



**SERVICIO DE SALUD DE
CASTILLA-LA MANCHA**

**BOLETÍN DE DERECHO SANITARIO Y
BIOÉTICA.**

**ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES
SOBRE PERSONAS VULNERABLES.**

EXAMEN DEL ARTÍCULO 544 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Juan Siso Martín
Doctor en Derecho Público
Profesor universitario honorario
Jurista colaborador de CEOMA (Confederación Española de Organizaciones de Mayores)
Miembro del Comité de Ética Asistencial del IMSERSO y profesor colaborador de la Entidad
Directora Académica de ISDE (Instituto Superior de Derecho y Economía) en el Área Big Data de Dº Sanitario.
Secretario General de la Asociación Iberoamericana de Derecho Sanitario.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo LECr.) es una norma capital en nuestro ordenamiento jurídico. Fue promulgada en 1882 para tratar de satisfacer las necesidades de la sociedad española de finales del siglo XIX. La antigüedad de la misma evidencia el hecho de las reformas que ha necesitado para llegar a su aplicación, hasta casi 140 años después, en escenarios sociales, políticos y, cómo no, jurídicos siempre cambiantes.

Tenemos hoy, un cuerpo normativo irreconocible respecto de su versión original que, tras setenta y siete modificaciones, cincuenta y cuatro de ellas posteriores a la aprobación de la Constitución, se ha visto, de facto, sustituido por una maraña de normas fragmentarias, encajadas unas con otras por razones coyunturales¹.

¹ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal VERSIÓN PARA INFORMACIÓN PÚBLICA.

Debe destacarse que este análisis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que voy a comenzar, se hace respecto del texto vigente², en la fecha de redacción de este documento (septiembre 2021), cuando se encuentra en fase de elaboración el futuro nuevo texto de esta trascendental norma, con modificaciones y aportaciones de máximo relieve sobre el texto ahora vigente³

Artículo 544: Las diligencias de prisión y libertad provisionales y fianzas se sustanciarán en pieza separada.

Este escueto texto era el único de la redacción original de la Ley, al que se añadió con posterioridad, y fue objeto de modificaciones, el recogido actualmente en sus apartados bis, ter, quater y quinquies en el mismo número de precepto. Adiciones de necesidad, por el progreso jurídico en protección de las víctimas, siendo de destacar la operada por la Ley Orgánica 8/2015⁴, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en algunos aspectos que voy a mencionar.

Se instrumentan, normativamente, en las modificaciones y adiciones sucesivas de este precepto, medidas de protección a las víctimas de determinados delitos, desde la convicción de la situación de vulnerabilidad de aquellas y la oportunidad y necesidad de las expresadas medidas. La LECr. establece, en su Artículo 13, que se consideran como primeras diligencias las de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de la misma Ley. A ambos instrumentos jurídicos me voy a referir seguidamente.

2 [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con)

³ El anteproyecto refuerza las garantías y, especialmente, el papel central de la víctima en el proceso, a la que reconoce un estatuto propio, contemplando un amplio catálogo de medidas para evitar la revictimización e incorporando la justicia restaurativa a la norma procesal. En la misma línea, la nueva ley contempla nuevos mecanismos de protección para menores y personas con discapacidad. Esta nueva regulación, que se espera, inicialmente, para 2022 se inserta en el “Programa Justicia 2030”

⁴ A lo largo del año 2015, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido objeto de hasta siete reformas que han afectado a más de 130 preceptos.

En la práctica, a veces se confunden la naturaleza de las resoluciones que acuerdan la orden de protección y la que acuerdan las medidas cautelares, no teniendo un carácter sustitutivo las segundas respecto de las primeras. Son varios los problemas procesales y de fondo que plantean las órdenes 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 futuro⁵.

Es tarea esencial y nada fácil, de entrada, deslindar las solicitudes fundadas de aquellas otras guiadas por pretensiones que aún legítimas son ajenas a la verdadera esencia de la orden de protección: la existencia de una objetiva situación de riesgo para la víctima derivada de la previa comisión de una infracción penal⁶.

SUSPENSIÓN DE DERECHOS SOBRE PERSONAS VULNERABLES. UNA DIFERENCIACIÓN NECESARIA ENTRE ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES⁷.

En el escenario de atención a la víctima se le dispensan no sólo las órdenes de protección sino, además, determinadas medidas cautelares. Encontrándose ambos institutos legales en la misma dirección, han de diferenciarse, sin embargo.

⁵ MEDIDAS CAUTELARES EN VIOLENCIA DE GÉNERO. SERVICIO DE GUARDIA. Ana Galdeano Santamaría. Fiscal Decana de Violencia de Género de Madrid

⁶ Fiscalía General del Estado. Circular 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección. Referencia: FIS-C-2003-00003.

⁷ Ibidem nota 5.

1. Orden de protección.

El ámbito de aplicación de la orden de protección es 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 delitos contra libertad sexual y libertad o seguridad.

El Artículo 61 Ley Orgánica 1/04, de 28 de diciembre⁸ establece, en efecto, que podrán aplicarse tales medidas en todos los procedimientos de violencia de género. A tal efecto, tenemos que remitirnos al artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como puede observarse la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contiene un ámbito de aplicación mucho más amplio.

CASOS DE INADMISIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN.

Aunque la orden de protección es un instrumento de evidente necesidad y eficacia, hay casos en los que se inadmite. Así cuando directamente se advierta de la simple lectura de la solicitud de orden de protección que no concurre alguno de los necesarios presupuestos (por ejemplo, que no se trata de víctimas incluidas en el art. 173, o que se solicita por razón distinta de la comisión de infracción penal alguna, o que ya existen medidas cautelares suficientes acordadas contra el denunciado que anulan la situación objetiva de riesgo, etc.). Será procedente, en estos casos, dictar auto que inadmita de plano la orden de protección. Si de la solicitud, por el contrario, se apreciara que concurren indiciariamente los presupuestos del apartado 1 del art. 544 ter de la LECr, lo procedente será la inmediata convocatoria a una audiencia en presencia judicial.

⁸ De Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El apartado 4 del art. 544 ter. LECr. dispone que el juez de guardia «convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal». La audiencia se erige en cauce procesal obligado para resolver sobre la orden de protección que hubiere sido admitida a trámite. La presencia del Fiscal resulta de enorme importancia en esta audiencia. Basta con reparar en que en la misma se trata de diseccionar la situación generada en el ámbito familiar, lo que presenta, cara a la adopción de medidas cautelares y de protección de la víctima en este campo, mayores dificultades de criterio y de valoración que en otro tipo de manifestaciones delictivas habida cuenta la existencia de bienes jurídicos en juego de enorme trascendencia, generalmente con afectación de los derechos e intereses de menores de edad.

2. 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 activo y pasivo, o mejor dicho, aunque la relación sea inexistente. 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.

Se incorpora, en el apartado quinquies del Artículo 544 LECr, la posibilidad en fase de investigación del delito (de los del artículo 57 del Código Penal), y a fin de proteger a la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, la suspensión de patria potestad, tutela, establecimiento, suspensión o modificación de régimen de visitas.

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

INCOMPARECENCIA DE LAS PARTES.

Es evidente que no existe garantía de la presencia en el trámite procesal de todas las partes intervinientes, pero conviene dejar constancia de que no todas las ausencias tienen las mismas consecuencias.

- Puede suceder que no comparezca el fiscal, ante lo cual el juez de instrucción determinará si esta presencia tiene carácter ineludible o, con carácter general, podrá celebrarse el trámite procesal para resolver sobre las medidas cautelares, sin perjuicio de la eventual constancia del criterio fiscal por medios no presenciales.
- Que no comparezca el agresor. Aunque no cabe desconocer el efecto pedagógico e incluso preventivo que el hecho de la comparecencia supone para el agresor, si éste, citado que haya sido para la comparecencia, no acudiere injustificadamente a la misma, no impedirá necesariamente su celebración y la posible adopción de medidas cautelares de todo orden.

Otra solución conduciría al absurdo de dejar a la voluntaria incomparecencia del denunciado la posibilidad de adoptar medidas cautelares.

- Que no comparezca el letrado del denunciado. Con carácter general sin la presencia de éste, justificada o no, habrá de suspenderse la audiencia. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la posibilidad de designar un letrado de oficio en el caso de que el imputado no haya procedido previamente al nombramiento de uno de su confianza.
- Que no comparezca el denunciante. La inasistencia injustificada de la víctima o del solicitante de la orden de protección no determinará

necesariamente la suspensión de la audiencia, sin perjuicio de que el juez pueda acordarla.

Resolución judicial de medidas de protección.

El Juez resuelve por medio de auto adoptando, en su caso, las medidas penales de cualquier tipo y las civiles que se refieren al uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, prestación de alimentos, y cualquier otra oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. El auto concediendo la orden de protección atribuye a la víctima la condición o estatuto de persona protegida, extremo éste que se erige en requisito para solicitar ante la Administración, en la forma y cumpliendo los requisitos que por ésta se establezcan, determinadas medidas de naturaleza asistencial. Ahora bien, el Juez no entra a la valoración de si la víctima es o no acreedora de determinadas prestaciones (como por ejemplo la renta de inserción activa) sino que se limita a reseñar en el auto la condición de persona protegida por la orden, confiriendo así una suerte de título legitimador, en el modo y con los efectos que se establezcan⁹.

La adopción de medidas cautelares sólo es plenamente efectiva si a su eventual incumplimiento se le anudan responsabilidades y consecuencias cuya inmediata exigencia se erija, por efecto de la prevención, en el principal resorte para su acatamiento. Conviene precisar que el incumplimiento de las medidas cautelares penales (así como de las prohibiciones impuestas en sentencia al amparo del art. 57 del Código Penal) constituye el delito tipificado en el art. 468 de este cuerpo normativo, castigado con pena distinta según que se hubiere quebrantado una situación de privación de libertad o no.

⁹ Algunas cuestiones procesales sobre la orden de protección. Fiscalía General del Estado 00003 - 2003

Control y seguimiento de las medidas judiciales¹⁰.

Las antedichas medidas, dispuestas en sede judicial, de poco sirven si no son objeto de seguimiento y garantía de ejecución a través de los dispositivos de la Administración habilitados en sede policial.

Una vez recibida la comunicación de la resolución y la documentación acompañada a la misma por el órgano judicial, la unidad operativa responsable del seguimiento y control de las medidas acordadas, se atenderá a los siguientes criterios:

1. Examen individualizado del riesgo existente en cada caso para graduar las medidas aplicables a las distintas situaciones que puedan presentarse.
2. Análisis del contenido de la resolución judicial. Para determinar qué elementos pueden contribuir a incrementar la seguridad de las víctimas resulta imprescindible el conocimiento preciso del contenido de la parte dispositiva de la resolución judicial (número de metros o ámbito espacial de la prohibición de aproximación, instrumentos tecnológicos adecuados para verificar el incumplimiento,...).
3. Adopción de medidas de protección adecuadas a la situación de riesgo que concurra en el supuesto concreto: custodia policial de 24 horas, vigilancia electrónica del imputado, asignación de teléfonos móviles, vigilancia policial no continuada, etc.
4. Elaboración de informes de seguimiento para su traslado a la Autoridad Judicial competente, siempre que el órgano judicial lo solicite o cuando se considere necesario por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
5. En los supuestos de reanudación de la convivencia, traslado de residencia o renuncia de la víctima al estatuto de protección, que eventualmente pudieran producirse, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán inmediatamente tales

¹⁰ Guía de recomendaciones para la actuación de las policías locales en los casos de violencia de género dentro del ámbito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. GOBIERNO DE CANARIAS. G.C. 1169-2007

hechos en conocimiento del órgano judicial para que proceda a la adopción de las medidas que considere oportunas.

MEDIDAS A ADOPTAR PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS¹¹

Las medidas cautelares pueden ser definidas como los “actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso penal”.

Son necesarios dos presupuestos:

1º. Verosimilitud del objeto del proceso, esto es, que conste en la causa la existencia de un hecho que revista las características de infracción penal del que además exista una persona que aparezca como presuntamente responsable.

2º. Que se pueda temer que con la conducta del imputado se obstaculizará o impedirá el desarrollo normal del proceso.

En los términos del artículo 61 de la Ley Orgánica 1/2004 “en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente...deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento...”.

Mayor rigidez formal exige la orden de protección, regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003. La orden de protección extiende su virtualidad a los diferentes supuestos de violencia doméstica y no solamente de género.

Se resolverá mediante auto motivado, que puede contener cualquier medida de orden penal prevista en la legislación procesal criminal, atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima, así como medidas de naturaleza civil, consistentes en la atribución del uso y disfrute de la

¹¹ Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género. Consejo General del Poder Judicial.

vivienda familiar, el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

La resolución debe notificarse a todas las partes y a la víctima por testimonio. Implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como el alcance y la vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor.

ALGUNA RECOMENDACIÓN.

1. Conveniencia de transformar las diligencias urgentes en diligencias previas en casos de habitualidad.

Los juicios rápidos no resultan idóneos para el enjuiciamiento de la violencia – física o psíquica- habitual, pareciendo las diligencias previas cauce más adecuado para introducir en las actuaciones las diligencias e informes oportunos. Ello es perfectamente compatible con una instrucción diligente sin dilaciones¹².

Igualmente, será necesario recabar los informes sociales o psicológicos existentes en relación a la víctima y a su entorno. Al mismo tiempo, es fundamental asegurar en estos casos la presencia de apoyo psicosocial continuado durante la instrucción. En estos delitos, al igual que en los delitos de maltrato psicológico, es importante que se practiquen las testificales de las personas (vecinos, familiares, agentes de la autoridad...) que hubieran podido presenciar o tener conocimiento -según se trate de testigos presenciales o de referencia- de los hechos presuntamente constitutivos de la conducta criminal.

¹² Curso de formación para Jueces y Magistrados, celebrado en Madrid en septiembre de 2007, sobre “Valoración del Daño en las Víctimas”.

Por otro lado, el informe médico forense deberá pronunciarse en estos casos sobre la existencia en la víctima de lesión psicológica, no sólo en cuanto a la patología concreta que sufra sino también en cuanto a la necesidad, en su caso, de tratamiento médico para su curación.

2. Exigencia de hacer efectivos tanto los derechos y garantías de los imputados como de las víctimas.

En relación a los derechos de los primeros mencionados el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, redactado en Roma el 4 de noviembre de 1.950, recoge, como derechos de toda persona, los siguientes:

- Derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley.
- Derecho a que toda persona acusada de una infracción se presuma inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
- Derecho de todo acusado a: Ser informado de la naturaleza y causa de su imputación. – Disponer de tiempo y facilidades para preparar su defensa. – Defenderse a sí mismo o mediante un letrado (de oficio si procediera). – Interrogar o hacer interrogar a los testigos, tanto de cargo como de su defensa.

En cuanto a las víctimas y sus evidentes derechos, los juzgados deben prestar especial atención a la salvaguarda de los derechos de aquellas durante la fase de instrucción, no sólo en todo lo concerniente a su protección y efectividad de su derecho de acceso al sistema de justicia penal, sino igualmente en relación con el resarcimiento del daño padecido. Debe tenerse en cuenta, además, el catálogo de nuevos derechos reconocidos a las mujeres y a sus hijos, víctimas de violencia de género, desgranados a lo largo de la Ley Integral.

LA PERSONA ENCAUSADA QUE PADECE DISCAPACIDAD¹³

Es evidente que una persona en esas condiciones constituye un sujeto particularmente vulnerable y, por tanto, acreedor a una protección adicional en cualquier sociedad evolucionada. El actual Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, en 2021, introduce en este ámbito unas aportaciones que pivotan sobre la atribución inicial de tres derechos esenciales que deben asistir a toda persona encausada que presente alguna diversidad funcional:

1.- El primero de estos derechos es el de defenderse en las mismas condiciones que cualquiera otra persona, lo que lleva consigo la obligación de las autoridades y funcionarios que intervienen en el proceso penal de adaptar a las condiciones particulares de la discapacidad todos los trámites en los que esa intervención defensiva esté legalmente prevista.

2.- El segundo derecho es la autonomía o plenitud de facultades decisorias, que asegura que la persona con discapacidad pueda tomar por sí misma todas las decisiones que le competen en su cualidad de encausada. La atribución de este derecho da lugar a una regulación pormenorizada del complemento procesal de la capacidad, basada en los principios de individualización y flexibilidad. El establecimiento de una institución de apoyo tiene como finalidad exclusiva proveer el indispensable complemento -y no la sustitución- de la voluntad de la persona con discapacidad. Por esta razón se suprime el equívoco concepto de representación.

3.- El tercer derecho garantizado en el texto normativo es el de participación eficaz en todo el procedimiento, lo que exige la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan dicha participación. Los trámites procesales han de ser, por ello, oportunamente adaptados a las circunstancias singulares de la discapacidad.

¹³ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Versión para información pública.

Estas aportaciones del futuro texto legal están en clara conexión con una nueva línea de consideración de las personas discapaces, cuya norma señera ha venido siendo la Convención Internacional sobre Personas con Discapacidad¹⁴, que dio lugar, en el espacio normativo español a la Ley 26/2011 de adaptación a la referida Convención. De forma más lenta y decidida de lo deseable, pero evidente, se van introduciendo los postulados de estas disposiciones en el Derecho Positivo y en la jurisprudencia.

REFLEXIONES FINALES

Las medidas cautelares de protección a las víctimas, especialmente a los menores y personas necesitadas de especial protección, no terminan con aquellas que garantizan su integridad física, que sin dejar de reconocer la suma importancia de ellas, no puede llevarnos a descuidar otra faceta no menos importante en la personalidad del ser humano, y es su integridad emocional. A ello se refieren los textos normativos, cuando estos sujetos «protegidos» se encuentran inmersos en el escenario judicial, recogiendo situaciones concretas como la necesaria protección de su intimidad y su dignidad cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio. O las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares, y para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección¹⁵.

La protección a las víctimas implica, en efecto, no descuidar ningún espacio o aspecto en el que se encuentran. No debemos ceñirnos al concreto aspecto de las medidas judiciales. El ámbito vivencial de la persona exige una atención integral a todas sus fragilidades en el momento en que necesita protección, no sólo judicial sino también institucional y social.

¹⁴ Asamblea General de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006.

¹⁵ Oscar Cano Fuentes. Aspectos Penales, Violencia de Género Artículo 544 LECr.. Octubre 2020.