

MEDIDAS CAUTELARES PENALES EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR

SUMARIO I. Consideraciones previas. Breve referencia al régimen cautelar en el marco del proceso penal. II. Tipología de medidas cautelares en el ámbito del maltrato doméstico. 1 Generalidades. 2 Tipos. III. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares estudiadas. IV. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN CAUTELAR EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, han de concurrir necesariamente dos posiciones contrapuestas en toda contienda judicial. Por un lado están los sujetos que postulan en el proceso una resolución de condena y por otro, los sujetos frente a quienes se pide la actuación del derecho penal por entenderles partícipes en la comisión de un hecho delictivo. Ahora bien, sabido es que la concreta actividad procesal penal entraña la actuación de diversos protagonistas lo que implica la distinción entre partes activas o acusadoras (Ministerio Fiscal, acusador particular, acusador popular, acusador privado) y partes pasivas o acusadas (inculcado y responsable civil). Es decir, analizado desde un ángulo subjetivo el sistema procesal penal se caracteriza por una estructura bilateral que supone una genuina manifestación del principio contradictorio, principio éste que a su vez se halla en estrecha conexión con el principio acusatorio en virtud del cual no procede la apertura del juicio oral sin que exista un acusador que lo solicite. El principio de contradicción encuentra además su reflejo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) y en la propia Constitución al declarar en su artículo 24 que "todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva" sin que en ningún caso pueda producirse indefensión así como también establece el derecho a ser informado de la acusación como requisito indispensable para ejercer la correspondiente defensa en juicio "pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan" (STC 170/2002, de 30 de septiembre) y como garantía que favorece el equilibrio entre acusador y acusado. En ese orden de consideraciones, debe recordarse aquí que la infracción penal provoca una alteración del orden jurídico que tiene que ser restablecido a una situación de normalidad. Con esa finalidad se desarrolla el proceso penal en el que las partes acusadoras y el Ministerio Fiscal pueden ejercitar el derecho de acción ante los tribunales así como ejercer un derecho de pretensión frente a la contraparte. El contenido de esa pretensión no es directamente el *ius puniendi* sino precisamente el derecho a que el Estado lleve a cabo, asuma, en definitiva el ejercicio del *ius puniendi*.

Pero en este esquema someramente descrito, queda todavía por hacer mención a la víctima del delito o lo que es lo mismo al perjudicado u ofendido que se erige pese a todo en parte contingente o no necesaria en cuanto su concurrencia puede darse o no en el desarrollo del proceso penal. Eso no impide sin embargo que se haga acreedora de

una satisfacción por parte del mismo y que se provea igualmente la necesaria tutela procesal. En ese sentido pueden distinguirse dos situaciones diferenciadas¹:

1. Constitución del perjudicado en parte procesal en cuyo caso su intervención en el proceso habrá de estar revestida de todas las garantías inherentes a esa posición tal como acontece con el resto de partes procesales².
2. Ausencia del perjudicado que no se constituye en parte, supuestos en los que la tutela de los intereses de la víctima queda encomendada al Ministerio Fiscal³.

En cualquier caso, nótese que asistimos en la actualidad a una cierta toma de conciencia por parte del legislador respecto al papel que el perjudicado juega en el proceso penal y que, en concreto, se refleja en una incipiente recuperación de su presencia en el mismo al establecer en diversas disposiciones legales lo que puede entenderse como un derecho de información a la víctima que bien pudiera ser encuadrado en el deber genérico que asiste a los tribunales de informar de sus resoluciones en el marco del artículo 270 LOPJ. Ese derecho/deber de información aludido se traduce en específico en la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, a la que tendremos ocasión de referirnos más adelante, que modifica, entre otros, el artículo 109 de la LECr adicionando un último párrafo que interesa la comunicación a la víctima "de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad" en el ámbito objetivo de los delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal (homicidio, aborto, lesiones, intimidad, derecho a la propia imagen honor, contra la libertad, inviolabilidad del domicilio...). Y en esa misma línea es también ejemplo de cuanto decimos la Ley Orgánica 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica que incorpora el artículo 544 ter en cuyo párrafo noveno determina "la información permanente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance de las medidas cautelares adoptadas" sin olvidar tampoco la información acerca de la situación penitenciaria del agresor "en todo momento".

Y es que esta corriente destinada a proporcionar una mayor cobertura a la víctima contrasta con un sistema procesal penal que se ha venido caracterizando por una acentuada atención y garantía de los derechos de quien se ve sometido a un proceso mientras que la consideración del perjudicado u ofendido parecía pasar a un segundo plano⁴. En efecto, sobre la base de la consideración de la presunción de inocencia como

¹ RAMOS MÉNDEZ, "La tutela de la víctima en el proceso penal", *Justicia*, núm. 3, 1995, págs. 30 y 36.

² El artículo 109 LECr se convierte en ese sentido en el vehículo legal para la incorporación del perjudicado a la causa al declarar que "en el acto de recibirse declaración al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, se le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante".

³ Muestra significativa de lo dicho es el artículo 108 LECr conforme al cual "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables". Inciden en esta idea los artículos 106 y 111 LECr.

⁴ Esta situación ya había sido constatada reiteradamente por diversos sectores implicados. A modo de ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, "La tutela de la víctima en el proceso penal", op. cit. pág. 28; SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, pág. 9 y ss; MERLOS CHICHARRO, "Algunas cuestiones de las diligencias de prueba. Las frecuentes retractaciones de las víctimas. La protección de la víctima en el proceso", en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, 2000-II, pág. 91.

criterio o principio informador del ordenamiento procesal penal y también, no puede olvidarse, como derecho fundamental, se mantiene que una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales, pueda ser considerada de cargo. A partir de ahí, la construcción del sistema de garantías del procesal penal se ha hecho pensando básicamente en el imputado olvidando a las víctimas del delito⁵. Sin embargo en nuestro texto constitucional y esencialmente en el artículo 24, encontramos derechos de clara significación procesal y que caracterizan nuestro proceso como un "proceso con todas las garantías" incluyendo algunos principios consustanciales a la idea de proceso como son los principios de igualdad y de contradicción que deben extenderse a todas las partes, incluida la parte ofendida o perjudicada. Pero además, la tutela judicial efectiva que proporciona el citado artículo 24 resulta comprensiva de diversas clases o tipos de tutela jurisdiccional en la medida en que alberga no sólo pretensiones declarativas o ejecutivas sino que se extiende también a una tutela cautelar, en los términos en que se expresa el artículo 5 LEC y tal como viene poniendo de manifiesto con reiteración la doctrina constitucional al defender que forma parte de la tutela judicial efectiva "evitar un daño sobre derechos e intereses controvertidos en el proceso principal que de producirse llevaría a que el objeto de esos derechos e intereses desapareciera o resultara tan gravemente afectado que sus titulares, aunque obtuviesen una resolución de fondo variable, no podrían ejercerlo o, cuando menos, no podrían desarrollar todas las facultades que lo conformaban inicialmente" (STC 218/1994). El énfasis de la tutela cautelar se pone entonces en el aseguramiento de la eficacia de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión formulada que se pueda dictar en el proceso principal.

Precisamente, en las páginas que siguen se pretende un comentario acerca de la tutela cautelar dispensada a la víctima de malos tratos.

Así las cosas, si nos centramos en el ámbito particular del maltrato doméstico se observa un denominador común en las iniciativas legislativas a las que antes se ha hecho referencia y es que tratan de ofrecer respuesta a una demanda social cada vez más acuciante: la protección de la víctima frente a su agresor para impedir que éste reitere sus actos violentos al tiempo que evitar situaciones de desamparo y vulnerabilidad en aquéllas. En ese contexto la protección cautelar adquiere una profunda significación toda vez que se integra en un ámbito en el que normalmente la relación entre víctima y agresor se desenvuelve en un espacio compartido (vivienda y demás propiedades, hijos, entorno laboral) lo que se convierte en particularidad respecto de otros supuestos de agresión en los que no concurre este tipo de relación.

En principio atendemos, por tanto, a un conjunto de normas legales que coordinan una serie de medidas que se califican de cautelares y que tienen el inmediato objetivo de facilitar la protección de la víctima para lo cual se provee como instrumento idóneo "el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima" tal como reza la Exposición de Motivos de la Ley 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a la víctima de malos tratos que, como es sabido, introdujo en el texto de la LECr el artículo 544 bis, precepto que trajo consigo toda una suerte de medidas que procuran ese distanciamiento aludido. Antes de entrar en la consideración de tales medidas en el segundo epígrafe de este estudio, sí conviene efectuar una visión panorámica relativa a

⁵ SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, op. cit., pág.27.

la regulación previa y posterior a esta importante reforma de la LECr y avanzamos ya que el resultado de la misma será constatar en primera instancia la originaria insuficiencia de nuestro sistema cautelar para hacer frente a la violencia familiar. De entrada, puede constatar que la Ley procesal penal no contiene una regulación unitaria y sistematizada de medidas que a tenor de las circunstancias concurrentes puedan ser aplicadas⁶. Antes bien, en materia de medidas cautelares resulta tradicional acudir al artículo 13 LECr para explicar este déficit dado que su redacción anterior a la reforma de 1999 no colmaba las necesidades de amparo que venían evidenciándose en la práctica. Ciertamente dos extremos merecen ser recordados aquí: 1) que en el precepto comentado se aludía genéricamente a la "protección de los perjudicados" entre las primeras diligencias lo que planteó el tema de la aplicación al proceso penal de medidas cautelares innominadas⁷ y 2) que en el marco de la LECr sólo la detención, prisión y libertad provisional actuaban como medidas cautelares personales destinadas a asegurar la comparecencia y disponibilidad del inculpado en el procedimiento y, en su caso, el cumplimiento de la pena que pudiera serle impuesta. Siendo así, la protección de la víctima de malos tratos no era objeto de una atención adecuada máxime si como se puso de manifiesto, la prisión provisional era realmente el único instrumento con el que a la postre podía hacerse frente a este tipo de conductas delictivas⁸. Si a ello se añade el carácter restrictivo con que la propia LECr concibe esta medida cautelar⁹, la necesidad de una reforma en esta materia estaba por lo demás justificada. Esa reforma se produjo por LO 14/1999, de 9 de junio, ya citada, en cuya declaración de intenciones estaba modificar ese estado de cosas. Por de pronto, como se ha dicho, introdujo en la LECr el artículo 544 bis y correlativamente adicionó un párrafo al artículo 13 LECr considerando entre las primeras diligencias a adoptar el distanciamiento físico entre agresor y víctima. A partir de ese momento el catálogo de medidas consideradas cautelares se amplió significativamente en materia de malos tratos¹⁰. Con todo, en el objetivo de lograr una mayor y mejor protección a la víctima de violencia doméstica, el Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, actualmente en tramitación, cierra por el momento el capítulo de iniciativas legislativas con tal fin. Mucho podría decirse acerca de las razones que en los últimos años han fundado la sucesión de normas en materia de maltrato doméstico o familiar¹¹ pero una interpretación en ese sentido nos apartaría del tema propuesto; no obstante, sí conviene resaltar que, por lo que al tema de medidas cautelares se refiere, el artículo 544 bis LECr se caracteriza por una vocación de generalidad dentro del régimen

⁶ Confróntese con el listado abierto de medidas cautelares específicas que se enumera en el artículo 727 LEC.

⁷ Sobre este punto extensamente en TIRADO ESTRADA, "Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento criminal", *La Ley*, 1999-V, págs. 1833 y ss.

⁸ TIRADO ESTRADA, op. cit. supra, pág. 1833 y 1835; UTRILLA HERNÁN, "Medidas cautelares en los procesos sobre violencia doméstica. Protección a la víctima" en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, 2002-I, pág. 105.

⁹ Ese carácter se refuerza si cabe en posteriores acciones legislativas como la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre que reforma, entre otros, el artículo 502 LECr en materia de prisión provisional.

¹⁰ A esta importante reforma le han seguido otras iniciativas legislativas que también han incidido en la tutela cautelar de las víctimas de malos tratos. En concreto nos referimos a las Leyes Orgánicas 13/2003 y 15/2003, de 25 de noviembre.

¹¹ A las disposiciones ya citadas cabría añadir también la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros.

cautelar penal, esto es, las medidas que en él se contemplan se proyectan sobre un conjunto amplio de conductas tipificadas como delitos en el artículo 57 del Código Penal. Por el contrario, el nuevo catálogo de medidas que se propone en el referido Proyecto incide en un ámbito más restringido, esto es, el referido a la violencia ejercida contra la mujer, no en vano reconoce su artículo 1 que "la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Luego contrasta la generalidad del precepto de la LECr con la especificidad del Proyecto y ya no sólo desde un punto de vista objetivo, sino incluso desde el punto de vista estrictamente subjetivo en cuanto a la consideración de víctima para cuya protección se pide la aplicación de la medida cautelar concreta. Por consiguiente, el propio Proyecto determina la coexistencia de la actual regulación contenida en el reiterado artículo 544 bis LECr y el futuro catálogo de medidas que ofrece el Proyecto de Ley¹².

II. TIPOLOGÍA DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO DEL MALTRATO DOMÉSTICO

1. Generalidades

La noción tradicional de medida cautelar las define como las resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales destinadas a asegurar una determinada situación o derecho. En el seno de una investigación penal, esas medidas pueden ser acordadas para asegurar las responsabilidades civiles y penales del hecho delictivo investigado y vienen motivadas por el período de tiempo que transcurre hasta la definitiva realización del juicio oral, circunstancia que pudiera ser aprovechada por el imputado para eludir la acción de la justicia. A esos efectos, la adopción de una medida cautelar viene presidida por la concurrencia de dos presupuestos:

- Apariencia razonable de que el hecho que se investiga puede ser imputado a una persona determinada (*fumus bonis iuris*). Se trata, por tanto, "de un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena"¹³.
- Existencia de razones suficientes para entender que el imputado se halla en condiciones de eludir la acción de la justicia (*periculum in mora*). En definitiva alude al peligro de fuga o de ocultación personal o patrimonial del inculcado derivado del retardo o demora en la celebración del juicio oral¹⁴.

Por tanto, las medidas cautelares están pensadas como instrumentos idóneos para asegurar la eficacia de la sentencia que en su día pueda llegar a dictarse. No obstante, en la medida en que su adopción suponga afectación de algún derecho fundamental del sujeto llamado a soportarla, el régimen cautelar queda constreñido a la observancia de ciertas exigencias. De hecho, al tratar de las medidas cautelares personales establecidas

¹² En ese sentido véase el artículo 49 del Proyecto de Ley.

¹³ ORTELLS RAMOS, "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978-I, pág.472.

¹⁴ GIMENO SENDRA, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2003, pág. 264.

en el artículo 544 bis LECr podrá comprobarse cómo inciden en la libertad de movimientos del sometido a las mismas y en consecuencia interesan concretos derechos constitucionales como la libertad de residencia o la libre circulación por el territorio nacional (art. 17 CE). Esas exigencias que acompañan a las medidas cautelares penales se resumen básicamente en las siguientes:

- Jurisdiccionalidad, que supone la exigencia de ser adoptadas sólo por el órgano jurisdiccional competente lo que puede constatarse en el artículo 544 bis al decretar que "el juez o tribunal podrá...imponer cautelarmente al inculpado". Igualmente cabe apuntar la necesidad de revestir la adopción de las medidas cautelares de las suficientes garantías toda vez que son susceptibles de afectar restrictivamente derechos constitucionalmente reconocidos, de ahí la exigencia de motivar la decisión judicial que las decreta.
- Instrumentalidad, en el sentido de estar supeditas a un proceso principal en el curso del cual son adoptadas. Precisamente por ello, se trata de medidas que tienen un alcance provisional por cuanto "se hayan subordinadas a la resolución final cuya efectividad pretenden asegurar"¹⁵ siendo indiferente a esos efectos que esta resolución decreta el archivo de las actuaciones o que en forma de sentencia absuelva o condene al imputado. Por lo demás, aunque está fuera de toda duda la naturaleza temporal del régimen cautelar, las implicaciones del artículo 544 bis sobre derechos fundamentales hubiera hecho deseable alguna indicación en ese sentido¹⁶. En el horizonte de una futura reforma en materia de malos tratos como la que se anuncia con el Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ya citado y sobre el que volveremos, sí se contiene por el contrario una previsión expresa relativa a la necesidad de determinar el plazo de duración de la medida cautelar adoptada judicialmente (art. 49.2 del Proyecto), si bien en su consideración de "cautelar" la propia Exposición de Motivos del texto del Proyecto admite su delimitación temporal "hasta la finalización del proceso", lo que lleva a la interpretación del plazo razonable dentro del cual debe desarrollarse cualquier proceso (STC 99/1998)¹⁷.
- Proporcionalidad, porque para su adopción deberán ser ponderadas por el tribunal determinadas circunstancias concomitantes al caso. Así, el artículo 544 bis que se comenta relaciona la situación económica del imputado, requerimientos de su salud, situación familiar y laboral.
- Homogeneidad, queriendo con ello significar su relación con las medidas ejecutivas cuya eficacia se pretende asegurar. Por esa razón se defiende que al estar la medida cautelar "destinada a garantizar los futuros efectos de la sentencia, su naturaleza participa, en cierto modo, de las medidas ejecutivas"¹⁸.

¹⁵ TIRADO ESTRADA, op. cit., pág. 1840.

¹⁶ ARANGÜENA FANEGO, "La reforma de la LECr por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis", *Actualidad Penal*, núm. 11, 2000, pág. 257. De otra parte, sobre la necesidad de proteger a la víctima más allá de la terminación del proceso con sentencia condenatoria, ARMERO VILLALBA, "Diligencias de prueba. Retracción de las víctimas. La protección de la víctima en el curso del proceso" en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, 2000-I, pág. 67.

¹⁷ En esa línea puede traerse a colación la doctrina del TC sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas recogida en SSTC 231/1999 y 103/2000, entre otras muchas.

¹⁸ GIMENO SENDRA, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 266.

2. Tipos

A los efectos del tema de violencia familiar nos interesan las medidas que con la consideración de cautelares se encuentran establecidas en el artículo 544 bis LECr y en el Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (arts. 49 a 57). Por lo que respecta al primero de los textos legales aludidos nos centramos, en concreto, en tres medidas de carácter personal cuyo denominador común es procurar el alejamiento entre víctima y agresor como medida indispensable para situar a la primera en situación de menor riesgo, y que pueden ser adoptadas en los procedimientos penales seguidos por los delitos enumerados en el artículo 57 del Código Penal.

- Prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma.
- Prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas.
- Prohibición de comunicarse o aproximarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

De otra parte, el Proyecto de Ley actualmente en tramitación contiene otra serie de medidas vinculadas directamente a la protección de la víctima de malos tratos surgidos en el seno familiar. Son las siguientes:

- Orden de protección en los términos del artículo 544 ter LECr.
- Protección de datos y limitaciones a la publicidad con el fin de salvaguardar la intimidad de las víctimas.
- Salida de domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones.
- Suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.
- Suspensión del régimen de visitas del inculcado a sus descendientes.
- Suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.

Abunda, por consiguiente, en la restricción de la libertad ambulatoria del agresor con el fin de evitar el contacto con su víctima así como dispone otro tipo de medidas orientadas a proporcionar seguridad y protección a la persona agredida y a su entorno familiar.

No cabe duda que la reforma operada en la LECr por la LO 14/1999, fue aplaudida por cuanto el catalogo de medidas del artículo 544 bis bien podía constituir una respuesta legal a las continuas denuncias formuladas por las víctimas de malos tratos. Ello no impidió, sin embargo, que se planteara la suficiencia de citado precepto para hacer frente a una problemática de hondo calado social, es decir, no pudo evitar el debate sobre su idoneidad para colmar las expectativas surgidas en la opinión pública acerca de la necesidad de erradicar la violencia contra la mujer. Ya se dijo con ocasión de la reforma de 1999 que uno de sus aspectos más positivos era precisamente que "las nuevas medidas cautelares se posibilitan respecto de ámbitos subjetivos y objetivos más genéricos"¹⁹, esto es, no limitado de forma exclusiva al ámbito de los delitos de malos tratos ejecutados sobre cónyuges o familiares. Y en ese estado de cosas surge el tema de la viabilidad de establecer medidas específicas, distintas de las que se adoptan en otros

¹⁹ TIRADO ESTRADA, op. cit., pág. 1836.

supuestos de hechos delictivos que se cometen contra las personas, para el concreto campo de la violencia surgida en el ámbito familiar. Expresado en términos más generales, la conveniencia de regular medidas específicas para una problemática penal de alcance restringido a la violencia de género. Se argumenta sobre este extremo que no supone un trato desigual en el sentido discriminatorio el hecho de que a unos supuestos de agresión concretos se dé una respuesta específica²⁰. En otro extremo sería aconsejable reflexionar acerca del riesgo de fragmentar la protección cautelar y las medidas adoptables en atención a conductas delictivas particulares y determinadas.

En todo caso, sea como fuere, lo cierto es que esta nueva aportación del legislador plantea la coexistencia o la compatibilidad entre ambos grupos de medidas cuestión resuelta en los siguientes términos: "las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales" (art. 49.1 del Proyecto de Ley). De hecho el propio legislador admite en el Proyecto que se trata de una ampliación respecto del régimen cautelar general de la LECr y en concreto de su artículo 544 bis. La transcripción literal de parte de su Exposición de Motivos así parece indicarlo:

"Respecto de la regulación de las medidas de protección que podrá adoptar el Juez contra la violencia sobre la mujer, se ha optado por su inclusión expresa ya que no están recogidas como medidas cautelares en la LECr, que sólo recoge la prohibición de residencia y la de acudir a determinado lugar para los delitos recogidos en el artículo 57 de Código Penal".

De lo expuesto puede colegirse por tanto no sólo la compatibilidad entre las medidas adoptables con base en la LECr y las que, de aprobarse, contempla el Proyecto de referencia, sino también que en los procedimientos por violencia familiar se genera un régimen cautelar específico. Resta todavía determinar el encuadre de este elenco de medidas conceptuadas como cautelares en la teoría general de las medidas cautelares penales.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ESTUDIADAS

Por lo general hay unanimidad doctrinal en aceptar que las medidas cautelares cumplen por esencia una función de aseguramiento que se extiende tanto al proceso de declaración como al de ejecución. En ese sentido, son expresivas las palabras de ORTELLS RAMOS al manifestar que respecto al primero persiguen el aseguramiento de la práctica de determinados medios de prueba que corren el peligro de desaparecer o de sufrir una sensible alteración. Respecto al proceso de ejecución las medidas cautelares tienden a asegurar la posibilidad práctica de ejecución de la sentencia firme²¹. De esta forma se cumple con todas las parcelas que cubre la tutela judicial efectiva según

²⁰ UTRILLA HERNÁN, op. cit., pág. 108. La búsqueda de nuevos instrumentos cautelares en procedimientos por malos tratos también en GISBERT GISBERT, "Las medidas cautelares en los procedimientos por violencia doméstica", en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, 2002-II, pág. 35.

²¹ Por todos, ORTELLS RAMOS, op. cit., pág. 445. En su exposición comenta este autor que las medidas cautelares están "destinadas a evitar que el peligro que afecta a la práctica efectividad de una resolución judicial no pueda adoptarse y llevarse a efecto de modo inmediato, se convierta en daño real, impidiendo que dicha resolución produzca sus efectos en la práctica o los produzca en forma menos útil que la debida".

constante doctrina del Tribunal Constitucional²². Ahora bien, sentado lo anterior, procede examinar si esa finalidad cabe también predicarla de las medidas adoptables en casos de violencia doméstica, esto es, si esa finalidad de aseguramiento es la que caracteriza a las medidas del tantas veces citado artículo 544 bis y del Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. De entrada contamos ya con dos datos de interés: por un lado, tanto la LECr como el propio Proyecto, conceptúan como cautelares las medidas que en ambos textos se relacionan. De otra parte, las mencionadas medidas están destinadas sintéticamente a la protección de la víctima y a su alejamiento del agresor en los términos que hasta aquí han sido comentados. Teniendo en cuenta ambos factores nos encontramos con un conjunto de medidas que no encajan en la configuración estricta de medida cautelar y que sin embargo se estiman como tales. Es ésta una peculiar circunstancia que va más allá de la mera semántica para entroncar con la finalidad que ha de atribuirse a las mismas y a la justificación de su adopción.

Si repasamos algunas de las opiniones doctrinales que se han vertido sobre este extremo llegaremos a la conclusión de que no existe un parecer unánime lo que puede ser indicativo de la necesidad de abrir un serio debate sobre la regulación legal actual. Así, en relación con las medidas introducidas en la LECr por la LO 14/1999, entiende MORENO CATENA que el contenido del artículo 544 bis desborda la naturaleza genuina de las medidas cautelares personales propias del proceso penal. En opinión de este autor “su objetivo no se dirige a evitar la ocultación del delito o la sustracción del imputado a la acción de la justicia, sino más bien a proteger a la víctima de futuras y probables agresiones”²³. Más expresivo es si cabe GISBERT GISBERT negando categóricamente el carácter de cautelares a las medidas del 544 bis al constatar en su análisis la ausencia de la finalidad de aseguramiento que caracteriza al régimen cautelar²⁴. Sin embargo, ARANGÜENA FANEGO defiende el carácter cautelar de estas medidas ya que, según sostiene, con la medida de alejamiento se consigue que pueda desarrollarse con éxito el juicio oral y en su día ser impuesta una debida sentencia de condena²⁵, lo que en suma no hace sino cumplir con el fin atribuido a las medidas cautelares.

En ese estado de opinión, el tema de la naturaleza de las medidas cautelares aplicables en los procedimientos sobre violencia doméstica gira alrededor de la función que aquéllas están llamadas a desempeñar. Y, en rigor, el conjunto de medidas a las que se ha ido aludiendo en estas páginas están ordenadas a un fin concreto cual es la protección de la víctima y de su entorno familiar. Esta circunstancia determinante que ha venido siendo señalada con insistencia, nos lleva a plantear el problema de la naturaleza cautelar de unas medidas que en sí mismas responden a un fin de protección. El examen de esta cuestión debe hacerse desde los dos presupuestos indiscutibles de las medidas cautelares, esto es, el *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*.

Nuestra legislación procesal admite como medida que puede adoptarse en el curso de un proceso penal la prohibición de residir o acudir a determinados lugares (art. 544 bis). Ahora bien cotejando el sentido propio de las medidas cautelares con la finalidad para la que están ordenadas aquéllas medidas, se observa que el objetivo de las medidas del 544 bis no encierra en sí mismo una función de aseguramiento cuanto de protección inmediata a la víctima procurando el distanciamiento con su agresor. Siendo

²² Por todas, SSTC 238/1992, 39/1995, 78/1996.

²³ MORENO CATENA, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2003, pág. 302.

²⁴ GISBERT GISBERT, "Las medidas cautelares en los procedimientos por violencia doméstica", op. cit., págs. 15 y 26.

²⁵ ARANGÜENA FANEGO, op. cit., pág. 250.

así, procede examinar cómo se manifiestan los presupuestos de *fumus bonis iuris* y *periculum in mora* respecto a la aplicación de tales medidas. El primero de ellos estaría determinado por la existencia de motivos suficientes para estimar responsable penal a la persona sobre la que han de recaer las medidas por lo que cabría defender que ésta aparece adoptada en base a la concurrencia de tal presupuesto. El *periculum in mora* que atiende al peligro de retraso en la marcha del proceso y al aprovechamiento de esta circunstancia para frustrar la acción de la justicia, no aparece por el contrario como justificativo del artículo 544 bis viniendo a ser sustituido por lo que ha dado en denominarse "*periculum in damnum*" para hacer referencia al peligro fundado de reiteración delictiva²⁶, aspecto que cobra especial interés cuando la violencia se ejerce en el seno familiar por cuanto la relación que normalmente une al agresor con la víctima de malos tratos hace presumible una reproducción de la conducta delictiva. Si como vemos el propio precepto procesal impone cautelarmente una medida para proteger a la víctima (prohibición de residir en determinado lugar) la conclusión a la que se llega es que en la consideración de legislador está el comprender el régimen cautelar en un sentido amplio. Esta idea se refuerza aún en el catálogo de nuevas medidas que contempla Proyecto de Ley XXXXXXXX

Lo expuesto debe llevar a la reflexión de distinguir entre la justificación de una medida cautelar y las medidas de protección a la víctima de un delito²⁷.

IV. CONCLUSIONES

1.- Si desde las primeras líneas de este comentario se expuso que toda infracción penal provoca antes o después una alteración del orden jurídico que necesariamente tiene que ser restablecido a una situación de normalidad y que el proceso penal encuentra su razón de ser en ese empeño, esta aseveración debe ser ahora completada defendiendo que este objetivo se consigue no sólo con el ejercicio estatal del *ius puniendi* sino también dispensando una mayor atención al perjudicado u ofendido por el delito sin descuidar las garantías de contradicción, audiencia y defensa en lo que a la adopción de cualquier medida que suponga restricción de derechos se refiere, como es el caso de las medidas del artículo 544 bis, para cumplimentar de ese modo las exigencias derivadas de un proceso con todas las garantías.

2.- De otro parte la actual se plantea la necesidad regulación de medidas cautelares se hace acreedora de un reajuste conceptual que pasa por canalizar la tutela cautelar a los tradicionales presupuestos mantenidos y aceptados por la doctrina constitucional, y distinguirla de las medidas de protección y aseguramiento que dispense a las víctimas del delito.

Ana María Chocrón Giráldez

²⁶ MORENO CATENA, op. cit., págs. 302 y 303.

²⁷ GISBERT GISBERT, "Las medidas cautelares en los procedimientos por violencia doméstica", op. cit., págs. 16 y 35. Propone este autor adoptar de *lege ferenda* la siguiente distinción: 1) Medidas cautelares en sentido estricto; 2) Medidas provisionales de protección a los afectados por el delito y 3) Medidas de aseguramiento de la prueba.