento de la demanda civil al JVSM, como postulaba el Ministerio Fiscal, pues a la fecha de la interposición de la demanda pendía la resolución del recurso de apelación penal contra la sentencia absolutoria.

En igual sentido el auto de fecha 10 de mayo de 2013 del la Sección 22ª de la Audiencia Provincial Civil, resolviendo la cuestión de competencia negativa planteada estableciendo nuevamente que mientras no se encuentre definitivamente finalizado el procedimiento penal de violencia de género no podrá inhibirse el JVSM el conocimiento de los autos civiles al Juzgado de Primera Instancia , si la demanda se ha presentado dictado el auto de sobreseimiento provisional, pero los mismo penden todavía de la resolución de los recursos interpuestos contra dicho auto.