

OBLIGACIONES ESTATALES POSITIVAS DE PREVENCIÓN Y  
MEDIDAS DE PROTECCIÓN CIVILES PARA VÍCTIMAS DE VIOLENCIA  
DOMÉSTICA Y DE GÉNERO. UNA APUESTA A FAVOR DE SU  
REGULACIÓN\*

*POSITIVE OBLIGATIONS OF STATES REGARDING PREVENTION AND  
CIVIL PROTECTION MEASURES FOR VICTIMS OF DOMESTIC AND GENDER-  
BASED VIOLENCE. A COMMITMENT TOWARDS THE CREATION OF A CIVIL  
PROTECTION ORDER*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 898-929*

\*Este artículo ha sido redactado en el marco de una estancia de investigación en el Instituto Max Planck de Heidelberg y ha contado con la financiación de la Fundación Manuel Serra.

I would like to thank Albin Dearing for giving me the opportunity for carrying out the interviews that inspired this article. I would also like to thank Verena Tadler for the discussions maintained with me regarding Austrian law during my stay at Vienna and via e-mail after the modification of the Sicherheitspolizeigesetz.



Raquel BORGES  
BLÁZQUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2020  
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

**RESUMEN:** Las órdenes de protección son las medidas más utilizadas para la protección de las víctimas de violencia de género y doméstica debido a la relación de afectividad (presente o pasada) que existe entre las partes. En España, las órdenes de protección se otorgan en el ámbito de un proceso penal siendo necesario la existencia de un hecho previo que, como mínimo, revista caracteres de delito. El Convenio de Estambul establece entre las obligaciones estatales positivas la obligación de prevención. Es por ello que podríamos plantearnos el uso de medidas de protección civiles centradas en la prevención en vez de en la represión y el castigo. Además, nos permitiría acercarnos a otros países europeos pues la mayoría de nuestros países vecinos hacen uso de órdenes de protección civiles.

**PALABRAS CLAVE:** Medidas de protección; prevención; obligaciones estatales positivas; Unión Europea; protección civil.

**ABSTRACT:** *Protection orders are the most widely used measures for the protection of gender and domestic violence victims because of the affectivity relationship between the parties. In Spain, protection orders are granted in criminal proceedings and require the existence of a prior event that, at least, has the characteristics of a crime. The Istanbul Convention establishes the obligation of prevention among the positive obligations. We could consider the use of civil protection measures focused on prevention instead of repression and punishment. Furthermore, it would allow us to move closer to other European countries as most of EU countries use civil protection orders.*

**KEY WORDS:** *Protection measures; prevention; positive state obligations; European Union; civil protection.*

**SUMARIO.- I. PREVENCIÓN DEL RIESGO Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.- I. Órdenes de protección y riesgo.- A) ¿Qué es el riesgo?- B) Readaptación del concepto riesgo en víctimas de violencia de género.- C) El instrumento de la orden de protección. Especial referencia a la realidad europea.- 2. Obligaciones estatales positivas de protección.- A) El Convenio de Estambul.- B) Las órdenes de protección como instrumento para la prevención.- II. LA REALIDAD ESPAÑOLA: ELEMENTOS CLAVE DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN ESPAÑOLA CON LA MIRADA PUESTA EN EUROPA.- 1. Ámbito de aplicación.- 2. Presupuestos para la adopción de una orden de protección.- 3. Tipos de órdenes de protección.- A) La orden de protección como medida cautelar.- B) La orden de protección como medida asegurativa de sentencia.- 4. El quebrantamiento de la orden de protección y sus consecuencias.- III. LA ÚLTIMA RATIO.- IV. BREVE REFERENCIA AL CASO DE AUSTRIA.- 1. Ámbito de aplicación.- 2. Tipos de órdenes de protección y presupuestos para su adopción.- 3. El quebrantamiento de la orden de protección y sus consecuencias.- V. CONCLUSIÓN: A MODO DE PROPUESTA LEGE FERENDA. MEDIDA CAUTELAR CIVIL.**

## I. PREVENCIÓN DEL RIESGO Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.

“Para” es una conjunción de finalidad. Otorgamos una orden de protección (en adelante, OP) *para* lograr proteger a las víctimas frente a un riesgo o peligro<sup>1</sup>. “La peligrosidad es una condición probabilística, no un hecho, y aún si la persona no inflige lesiones a nadie, no por ello deja de ser peligrosa hasta cierto punto”<sup>2</sup>.

### I. Órdenes de protección y riesgo.

Conocer el riesgo deviene fundamental para la emisión y ejecución de una medida de protección, ya sea nacional o transnacional<sup>3</sup>. Aunque no existen factores

- 1 Un estudio comparado sobre medidas de prevención para la reincidencia en la Violencia de género puede leerse en: SALAS, L. y CAZARO JOHANNIG, A.T.: “El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU” en AA.VV.: *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dir. por M. ROIG TORRES), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-52; KILCHLINH, M.: “Preventive detention in Germany” en AA.VV.: *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dir. por M. ROIG TORRES), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- 2 LORENTE ACOSTA, M.: “Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2012. núm. 19, p. 192.
- 3 “In practice, judges and public prosecutors take all sorts of factors into account, most of them related to the effectiveness of the protection, the proportionality of the order in relation to the unwanted behavior, and personal circumstances of the offender. As a result, the average scope of a prohibition to enter an area is rather limited. The scope of an order that prohibits someone to enter a certain area usually varies from the victim’s home. POs with a more extensive scope –covering villages, towns or cities- are very rare. Also, if the offender works in a certain area or if his family and friends live there, the PO will be drafted in

#### • Raquel Borges Blázquez

Contratada POP, Departamento de Derecho Administrativo y Procesal, Universidad de Valencia. Correo electrónico: raquel.borges@uv.es

específicos, los expertos indican una serie de factores que deben ser tenidos en cuenta: el riesgo de violencia en un periodo de tiempo, la proporcionalidad de la medida, la seriedad de la conducta, la naturaleza del instrumento que se está utilizando para prevenir dicho riesgo, la personalidad y actitud del agresor una vez haber sido impuesta una OP, posibles medidas de protección anteriores y sus violaciones...siendo que de éstos el más importante será el riesgo de reiteración delictiva<sup>4</sup>.

### A) ¿Qué es el riesgo?

La valoración del riesgo es un juicio de probabilidad que busca predecir el (re) abuso<sup>5</sup>. La casuística nos muestra como determinados delincuentes cometen actos violentos que tienden a ser repetidos generando un problema de reincidencia criminal y evidenciando el riesgo de violencia para sus víctimas. La peligrosidad, además de ser un concepto jurídico, también lo es en el lenguaje cotidiano. En el sentido jurídico se considera una categoría legal por la que conocemos el riesgo de una persona con un historial delictivo de cometer nuevos delitos. La peligrosidad siempre ha estado ligada a los delitos violentos y por eso ha sido un enigma que han tratado de resolver profesionales de la psiquiatría, psicología y la medicina forense. La creencia de que la peligrosidad es la causa de la conducta violenta ha mantenido entre los profesionales una suerte de quimera según la cual, si se “acertaba” en la identificación de este atributo se garantizaba la seguridad y la prevención de la reincidencia. En ciertos casos ha sido así, pero en otros muchos se han producido falsos negativos al rechazar la peligrosidad en individuos que han vuelto a cometer delitos. O falsos positivos, al identificar peligrosidad en un sujeto que no vuelve a comportarse violentamente en el futuro. Las consecuencias de ambos errores son penosas para la sociedad y para el individuo. Lo que identifica la conducta violenta es la intención del agresor –causar daño- y los efectos sobre la víctima –el daño efectivamente causado-<sup>6</sup>. Tradicionalmente se relacionó la peligrosidad con una condición del agresor, inherente a su forma de ser o a su estado psicopatológico. La actual gestión del riesgo se basa en comprender por qué el sujeto decidió actuar violentamente en el pasado, determinar si los factores de riesgo/protección que influyeron en su elección siguen presentes y lo estarán en el futuro y en promocionar los factores que pueden llevar a tomar decisiones

---

such a way that family and work relations may remain intact”. VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *Daphne*, <http://poems-project.com/wp-content/uploads/2015/04/Intervict-Poems-digi-1.pdf>, p. 95.

4 VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: “Mapping the legislation”, cit. pp. 99-11.

5 Por todos: ECHEBURÚA, E. y ANDRÉS-PUEYO, A.: “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”, *Psicothema*, 2010, vol. 22, núm. 3, pp. 403-409; ESBEK RODRÍGUEZ, E.: “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2003, vol. 3, núm. 2, pp. 45-64; GONZÁLEZ-MÉNDEZ, R. D.; Santana-Hernández, J.: “Perceived risk and safety-related behaviors after leaving a violent relationship”, *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, núm. 6, 2014, p. 2.

6 LORENTE ACOSTA, M.: “Violencia contra las mujeres”, cit., pp. 192-198.

no violentas. Hace referencia a la aplicación de los conocimientos disponibles generados en los diversos estudios de valoración del riesgo para reducir tanto las conductas como sus efectos<sup>7</sup>.

A propósito su valoración, el párrafo 116 del asunto Osman<sup>8</sup>, indica que teniendo en cuenta las dificultades de vigilar en las sociedades modernas, la imprevisión del comportamiento humano y los recursos limitados por parte de los agentes estatales (policía, juzgados, etc.), la obligación de proteger a los ciudadanos tiene que ser interpretada en un modo que no imponga consecuencias desproporcionadas a las autoridades estatales. No cualquier reivindicación de riesgo puede obligar a las autoridades a actuar y adoptar medidas que prevengan la materialización de ese riesgo. Es por ello que deviene tan importante el estudio y la gestión de riesgo, para así poder distinguir entre riesgos de imposible realización y riesgos de posible realización que requieren la adopción de medidas cautelares de protección precisamente para así poder evitar la materialización de éste.

### **B) Readaptación del concepto riesgo en víctimas de violencia de género.**

La mayoría de personas que acuden a juzgados especializados en violencia intrafamiliar lo hacen buscando la emisión de una OP. Estas medidas pueden tener un carácter temporal o definitivo<sup>9</sup>. Las órdenes de protección forman parte de la prevención terciaria, es decir, medidas dirigidas a evitar que se vuelva a producir una nueva agresión, una vez que se han producido otras agresiones previas. Una forma mediante la que la protección de las víctimas puede ser garantizada es incapacitando físicamente a sus agresores, esto es, privándolos de libertad para que dejen de atacar o amenazar a sus víctimas. Una alternativa menos invasiva son las órdenes de protección, en cuyo caso una autoridad judicial ordenará a la persona violenta que debe dejar a su víctima en paz<sup>10</sup>. La sociedad ha evolucionado y hoy el riesgo es el nuevo miedo<sup>11</sup>. Por esto sorprende que, en la sociedad del riesgo, donde muchos de los peligros se imaginan, determinados riesgos objetivos permanezcan ausentes en la conciencia de quienes sufren su impacto<sup>12</sup>. LORENTE

7 LORENTE ACOSTA, M.: "Violencia contra las mujeres", cit., pp. 192-198.

8 STEDH Osman v. The United Kingdom, núm. 97/1997/871/1083, 28 Octubre 1998.

9 SALAS, L. y CAZARO JOHANNIG, A.T.: "El tratamiento jurídico", cit., pp. 42-43.

10 Traducción libre de: "One way in which protection can be procured is by physically incapacitating violent persons: by placing them in detention they can be prevented from attacking or harassing their victims anew. A less invasive alternative, however, is to issue a protection order, in which case a judicial authority orders the violent person to leave the victim in peace" (traducción propia), VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 31.

11 Para comprender el fenómeno de la sociedad del miedo deviene lectura indispensable: BARONA VILAR, S.: "Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)", *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, núm. 22, pp. 64-91.

12 Estudios demuestran que las personas que no han sido maltratadas condenan de manera más enérgica el maltrato en: VEGA RODRIGUEZ, M.T.; MORO GUTIÉRREZ, L.: "La representación social de los malos tratos infantiles en la familia: factores psicosociales que influyen en la percepción de las conductas de maltrato", *Psychosocial Intervention*, 2013, núm. 22, pp. 7-14.

ACOSTA pone de relieve una situación paradójica y es que cuanto más seguros estamos en una sociedad existe una mayor conciencia del riesgo, y aquellos grupos más vulnerables y sometidos a mayores peligros son los que manifiestan sentir menos riesgo<sup>13</sup>.

Hay una característica<sup>14</sup> de las víctimas de violencia de género<sup>15</sup> que no encontramos en ningún otro tipo penal y es la relación de afectividad existente entre víctima y agresor<sup>16</sup>. La relación de afectividad es, junto al desequilibrio en que se encuentran las partes del conflicto<sup>17</sup>, la clave interpretativa de este tipo de delitos<sup>18</sup>. Estas características hacen que el riesgo inherente a las víctimas de violencia de género sea diferente al riesgo de víctimas de delitos comunes. Y es precisamente debido a este riesgo que, sentencia VAN DER AA, las víctimas de crímenes repetitivos por el mismo agresor muestran una necesidad adicional de protección frente a la reincidencia<sup>19</sup>. La realidad de las víctimas de violencia de género no se ajusta al marco conceptual del resto de delitos. La mayoría de la violencia interpersonal tiene un componente instrumental, pero la violencia interpersonal por género tiene un componente estructural, es decir, se construye a partir de las normas de convivencia y de las referencias socio-culturales. Esto hace que este tipo de violencia sea normalizada y justificada dentro de la cultura androcéntrica que da lugar a ella. Además, es diferente en cuanto a las motivaciones que utilizan los agresores para llevarla a cabo. La normalización y la diferencia deben ser tenidas en cuenta para identificar los elementos que debilitan el sistema

13 LORENTE ACOSTA, M.: "Violencia contra las mujeres", cit., p. 186.

14 En este mismo sentido se pronuncia VAN DER AA, S.: "Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?", *Springer*, 2012, vol. 18, pp. 183-184: "Crime victims who are affected by non-recurrent or incidental crimes, such as a single robbery or assault, are in some respects better off than other victims. Once the incident has taken place, they can file a report with the police, they can sue for damages and, if necessary, they can work on their mental and physical recovery. The incident is clearly limited in time and apart from a possible encounter in court the victims are generally not confronted with the same offender again. The situation for victims of course-of-conduct crimes, such as stalking or domestic violence, is much more complicated. Due to the offender's obsession with the victim or due to the ongoing violent relationship, the chances of these victims being victimized for a second, third or even tenth time by the same offender are much higher than the chance for the average victims. As long as the violent or harassing incidents keep recurring, victims remain under a constant threat, something which is not conducive to their recovery. In a random community survey, some stalking victims even reported that they would prefer a physical assault over the chronic, psychological nuisance that these repeat offences had brought along."

15 Para la LOVG el requisito que diferencia a este tipo de víctimas de las víctimas de otros delitos es la existencia de una relación de afectividad con un reparto de roles sustentado en la desigualdad.

16 Debido a esta relación, muchas veces tienen hijos en común. ECHEBURÚA, E y DEL CORRAL, P.: "Violencia en las relaciones de pareja. Un análisis psicológico", en AA.VV.: *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar* (dir. J.R. AGUSTINA SANLLEHI), Edisofer, Madrid, 2010, p. 145 inciden en el hecho de que la violencia contra la pareja afecta a los hijos, aunque no exista un maltrato directo sobre éstos pues viven en una esfera de miedo e incertidumbre.

17 Existe un desequilibrio en el momento en el que una de las partes hace uso de la violencia física o psicológica de manera más o menos habitual para doblegar la voluntad de la otra.

18 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Capítulo 14: Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", en AA.VV.: *Justicia civil y penal en la era global* (ed. por S. BARONA VILAR), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 418.

19 "Research findings indicate that one of women's primary concerns in seeking legal intervention is protection for themselves and their children". VAN DER AA, S.: "Protection Orders", cit., p. 184

de protección frente a este tipo de violencia, así como para implementar medidas y procedimientos que solventen la situación actual<sup>20</sup>. Conocer algunos de los elementos del riesgo en mujeres puede ser fundamental para evitar una agresión. Pero entre la invisibilidad por ocultación y la visibilidad desplazada a los arrabales de la sociedad (por ser consideradas como conductas patológicas o por pensar que se deben a factores marginales) la violencia ha estado presente debido a que el rechazo y la crítica solo se ha centrado sobre las manifestaciones más intensas y graves en el resultado<sup>21</sup>. En el discurso público hablamos de Tolerancia Cero, pero a la vez justificamos el acto<sup>22</sup>.

### C) El instrumento de la orden de protección. Especial referencia a la realidad europea.

Definir qué es una OP no es un asunto baladí. OLIVERAS JANÉ afirma que las órdenes de protección son las medidas más extendidas y eficaces de que disponemos en la actualidad para garantizar la seguridad de las víctimas de violencia de género (nacional y transnacionalmente) pues, debido al tipo de medidas que en éstas se reconocen, se denota una relación personal, estrecha y de proximidad entre víctima y agresor<sup>23</sup>. Así, aunque no existe una definición universalmente aceptada podemos formular una definición con carácter general basada en las similitudes existentes entre las diferentes formas y prácticas de órdenes de protección<sup>24</sup>. Para incluir todos los tipos de OP<sup>25</sup> será importante no coger una definición muy restrictiva. La definición general deberá cubrir cualquier regla o conducta impuesta para influir en el comportamiento de una persona con el ánimo de proteger a

20 LORENTE ACOSTA, M.: "Análisis forense del sistema de protección europeo frente a la violencia de género: límites y carencias de la Orden Europea de protección", *Diario La Ley*, 2018, núm. 9114, p. 1.

21 LORENTE ACOSTA, M.: "Violencia contra las mujeres", cit., p. 191.

22 LORENTE ACOSTA, M.: *Mi marido me pega lo normal*, Ares y Mares, España, 2001.

23 OLIVERAS JANÉ, N.: "La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea", *Diario La Ley*, 2019, núm. 9334, pp. 2-3.

24 "The question of how a protection order should be defined is not a straightforward one. The problem is that there is no universally accepted definition. The majority of definitions is based on national legislation which only apply to domestic situation. Given that protection orders legislation varies per country, these definitions cannot easily be transposed to other jurisdictions. If we, for instance, focus on criminal protection orders, we find that there are many means, pre-trial as well as post-trial, in which the criminal justice system can impose restraints upon a suspect or a convicted offender in order to protect the victim. In some countries the courts have the possibility to suspend the sentence under the condition that the offender desists from contacting the victim. Another option is to have the courts impose a protection order as an autonomous sanction, independent of another (suspended) sentence. In yet other countries, the police can issue a formal warning, the public prosecutor can impose a protection order in exchange for a waiver from prosecution, or the courts can attach a protection order to probation or to an early release from prison. In the UK and Ireland, the courts can even impose protection orders after the acquittal of the accused. A description of a criminal protection order as: 'a release from (preventive) custody under certain conditions' would therefore be too narrow to capture the wide spectrum of protective measures" VAN DER AA, S., "Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?"; Springer, vol. 18, 2012, pp. 185-186.

25 Son los ordenamientos nacionales de los diferentes EEMM los que establecen las prohibiciones concretas que pueden aplicarse en cada caso para proteger a la víctima, el ámbito de aplicación del instrumento y las autoridades encargadas de acordar y supervisar dichas medidas. OLIVERAS JANÉ, N.: "La articulación de las medidas", cit., p.2.

otra persona. Teniendo esto en consideración, podemos tomar como ejemplo de OP la designada por el legislador europeo que lo que busca es cubrir todas las medidas de protección existentes en los diferentes Estados miembros (en adelante, EEMM)<sup>26</sup>. Una definición general de OP podría ser: cualquier decisión, provisional o final, adoptada por una autoridad civil, administrativa o penal que impone reglas de conducta -prohibiciones u obligaciones- a la persona causante del peligro con la intención de proteger a otra persona de cualquier acto que pudiese dañar su vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad personal o integridad sexual<sup>27</sup>.

La OP tiene su origen en la *protection order* utilizada en Estados Unidos o Australia<sup>28</sup>. Podemos definirla<sup>29</sup> como el mandamiento emitido por un juez para proteger a una persona frente a otra con validez para todo el territorio estatal. La *protection order* está compuesta por una serie de obligaciones que su destinatario deberá cumplir, so pena de quebrantamiento, como pueden ser la prohibición de poseer armas de fuego o la prohibición de mantener contacto directo o indirecto con el sujeto pasivo de la orden. Su ámbito y duración variará en atención al peligro para la víctima que el juez aprecie. La *protection order* transmite dos mensajes importantes al agresor. El primero es un aviso formal de que su conducta es inaceptable y, aunque todavía no le pueda ser impuesta una pena -el derecho penal debe ser la última ratio tras un juicio justo con respeto del principio de contradicción y demás garantías procesales básicas-, sí cabe imponerle una restricción a su libertad mediante la *protection order*. El segundo mensaje es que la orden ha sido dictada por una autoridad y que debe ser respetada. En caso de persistir en su actitud y no cumplirla en sus términos puede (y debe) ser castigado por ese motivo.

Los diferentes EEMM de la UE albergan una gran cantidad de instrumentos de órdenes de protección. Resulta curioso que, siendo éste un instrumento jurídico utilizado en la totalidad de EEMM, los diferentes esquemas<sup>30</sup> de protección en los

26 VAN DE WATERING, E.J.E.: "Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders", 2013, p. 8.

27 VAN DER AA, S.: "Protection Orders", cit., p. 186.

28 Entre otras, las páginas web de Michigan y del condado de Kent o del Estado de Nueva York, que contiene un sistema interactivo para que el ciudadano solicite la Orden de Protección: [https://www.nycourts.gov/courts/nyc/family/faqs\\_domesticviolence\\_sp.shtml](https://www.nycourts.gov/courts/nyc/family/faqs_domesticviolence_sp.shtml)

29 Encontramos una definición amplia y omnicomprensiva en los informes POEMS "A protection order is a decision, provisional or final, adopted as a part of a civil, criminal, administrative or other procedure, imposing rules of conduct (prohibitions, obligations or limitations) on an adult person with the aim of protecting another person against an act that may endanger his/her life, physical or psychological integrity, dignity, personal liberty or sexual integrity". VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 5.

30 A propósito del riesgo, resulta curioso el caso de Reino Unido e Irlanda, donde una OP puede ser impuesta incluso aunque el acusado haya sido absuelto. En el caso de Irlanda, puede imponerse una OP de hasta 7 años sin necesidad de que la persona haya sido condenada. VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: "Mapping the legislation", cit., pp. 35-36; p. 50 y p. 63.

EEMM de la UE nunca antes hubiesen sido el sujeto de un estudio en profundidad ni a nivel legislativo ni a nivel doctrinal<sup>31</sup>. Como brillantemente sostienen los informes POEMS, a pesar de que las órdenes de protección se encuentran en las distintas agendas políticas, a día de hoy nos falta una visión global sobre cómo debe construirse la protección de las víctimas en los EEMM<sup>32</sup>.

A rasgos generales, el contenido de la *protection order* puede ser sintetizado del siguiente modo:

1º) Los datos de las personas afectadas (víctima, victimario y terceras personas que por su relación con la víctima se estime que también deberán ser protegidas).

2º) La fecha en que la orden fue emitida.

3º) La fecha de expiración, en caso de que la orden la tenga (no siempre resulta posible saber cuándo va a expirar la situación de peligro).

4º) La firma del juez.

5º) Las restricciones que debe cumplir el destinatario de la orden (que variarán en atención al riesgo objetivo apreciado por el juzgador, así como las posibilidades de que dispone el victimario para atentarse contra la víctima).

6º) Los datos identificativos de la autoridad emitente de la orden<sup>33</sup>.

La OP a su vez puede ser de dos clases: la *peace bond* que es aquella emitida por un juez civil en el ámbito de la jurisdicción de familia; y la *restraining order* emitida por un juez penal. En la práctica, puede recibir variadas denominaciones como *stay away order*, *order of no contact*, *injunction for protection*, *harassment order*, *restraining order*, *stalking protection order*, *orders not to abuse*, etc<sup>34</sup>. Por lo que respecta a las medidas de protección en la Unión, la distinción entre órdenes de protección nacionales no es como el legislador europeo sugiere. No existe la dicotomía países con medidas de protección civiles versus países con medidas de protección penales. No todo es blanco o negro, existen órdenes de protección penales, civiles, administrativas, casi criminales, penales con medidas civiles, etc.

31 VAN DER AA, S.: "Protection Orders", cit., p. 188; VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 105.

32 "The available data, nevertheless, suggest, that there are enormous discrepancies amongst protection order laws and levels of protection across the EU. The question of whether the EPO and the EPM still able to function well in those circumstances then becomes relevant". VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: "Mapping the legislation", cit., pp. 33-34.

33 DELGADO MARTÍN, J.: "La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", *Revista Xurídica Galega. Colaboracións*, 2013, núm. 39, pp. 86-88.

34 "Órdenes de Protección", <http://www.endvawnow.org/es/articles/410-ordenes-de-proteccion.html>; VAN DE WATERING, E.J.E.: "Criminal Protection Orders", cit., 2013; VAN DER AA, S.: "Protection Orders", cit., p. 186.

Además, la gran mayoría de países cuentan con diversas medidas de protección, aunque normalmente tengan predilección por usar un tipo de medidas y no otro<sup>35</sup>. Es el caso de Austria, donde existen órdenes de protección administrativas, civiles y penales. No obstante, en la práctica se suele comenzar con una orden de protección administrativa que expira a las dos semanas y, si la víctima lo solicita y se dan los presupuestos para ello, puede convertirse en una orden de protección civil. El uso de las órdenes de protección penales, en cambio, es muy residual.

## 2. Obligaciones estatales positivas de protección.

Si bien los derechos liberales clásicos se limitaron a reconocer a favor del ciudadano obligaciones negativas o de omisión en sus derechos frente al Estado, el Estado constitucional moderno se ha encargado de introducir acciones positivas<sup>36</sup> y derechos de prestación por parte del Estado a sus ciudadanos como parte de los Derechos Fundamentales<sup>37</sup>. Ambos postulados se aplican no solo frente a las acciones del Estado, sino también frente a las del particular si el Estado no adoptó las medidas necesarias para evitar las lesiones producidas, esto es, el derecho de sus ciudadanos a ser protegidos<sup>38</sup>. Es el denominado deber de diligencia exigible por acciones u omisiones que dieron lugar a la muerte o al daño grave de la víctima<sup>39</sup>. Esta diligencia debida le es aplicable y exigible al Estado en relación con las obligaciones de prevención, detección y erradicación de la discriminación de la

35 VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 221.

36 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea", en AA.VV.: *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. ETXEBARRIA ESTANKONA, I. ORDEÑANA GEZURAGA, G. OTAUZA ZABALA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 350.

En este mismo sentido, "It is clear from case law under the European Convention on Human Rights that the obligation imposed on states are not simply negative obligations, there may be a positive obligation on the state to take action in order to ensure that the right is protected". GRAHAM, C.: "Human Rights and the Privatisation of Public Utilities and Essential Services", en AA.VV.: *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation* (eds. K. De Feyter, F. Gómez Isa), Intersentia Antwerp - Oxford, 2005, p. 41.

37 "El punto de partida teórico es la afirmación según la cual, del reconocimiento de parte del Estado, de un derecho fundamental derivan, conjuntamente, obligaciones negativas y positivas a cargo del mismo Estado. Las primeras son, esencialmente, deberes de abstención de conductas directamente lesivas del derecho; estos deberes se vinculan a los agentes estatales y corresponden al contenido clásico liberal de los derechos fundamentales, que nacen históricamente para tutelar al ciudadano contra los abusos de los poderes públicos. Las segundas corresponden, en cambio, a la pretensión de los ciudadanos a recibir tutela de parte del Estado contra agresiones a sus derechos provenientes de terceros, e implican, entonces, un deber de actuar a cargo del Estado: es decir, de tomar todas las medidas exigibles en grado de prevenir similares agresiones". VIGANÓ, F.: "La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales", *Polit. Crim.*, 2014, vol. 9, núm. 18, p. 444.

38 "International human rights law requires not only that the states do not violate human rights themselves, but also that they take positive steps to ensure that human rights are not violated in horizontal relationships –between individuals- either. Although interpersonal violence perpetrated by individuals usually belongs to the realm of national criminal justice systems, a systematic and discriminatory non-enforcement of violent crimes may constitute a violation of international human rights nevertheless, for example if violence against women is systematically not investigated or prosecuted. These positive obligations include, first, that the state must have an adequate legal framework in place to guarantee that human rights are respected, and second, that the state must have an adequate legal framework in place to guarantee that human rights are respected, and second, that the laws are enforced with due diligence". VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: "Mapping the legislation", cit., p. 32.

39 A este respecto, VEGAS AGUILAR, J. C.: "La responsabilidad del Estado desde la perspectiva de género", en AA.VV.: *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-227.

mujer recogidas, entre otros, en el Convenio de Estambul<sup>40</sup>. En otras palabras, “no hacer es tanto como incumplir su obligación de remover todos los obstáculos que fundamentan y ahondan en la discriminación prohibida: el Estado es responsable por no cambiar un modelo sistémico (...) desigualitario”<sup>41</sup>.

### A) *El Convenio de Estambul.*

El Convenio de Estambul establece un marco integral de actuación sobre la base, por un lado, de los principios de igualdad y de no discriminación y, por otro, de diligencia debida. A partir de estos pilares se delimita la extensión de las obligaciones y de la diligencia debida de los Estados para garantizar la eliminación de todo tipo de violencia contra las mujeres. En los capítulos dedicados al derecho material y procesal se aprecian mayores avances al regular cuestiones como el mandato de tipificar penalmente ciertas conductas (por ej. la violencia sexual). Su art. 47 estipula que las partes adoptarán las medidas legislativas, o de otro tipo, necesarias para considerar la posibilidad de tener en cuenta, en el marco de la apreciación de la pena, las condenas firmes dictadas en otro Estado parte del Convenio por los delitos previstos en éste. Del mismo modo, en los arts. 52 y 53 se prevé la adopción de medidas de protección específicas para las víctimas o personas en riesgo. Pero esta previsión no implica que las medidas de protección de víctimas a nivel UE pierdan su sentido. La Convención de Estambul es de ámbito global y aspira a ser ratificada por la mayor parte posible de Estados en todo el mundo. Además, a diferencia de las medidas de protección de víctimas dentro del ámbito de la Unión (entre otras, Directiva 2011/99/UE y Reglamento (UE) 606/2013), el Convenio no establece obligaciones estrictas de cooperación judicial siendo, en cierto modo, complementario de éstas<sup>42</sup>.

40 Con el objetivo de romper el ciclo de desigualdad y violencia basada en el género al que se encuentran continuamente expuestas las mujeres, el Consejo de Europa adoptó en 2011 un Convenio para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, que fue abierto para su firma en Estambul en mayo de 2011. Este Convenio supone una nueva vía de protección para las víctimas de violencia de género a nivel paneuropeo, constituyendo el único instrumento legal vinculante en Europa, y el tratado internacional de mayor alcance a la hora de abordar la violencia contra las mujeres. Mediante la aceptación del Convenio, los Gobiernos se obligan a cambiar su legislación y a introducir medidas prácticas que den lugar a una transformación social que desemboque en un contexto de tolerancia cero hacia la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Por primera vez en la historia, el Convenio establece que la violencia de género no puede ser considerada como un asunto privado, sino que, por constituir una violación de DDHH, los Estados tienen la responsabilidad legal de proporcionar a las mujeres víctimas una tutela adecuada y efectiva frente a ésta. Con la firma y ratificación del Convenio, los Estados se comprometen, de acuerdo con su art. 5, a abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres, y a tomar las medidas legislativas necesarias para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia que se encuentran dentro de los sujetos al Convenio y que han sido llevados a cabo por actores no estatales. MORGADÉS CORTÉS, M.: “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *CEEJ*, 2014, núm. 3, pp. 93-94.

41 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección jurisdiccional”, cit., p. 351.

42 ROMÁN, L.: “Capítulo I: Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas”, en AA.VV.: *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género* (dir. por T. FREIXES, L. ROMÁN), Tecnos, España, 2015.

El Estado tiene un deber de criminalizar, en abstracto, las (más graves) conductas lesivas a ciertos Derechos Fundamentales. Un deber procedimental de perseguir, en concreto, las conductas lesivas al derecho de un particular investigando de manera diligente los hechos, individualizando y procesando a los responsables. Y un deber de castigar, en concreto, al autor que ha sido considerado, tras un juicio con todas las garantías exigidas, culpable con una pena proporcional a la gravedad de la infracción. Estos tres deberes se dirigen a tres órganos o poderes estatales distintos, aunque relacionados con el ejercicio del *ius puniendi* y, a la vez, destinatario de las obligaciones que derivan de la correspondiente adhesión del Estado al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) vinculando así al legislador (deber de criminalizar en abstracto); a la policía y al ministerio público (deber de perseguir en concreto); y a los jueces (deber de castigar en concreto con una pena proporcional a la infracción)<sup>43</sup>.

### B) Las órdenes de protección como instrumento para la prevención.

Con la entrada en vigor del Convenio de Estambul los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y sancionar los delitos. El art. 5.2 del Convenio, de las Obligaciones del Estado y diligencia debida, refiere "Las Partes tomarán las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales". Esta función protectora ha sido destacada frecuentemente como la propia razón del pacto social: "los ciudadanos renuncian a la autoprotección propia del estado de naturaleza a cambio precisamente de recibirla del Estado; una idea central en HOBBS<sup>44</sup> pero presente también en el pensamiento ilustrado, el primer liberalismo y el constitucionalismo europeo y norteamericano"<sup>45</sup>.

Las *emergency barring orders* y las órdenes de protección civiles se mueven en el ámbito de la prevención. Adelantar un paso su utilización porque "mejor prevenir que curar". Por ejemplo, en el ámbito de un proceso civil de separación o divorcio donde observamos comportamientos que, aunque en ese momento no merezcan el reproche delictivo, vayan a finalizar por merecerlo si no son parados a tiempo. Esto es, adelantar un paso y centrarnos en la prevención en lugar de

43 VIGANO, F.: "Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH", en AA.VV.: *Garantías constitucionales y derecho penal europeo* (dir. por S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 315.

44 "At least since Thomas Hobbes' *Leviathan* we have known that man is man's wolf and that it is the task of the State to tame the wolf. An effective tool of the modern State to fight violence within its society preventively (and not only retrospectively by sanctions, punishment and damages) are protection measures which are available in growing number of legal systems and allow persons whose physical or psychological integrity is endangered to apply for an order restraining the person causing the danger from certain acts." DUTTA, A.: "Cross-border protection measures in the European Union", *Journal of Private International Law*, 2016, vol. 12, núm. 1, 2016, p. 169.

45 TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", *Indret*, 2016, p. 3.

en la protección una vez ya ha sucedido el ilícito. No nos movemos en el ámbito de la violencia de género, sino que comienzan a existir una serie de problemas derivados de la ruptura, en este caso. Estos problemas no merecen reproche delictivo pues no están enquistados, pero sí que muestran que empiezan a haber conductas que se volverán tóxicas y, más tarde, delictivas. Teniendo siempre en mente que los actos graves deberán ser investigados penalmente y, en caso de poder ser probados, sancionados con el desvalor que éstos merecen. Con esta medida no adelantamos un paso el derecho penal, sino que evitamos su aparición por medio de la prevención.

## II. LA REALIDAD ESPAÑOLA: ELEMENTOS CLAVE DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN ESPAÑOLA CON LA MIRADA PUESTA EN EUROPA.

Más que una nueva medida cautelar, lo que se creó mediante la ley 27/2003 fue un mecanismo de coordinación de las medidas cautelares penales y civiles ya existentes que, además, se proyecta en el ámbito asistencial. Y es que, por lo que se refiere al proceso penal, no se crearon nuevas medidas cautelares, sino que el art. 544 ter en su apartado sexto se limita a remitirse a las ya existentes. La OP tiene una naturaleza accesoria respecto del proceso penal en marcha. Su novedad radica en la posibilidad de articular las medidas cautelares penales ya existentes con medidas cautelares civiles -también ya existentes- en un mismo instrumento, dotándolas así de una mayor eficacia y ofreciendo la posibilidad de desplegar sus efectos también en el orden asistencial<sup>46</sup>.

### I. Ámbito de aplicación.

Desde el punto de vista material, el ámbito de aplicación de la OP está bastante más restringido en cuanto a conductas delictivas que la medida cautelar de alejamiento del art. 544 bis LECrim<sup>47</sup> y sólo podrá acordarse para los delitos relativos a violencia doméstica<sup>48</sup> -debemos entender que también se refiere a los delitos de violencia de género pues el art. 544 bis LECrim es previo a la promulgación de la Ley Orgánica de Violencia de Género (en adelante, LOVG)-. Desde el punto de vista territorial, dado que es una ley nacional donde se encuentra regulada la protección, únicamente dentro del territorio español van a tener vigencia las órdenes de protección dictadas por nuestros jueces de instrucción. Pero esta protección nacional es insuficiente en la sociedad actual. Según datos estadísticos, una de cada tres mujeres que solicita una OP es extranjera. El tercer

46 SERRANO HOYO, G.: "Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, vol. 22, pp. 72-73.

47 Delitos del art. 57 CP.

48 SERRANO HOYO, G.: "Algunas cuestiones procesales", cit., p. 74; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 341-344.

trimestre del año 2019 cerraba con más del 32% de denunciante extranjeras. De las 10.973 OP incoadas, 3.576 tenían como víctima de violencia de género a una mujer extranjera<sup>49</sup>. Si éstas deciden marcharse, dejarán de tener protección salvo que hagan uso de los instrumentos de reconocimiento mutuo existentes o inicien un nuevo procedimiento en el país de destino. La gran cantidad de mujeres extranjeras con medidas de protección muestra no solo la necesidad de regular instrumentos de reconocimiento mutuo de medidas de protección a nivel UE (existentes y en vigor desde 2015, aunque con un uso ínfimo)<sup>50</sup>. También la conveniencia de armonizar los distintos sistemas de protección para facilitar el reconocimiento mutuo.

## 2. Presupuestos para la adopción de una orden de protección.

La OP exige la concurrencia de cinco elementos<sup>51</sup>:

1ª) Que la víctima sea alguna de las personas referidas en el art. 173.2 del Código Penal<sup>52</sup>. Este primer presupuesto puede entrar en contradicción con lo establecido en los instrumentos de protección europeos: La Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección (en adelante EPO por sus siglas en inglés: *European Protection Order*) y Reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (en adelante EPM por sus siglas en inglés: *European Protection Measures*) ya que no restringen el ámbito de la protección a la pareja o ex pareja o persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor. La Ley 27/2003 visibiliza la cultura patriarcal predominante durante siglos (obligación de ver) y se crea para proteger a aquellas personas más vulnerables al amparo de la cultura (obligación de proteger), que por lo general serán las mujeres y los niños que convivan con el agresor. Además, este tipo de víctimas tienen una serie de características que no comparten con el resto de víctimas que es la existencia de un vínculo emocional presente o pasado con el victimario y el hecho de que la mayoría de las agresiones suceden dentro del ámbito del hogar, siendo que éste durante siglos se ha considerado un reducto de intimidad infranqueable

49 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Tercer-trimestre-de-2019>

50 Tanto en CENDOJ como en los informes EPOGENDER pueden encontrarse números de órdenes europeas de protección emitidas y ejecutadas.

51 DE LA PRIETA GOBANTES, I.: "Ponencia: La Orden de Protección", *Revista Baylo* (ed. electrónica), p. 2; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Las medidas cautelares*, cit., pp. 344-346.

52 " (...) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (...)"

(obligación de investigar). Estos factores dan lugar a un mayor riesgo de reiteración de la conducta. Tienen, por tanto, estas víctimas que superar dos barreras para salir del círculo de violencia en el que se encuentran metidas: la primera, romper los vínculos de afectividad y ser capaces de reconocer y condenar la violencia sufrida; y la segunda, visibilizar el problema para que los poderes públicos puedan ofrecerles una solución. En cambio, el legislador europeo ha decidido no diferenciar entre víctimas de delitos violentos y en el Considerando (9) de la Directiva 2011/99/UE indica que es aplicable a todas las víctimas de delitos violentos. En términos similares se pronuncia el Considerando (6) del Reglamento (UE) 606/2013. Es por ello, que, con la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 23/2014 (LRMRP) y la aplicación directa del Reglamento, los jueces españoles van a tener que reconocer órdenes de protección en supuestos diferentes a los regulados en la ley 27/2003, reguladora de la orden de protección. No obstante, debido a que en ambos instrumentos únicamente existen tres posibles medidas que son las que encontramos reguladas en las órdenes de alejamiento nacionales, su transposición no supone mayores problemas que los terminológicos ya apuntados.

2º) Que se trate de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad. Este segundo presupuesto se encuentra también regulado en el Considerando (9) de la Directiva y en el Considerando (6) del Reglamento.

3º) Que exista *fumus boni iuris*, esto es, que existan indicios. No son suficiente las meras sospechas o conjeturas de que se ha cometido un hecho que reviste caracteres de delito y que el autor es la persona contra la que se dirige la medida. Pero tampoco puede exigirse una prueba plena. El equilibrio en la balanza se encuentra en no atribuir una medida cautelar únicamente por temor a que ocurra un hipotético caso ni esperar a que la infracción sea probada mediante sentencia condenatoria. En el primer caso estaríamos atribuyendo a los juzgados una potestad penal preventiva<sup>53</sup> contraria al espíritu de su propia jurisdicción y en el segundo haríamos tarde en la protección de los bienes jurídicos de la víctima. En cambio, si hiciéramos uso de las medidas de protección civiles o policiales no nos moveríamos en el ámbito de lo delictivo. No sería necesario esperar a la comisión de un delito porque la policía actuaría a prevención (si se dan unos presupuestos objetivos para dictar la medida de protección) y los juzgados civiles tienen capacidad para imponer medidas cautelares en el caso de que se den el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

53 A este respecto, "A los penalistas nos cuesta entender la finalidad preventiva que se dice que tiene la pena en cuanto a influir en el futuro, porque no puede ser científicamente demostrado con herramientas argumentativas del deber ser. La criminología, sin embargo, utiliza herramientas cualitativas y cuantitativas con las que ha demostrado que no es la gravedad de las penas sino su certeza lo que puede tener relación con la prevención futura del delito." GALAIN PALERMO, P. "Prevención del delito en una sociedad con miedo", <https://ladiaria.com/uy/articulo/2018/5/prevencion-del-delito-en-una-sociedad-con-miedo/>

4º) Que exista una "situación objetiva de riesgo". Una posibilidad real de que la víctima pueda ser objeto de nuevos hechos como los denunciados en caso de no adoptarse la medida cautelar. Y no cabe establecer reglas apriorísticas para valorar el riesgo objetivo, debe atenderse a las circunstancias del caso concreto para decidir sobre la necesidad de la OP. El Considerando (9) indica que la EPO tiene como objetivo "evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente". El concepto "nuevos actos delictivos" deberá entenderse de manera restrictiva, solo en aquellos supuestos en los que la anterior conducta del agresor dé pie a prever que de no establecer una orden de protección persistirá en su conducta. El Considerando (6) del Reglamento EPM también recoge dicha situación de riesgo objetivo, "cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro". Es muy significativa la diferencia en la redacción del Reglamento respecto de la Directiva. En el Reglamento no se habla de "actos delictivos" sino de "motivos fundados". Estos motivos no tienen por qué ser delictivos, bastaría con una alarma de peligrosidad. Nuevamente, adelantamos un paso para centrarnos en la prevención evitando así la aparición del derecho penal.

5º) La motivación de la resolución. La OP es una medida restrictiva de derechos del agresor y es por ello que requiere de una motivación suficiente para restringir sus derechos en aras a una protección de la víctima. Este requisito debe ponerse en relación con el resto, siendo que únicamente vamos a permitirnos restringir derechos del victimario en los casos tasados por la ley, cuando existan indicios suficientes (en caso de que la orden se otorgue como medida cautelar) y la valoración de la situación objetiva de riesgo demuestre un evidente riesgo de que la víctima pueda ser objeto de nuevos hechos como los denunciados si no se adoptase la cautelar. La motivación de la EPO/EPM se encuentra en la resolución que contiene la medida dictada en el Estado que la emite de acuerdo con su propio ordenamiento nacional. La EPO y el EPM son instrumentos que se basan en la existencia previa de una OP nacional que haya cumplido todas las garantías previstas en su ordenamiento jurídico de acuerdo con lo establecido en los arts. 5 Directiva EPO y 2 Reglamento EPM.

### 3. Tipos de órdenes de protección.

La Constitución Española configura la función jurisdiccional como aquella que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (117.3 CE). Ambas funciones se cumplen por medio de dos tipos procesales: el proceso de declaración y el proceso de ejecución. Pero, en ocasiones, la necesaria duración de los mismos puede ser utilizada por el sujeto pasivo para hacer inútil la resolución que, en su día, se dicte. Aparece así la sub función cautelar, que sirve para garantizar el cumplimiento de

las otras. Frente a hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, se adoptan medidas cautelares que permiten conjugar las ventajas de la rapidez con la ponderación y la reflexión necesaria para dar una solución a los litigios<sup>54</sup>.

#### A) La orden de protección como medida cautelar.

La razón de ser de esta función no es otra que el hecho de que “la función de decir el derecho y de ejecutar no es instantánea en el tiempo, sino que requiere de un *tempus* para su realización”. Así, la justificación de las medidas cautelares, en todos los procesos, es “la necesidad de tiempo para la actuación del derecho objetivo en el caso concreto”<sup>55</sup>.

Las características de las medidas cautelares son 1) instrumentalidad: la medida cautelar se justifica solo en relación con otro proceso, principal, del que tiende a garantizar su resultado; 2) provisionalidad: no pretende convertirse en definitiva y desaparece cuando deja de ser necesaria en el proceso principal; 3) temporalidad: la duración es limitada dado que, por su propia naturaleza, se extingue al desaparecer las causas que la motivaron; 4) variabilidad: puede ser modificada, e incluso alzada, cuando se altera la situación de hecho que dio lugar a su adopción; y 5) jurisdiccional: esta decisión es solo posible por el órgano jurisdiccional, que debe motivarla, como consecuencia de su naturaleza de acto limitativo de derechos<sup>56</sup>. Como apuntábamos *ad supra* al estudiar la naturaleza jurídica del instrumento, dentro de la OP encontramos medidas cautelares de carácter penal y de carácter civil siendo que la combinación de ambas concede a la víctima una protección integral.

##### a) Medidas cautelares penales.

La OP no conlleva nuevas medidas cautelares de carácter penal distintas de las previstas legalmente. Es por ello que las medidas de prisión preventiva o de alejamiento que la orden pueda acordar deberán ajustarse a lo establecido en la LECrim. Y de acuerdo con la LECrim, las medidas cautelares penales son prisión provisional, prohibición de aproximación, de residencia, de comunicación o cualquiera otra tendente a garantizar la seguridad y sosiego de las víctimas<sup>57</sup>.

54 BARONA VILAR, S.: “Lección Trigésimo Tercera. La tutela cautelar. Elementos personales y medidas cautelares”, en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, p. 702.

55 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el proceso penal*, Prontuario de Derecho Procesal 3, Honduras, 2015, p. 46.

56 BARONA VILAR, S.: “Lección Décimo primera. Las medidas cautelares”, en AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, pp. 272-289.

57 CEREZO GARCÍA-VERDUGO, P.: “La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, vol. 22, p. 379; SERRANO HOYO, G.: “Algunas cuestiones procesales”, cit., pp. 92-96.

Las medidas cautelares dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia, se asientan en los siguientes fundamentos: 1) *periculum in mora*, o daño específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional penal, que puede aprovecharse por el investigado para colocarse en una situación que puede acabar frustrando la ulterior efectividad de la sentencia, peligro que puede referirse tanto a la persona como al patrimonio del investigado. Y 2) *fumus boni iuris*, que comporta la probabilidad o verosimilitud de la existencia de un hecho criminal imputado (objeto), esto es, indicios suficientes que permitan mantener la imputación de un hecho delictivo al sujeto afectado por la medida o la responsabilidad civil de éste. Estos fundamentos deben ser interpretados desde la proporcionalidad, que exige un juicio de razonabilidad sobre la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable, tal y como ha indicado el TC<sup>58</sup>, no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso<sup>59</sup>.

Por lo que respecta a la medida de alejamiento, el distanciamiento entre agresor y víctima es el elemento básico para conseguir la adecuada protección de la integridad de la víctima<sup>60</sup>. En relación con esta medida, sería muy conveniente sustituir el sistema de protección consistente en proteger y esconder a la víctima en centros de acogida, pues esto da lugar a una revictimización que agrava la ya dura situación en que las víctimas se encuentran<sup>61</sup>. La medida de alejamiento puede ser adoptada como medida cautelar, pena accesoria, medida de seguridad, condición para la suspensión o como una de las reglas que conlleva la situación de libertad provisional. Si ésta es empleada como medida cautelar, resulta necesaria su adopción urgente para que el agresor reaccione y se dé cuenta de que el Estado castiga su conducta violenta. Con esta medida no se trata de garantizar la presencia del agresor en el juicio, si no de que "su fundamento es meramente preventivo, no cautelar ni aseguratorio procesal del sujeto pasivo de la causa". De este modo, sí concurre el *fumus boni iuris* (elementos de convicción suficientes para poder sostener que es probable que el imputado sea autor de un hecho punible) pero no el *periculum in mora* (no hay riesgo de fuga ni de obstaculizar la investigación) siendo que el único fundamento es proteger a la víctima<sup>62</sup>. Si

58 A este respecto: BARONA VILAR, S.: "Prisión provisional: 'solo' una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)", *Actualidad Penal*, 2000, núm. 42, pp. 891-911.

59 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares*, cit., pp. 74-77; BARONA VILAR, S.: "¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?", *Revista del poder judicial*, 2006, núm. especial 19, pp. 237-264; BARONA VILAR, S.: "Lección Décimo primera. Las medidas cautelares", cit., pp. 275-276.

60 El Pleno del Consejo General Judicial de 21 de marzo de 2001 indicó, en relación con la problemática jurídica que conlleva la violencia doméstica que "la adopción de estas prohibiciones y el ejecutivo cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, del Ministerio Fiscal y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad aparece en este momento como una necesidad perentoria para lograr una protección real de las víctimas y alejar a éstas de la sensación de desamparo institucional que padecen".

61 En este sentido, DE URBANO CASTILLO, E.: "El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar", *La Ley*, 2001, núm. 5248.

62 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares*, cit., p. 182.

haciendo uso de la medida de alejamiento no resulta suficientemente protegida la vida o integridad de la víctima, cabrá adoptar la medida de prisión provisional siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para ésta<sup>63</sup>.

*b) Medidas cautelares civiles.*

Las medidas cautelares civiles<sup>64</sup> han de ser decretadas previa petición de la persona damnificada y tras un debate contradictorio en el que, aunque el nuevo art. guarde silencio, ambas partes podrán valerse de los medios de prueba que consideren oportunos siempre y cuando el juez los considere útiles y pertinentes y su práctica no sobrepase el plazo máximo de 72 horas<sup>65</sup>. Estas medidas solamente podrán adoptarse si no han sido previamente adoptadas por un órgano del orden jurisdiccional civil. es por ello que DE HOYOS SANCHO critica enérgicamente la falta de coordinación entre juzgados penales y civiles cuando se está tramitando simultáneamente un posible delito por violencia dentro del ámbito del hogar con una nulidad, separación o divorcio. Hecho que, lamentablemente, es bastante común en la práctica. Las medidas civiles podrán ser la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos y régimen de prestación de alimentos. Estas medidas también podrán entrañar cualquier disposición que se considere oportuna ya sea para apartar al menor de un peligro o para evitarle perjuicios<sup>66</sup>, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 158.4 del Código Civil.

**B) La orden de protección como medida asegurativa de sentencia.**

Conforme al art. 61.2 LOVG, “en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los arts. 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas”. Al referirse a “medidas cautelares o de aseguramiento” impone al juez la obligación de indicar en su sentencia si considera necesario, o no, el mantenimiento de la OP ya no

63 Entre otros, los requisitos de la prisión provisional se encuentran desarrollados por: BARONA VILAR, S.: “Lección Décimo segunda. Medidas cautelares específicas”, en AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26 ed., 2018, pp. 292-301; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Las medidas cautelares*, cit., pp. 78-126; DE URBANO CASTILLO, E.: “El alejamiento del agresor” cit., DE HOYOS SANCHO, M.: “La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar”, *La Ley*, 2002.

64 DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Las medidas cautelares*, cit., p. 365.

65 CEREZO GARCIA-VERDUGO, P.: “La Orden de Protección”, cit., p. 379.

66 SERRANO HOYO, G.: “Algunas cuestiones procesales”, cit., pp. 96-98.

como medida cautelar, sino como medida firme impuesta en sentencia. En este mismo sentido el art. 57.2 CP que redirige al 48.2 CP. Ambos arts. en realidad están refiriéndose a una orden de alejamiento, pues no refieren las medidas civiles y sociales de las que dispone la OP. Es por ello que, además, deberemos estar a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LOVG, donde se establece que en el caso de que el órgano jurisdiccional dicte sentencia condenatoria de un varón en un proceso penal por delito de violencia de género, debe fijar en ella una serie de disposiciones relativas a sanciones y ayudas, que serían sanciones no penales especiales. En esencia, el condenado perderá la condición de beneficiario a los efectos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual<sup>67</sup>.

#### 4. El quebrantamiento de la orden de protección y sus consecuencias.

La vigilancia del cumplimiento de las medidas cautelares<sup>68</sup> no puede ser la única llamada a procurar su cumplimiento. La adopción de medidas cautelares solo es plenamente efectiva cuando a su eventual incumplimiento se le anudan responsabilidades y consecuencias<sup>69</sup>. El incumplimiento de las medidas cautelares penales constituye el delito tipificado en el art. 468 CP. En los supuestos de incumplimiento de medidas podemos diferenciar dos casos de desigual gravedad: en el primer grupo de casos incluiremos aquellos en los que el incumplimiento no conlleva más infracciones además del quebrantamiento en sí. En el segundo grupo, más grave, el incumplimiento es utilizado como medio para la comisión de alguna infracción penal contra las personas protegidas en el art. 173.2 CP. Con respecto a las medidas cautelares de carácter civil se suscita la duda de cuál será la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Pues si bien este tipo de medidas encajarían en el concepto de "medidas cautelares" del art. 468 CP, la realidad es que el legislador redactó este art. pensando en quebrantamientos de medidas cautelares penales, no de obligaciones civiles que tienen sus propias consecuencias (el delito de impago de pensiones del art. 227 CP o el de abandono de familia del art. 226 CP). Todo ello, sin perjuicio de que ciertas medidas cautelares civiles

67 GOMEZ COLOMER, J.L.: "Lección Décimo octava. La terminación del proceso penal", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 24ª ed., 2018, pp. 447-448.

68 Sobre cuestiones de quebrantamiento de medidas de protección a nivel europeo puede leerse: VEGAS AGUILAR, J. C.: "Cuestiones sobre el quebrantamiento de medida cautelar en el país de ejecución al hilo de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección", en AA.VV.: *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa* (dir. por E. MARTÍNEZ GARCÍA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 73-82.

69 En este mismo sentido, "the response of the police and the courts to restraining order violations is crucial to their effectiveness. The police responded to the incident that led the woman to seek a temporary restraining at the time of the incident that led to court, the likelihood of any severe violence during the next year was diminished" HARREL, A. y SMITH, B. E.: "Effects of Restraining Orders on Domestic Violence Victims", en AA.VV.: *Do Arrests and Restraining Orders Work?* (ed. por E. S. BUZAWA, C. G. BUZAGA) Sage, United States, 1996, p. 234.

se solapan con medidas cautelares penales<sup>70</sup>, que, en el caso de no respetar lo dispuesto en la medida concreta, sería el incumplimiento de la medida cautelar penal el que justificaría la adopción del art. 468 CP<sup>71</sup>.

### III. LA ÚLTIMA RATIO.

Los Derechos Humanos, aunque susceptibles de ser protegidos mediante el derecho penal (sustantivo y procesal), no pueden perder de vista su finalidad esencial que es la de servir de límite al *ius puniendi* estatal<sup>72</sup>. La LOVG es una de las leyes de violencia de género más avanzadas de Europa. Y quizá fuese demasiado avanzada para su tiempo. Prueba de ello son las casi 300 cuestiones de inconstitucionalidad que tuvo una ley que, paradójicamente, nació con unanimidad parlamentaria. Pero el problema no es jurídico, es social. El ámbito penal es insuficiente para atajar el problema. Prueba de ello es la media de 60 mujeres asesinadas al año. Es momento de implementar los otros ámbitos de la ley, de adelantar un paso la respuesta frente a la violencia de género. Cuando entra el derecho penal ya hemos fracasado. Debe trabajarse con una educación en valores en igualdad y desde la infancia<sup>73</sup>. Afrontar de forma seria un pacto por los medios de comunicación en su papel de prevención de la violencia de género porque no ha habido una implicación real de éstos, que son parte del problema. La LOVG ha reconocido el marco para la autorregulación, pero ha sido un fracaso, no se ha hecho nada<sup>74</sup>. También debe dejar de recortarse en sanidad, espacio privilegiado para la detección precoz<sup>75</sup>.

La violencia de género es un problema de todos y todas que sufrimos las mujeres. Y es necesario que todos y todas nos posicionemos en su contra, implicar al hombre igualitario y aislar al maltratador para que comprenda que en este nuevo modelo de sociedad no es aceptable su comportamiento<sup>76</sup>. Iniciativas como la EPO y el EPM contribuyen a hacer más tangible la protección de las víctimas de violencia de género en la UE. Del mismo modo, responden a la obligación estatal positiva

70 La atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja como medida cautelar civil puede solaparse con la prohibición de acercarse a la residencia de la víctima como medida cautelar penal.

71 Circular 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la Orden de Protección.

72 DE LUIS GARCÍA, E.: "El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 27, p. 511.

73 AVILES PALACIOS, L. "La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria", en AA.VV.: *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 279-318.

74 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "La igualdad y la violencia "La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa", en AA.VV.: *Género y Derecho Penal* (dir. por J. HURTADO POZO, L. C. SILVA TICLLACURI), Instituto Pacífico, Breña, 2017, p. 151.

75 ESCRIBANO MARTÍNEZ, A.: *Violencia de género y sanidad. La detección como factor de visibilidad*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Valencia, 2018.

76 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "La igualdad y la violencia", cit., pp. 169-170.

de protección. Pero solo con una buena implementación de los instrumentos de reconocimiento mutuo puede hacerse real esta obligación de proteger. No debemos perder de vista que el derecho penal es la gestión de un fracaso de la sociedad<sup>77</sup>. El propio instrumento de la EPO es una de las herramientas que el derecho penal dispone para gestionar un fracaso, para proteger a una víctima que ya ha sufrido un daño y así evitar que sufra un mayor daño. La hoja de ruta de los diferentes Estados es más penas<sup>78</sup> y más largas<sup>79</sup>. Pero olvidamos que la única forma adecuada de gestionar un fracaso es evitar que éste llegue a producirse. En el ámbito de la prevención se encuentran las medidas de protección policiales y civiles. Es por ello que podríamos recurrir al derecho comparado para valorar la implementación de otros sistemas de protección que no esperen a que haya sucedido un ilícito penal para otorgar protección, sino que se adelanten a éste. El equilibrio está en decidir qué comportamientos tóxicos no son merecedores de reproche penal pero sí de protección sin que esto nos lleve a situaciones como las que encontramos en *Minority Report*. Porque “la calidad nuclear de nuestra vida no se mide en kilómetros de carreteras o en cifras de sueldo. La calidad esencial de nuestra vida empieza por no tener miedo<sup>80</sup>.”

#### IV. BREVE REFERENCIA AL CASO DE AUSTRIA.

Para que el estudio de este apartado fuera lo más cercano a la práctica, realicé una estancia de investigación en la *Fundamental Rights Agency* de Viena. Esta estancia me permitió mantener entrevistas con los agentes implicados en la emisión de órdenes de protección en Austria. Así, el trabajo de investigación previamente realizado fue complementado con un trabajo de campo en destino.

##### 1. Ámbito de aplicación.

En Austria disponen de *Emergency Barring Orders* (en adelante EBO), medidas de protección civiles y medidas de protección penales. Dependiendo del tipo de medida de protección nos moveremos en el ámbito de la prevención o de la sanción.

##### 2. Tipos de órdenes de protección y presupuestos para su adopción.

77 Cada denuncia significa que hemos llegado tarde. El derecho no puede dar respuesta a todo, pero tampoco guardar silencio. LORENTE ACOSTA, M.: *Mi marido me pega*, cit., p. 148.

78 A favor de la reinserción como obligación estatal positiva y en contra de la pena como castigo, puede leerse: ANDERZ BELATEGI, M.: “La reinserción como principio de la política penitenciaria Europea”, en A.A.VV.: *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. ETXEBARRÍA ESTANKONA, I. ORDEÑANA GEZURAGA y G. OTAUZA ZABALA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 807-828.

79 Conocido es el debate sobre la prisión permanente revisable avivado tras los casos de “Diana Quer”, o “Gabriel Cruz”, sucedidos a finales de 2017 y principios de 2018. Ambos muy próximos en el tiempo.

80 PÉREZ OLLEROS SÁNCHEZ BORDONA, F. J.: “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, 2005, p. 12.

En el caso de las EBO, la policía tiene el poder y la obligación de dictar una EBO para proteger a la ciudadanía de un “daño inmediato” en el hogar, o en el hogar y otros lugares frecuentados por el menor (como el colegio). La posibilidad de ampliar la EBO más allá del hogar se da solo en los menores, la (ex) pareja no podrá pedir que su EBO se aplique también en el trabajo<sup>81</sup>. Esta situación, que nos resulta extraña porque no se da en nuestro ordenamiento, fue explicada por el policía al que entrevisté indicando que quién es violento en el hogar no tiene por qué serlo fuera de él. En el caso de los menores, en atención a su interés superior, esta protección sí que se amplía. Pero en el caso de mayores de edad la medida de protección se circunscribe al ámbito del hogar, que es donde se producen la gran mayoría de agresiones. Para emitir la EBO la policía deberá separar a ambas partes en conflicto para averiguar qué ha sucedido. La medida de alejamiento se impondrá a quien empezó las agresiones (ya sean psíquicas o físicas). Es más, la amenaza de agresión también se considera como agresión. En este supuesto no podemos sino alabar la decisión del legislador austriaco porque adelantar la protección a amenazas, aunque no sean delictivas, se sitúa entre las obligaciones estatales positivas de prevención. Además, en este mismo acto, la policía le quitará las llaves al agresor, que permanecerán en disposición policial hasta que la medida pierda vigor. Se debe informar a ambas partes de sus derechos y deberes, así como de las consecuencias del quebrantamiento<sup>82</sup>. Del mismo modo, se transmitirá la EBO a los centros de asistencia a menores de edad y a víctimas para que éstos contacten con las víctimas y las asesoren de manera gratuita<sup>83</sup>. El año 2018 la policía emitió 8.076 EBO y 18.526 víctimas de violencia doméstica hicieron uso de los *Gewaltschutzzentren/ Interventionstellen*<sup>84</sup> (centros de asistencia de víctimas) en Austria<sup>85</sup>.

Las EBO tienen una duración de dos semanas y si se quiere continuar manteniendo esa protección es necesario solicitar una medida de protección civil. Con la medida de protección civil se amplía de dos a cuatro semanas el plazo de duración de la EBO. Aunque el Juzgado no tiene obligación de resolver dentro de las cuatro semanas de duración de la EBO, por norma general resuelven porque son conscientes del riesgo en que quedarían las víctimas si perdieran una medida de protección que necesitan<sup>86</sup>. La medida de protección civil durará un

81 LOGAR, R.: *Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European Member States (POEMS)*, 2014, p. 4.

82 De acuerdo con la legislación austriaca, la víctima también puede quebrantar si permite al agresor volver al hogar.

83 38a, 56 (1) y 25 (3) *Sicherheitspolizeigesetz*.

84 SORGO, M.: “Was sind Interventionstellen?”, en AA.VV.: *Schutz vor Gewalt in der Familie*, Verlag, Gosau, 2005, pp. 199-230.

85 WIENER INTERVENTIONSSTELLE, *Tätigkeitsbericht*, 2018, p. 19.

86 Si no resolvieran el agresor tendría derecho a recuperar las llaves de la casa (que previamente le ha quitado la policía al dictar la EBO) y volver a casa. Esto supondría dejar la seguridad de la víctima a merced de su victimario. LOGAR, R.: *Mapping the legislation*, cit., p. 5.

año (salvo las órdenes referidas a la residencia, que entonces la duración son 6 meses) y hay posibilidad de ampliarla hasta que finalice el proceso. Aunque estas medidas se supone que son *interim injunction*<sup>87</sup> en la práctica suelen convertirse en decisiones finales porque no sigue el procedimiento tras la adopción de la medida de protección. Medida que, además, obliga a modificar el comportamiento de víctima y agresor. Critica esta situación la Magistrada Christine Miklau<sup>88</sup>, porque al convertirse la medida de protección en una decisión final, podría estar atacando al art. 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo).

También existen medidas de protección penales, aunque no suelen ser utilizadas para proteger a las víctimas de violencia de género y doméstica ni fueron concebidas con ese fin. Las medidas de protección penales no fueron creadas pensando en la protección de la víctima, sino en la vigilancia del delincuente. Estas medidas solamente podrán ser utilizadas cuando previamente se haya cometido un crimen<sup>89</sup>. Buscan ofrecer una alternativa menos gravosa a la prisión a aquellos agresores que tienen un buen comportamiento mientras esperan al juicio. El ínfimo uso ha sido criticado por la sociedad civil (*Women's organizations, Intervention Centers*) y por CEDAW<sup>90</sup> por considerar que la EBO y las medidas de protección civil son muy débiles para aquellos agresores que utilizan una violencia más severa y más repetitiva<sup>91</sup>. Violencia que, además, responde a causas estructurales y tiene género: el año 2018 el 91% de los agresores fueron hombres y el 84% de las víctimas fueron mujeres y niñas<sup>92</sup>.

### 3. El quebrantamiento de la orden de protección y sus consecuencias.

El quebrantamiento de las EBO se sanciona con una multa de hasta 500 euros. Esta multa pueden pagarla tanto el agresor como la víctima, si es que ella permite el quebrantamiento. La policía, al dictar la EBO, pide al agresor que le entregue las llaves de la casa e informa a ambas partes de las consecuencias que puede traer consigo el quebrantamiento. El quebrantamiento de las medidas de protección civiles también se sanciona pagando una multa que puede llegar hasta los 500 euros. Este tipo de quebrantamientos son denominados *administrative criminal offences*. En ambos casos, si las violaciones fueran reiteradas el agresor podría llegar a ser arrestado<sup>93</sup>. Esta medida, por un lado, era defendida por la policía porque la eficacia disuasoria de la multa acaba protegiendo a la víctima que teme ser multada. Por otro lado, fue enérgicamente criticada por la Dra. Verena Tadler

87 LOGAR, R.: *Mapping the legislation*, cit., p. 5.

88 Judge at the District Court Meidling. Family Law Matters

89 LOGAR, R.: *Mapping the legislation*, cit., p. 11.

90 CEDAW Yilderim v Austria 2005.

91 LOGAR, R.: *Mapping the legislation*, cit., p. 5.

92 WIENER INTERVENTIONSSTELLE, Tätigkeitsbericht, cit., p. 19.

93 LOGAR, R.: *Mapping the legislation*, cit., pp. 30-31.

(trabajadora del *Interventionstelle* de Viena) porque multar a la víctima supone revictimizarla en una situación ya difícil de por sí. Los quebrantamientos de las órdenes de protección penales son mucho más severos y su consecuencia es la detención<sup>94</sup>.

Pero todo este discurso de la prevención se rompe al conocer el número de EBO que se impone simultáneamente con un *criminal report*. El 87,6% de los casos de EBO fueron impuestas por la posible comisión de un delito. El 4,2% conllevó detención del agresor. Y solo el 7,4% EBO fueron impuestas sin imponer más medidas. Esto nos muestra el poco uso que se hace de un instrumento que debiera ser preventivo<sup>95</sup>. No obstante, y a pesar del poco uso que se está haciendo de la EBO como herramienta preventiva, sigue teniendo pros que no encontramos en nuestra legislación. Informar al fiscal/juzgado de la posible comisión de un delito no implica la inmediata condena del agresor porque en el proceso penal rige la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. Solo en aquellos casos en los que se haya podido probar la comisión del delito más allá de cualquier duda razonable, podrá condenarse al acusado. Es más, es posible que un hecho no revista los caracteres de delito, pero sí que exista un posible riesgo para la víctima si no se previene la reiteración de ciertos comportamientos.

## V. CONCLUSIÓN: A MODO DE PROPUESTA *LEGE FERENDA*. MEDIDA CAUTELAR CIVIL.

Sin desmerecer los avances que supuso la LOVG colocando en primera línea de fuego el problema de la violencia de género en el ámbito del hogar y dándole un tratamiento penal, podríamos abrir el debate respecto de la creación de órdenes de protección civiles. La LOVG buscaba lanzar a la ciudadanía el mensaje de que la violencia contra las mujeres por quienes son o han sido sus parejas no es aceptable en un país que quiera ser garantista con los Derechos Humanos y que debe ser castigada con el rigor que se merece. Consecuentemente, el legislador español ubicó bien las órdenes de protección como instrumentos penales. El objetivo fue ofrecer a la ciudadanía un mensaje de reproche de estas conductas. A día de hoy no hay marcha atrás, al menos sobre el papel, respecto del reproche a estas conductas ni minimización del problema de la violencia de género. Es por eso que podríamos abrir el debate acerca de la posibilidad de medidas de protección civiles.

El estudio comparado nos muestra que la mayoría de países europeos hacen uso de medidas de protección civiles. El Reglamento EPM tiene, de facto, un

94 LOGAR, R.: *Mapping the legislation*, cit., p. 17.

95 WIENER INTERVENTIONSSTELLE, *Statistics*, 2017, p. 13.

reconocimiento más automático que el que tiene la Directiva EPO. El no requerir de la doble incriminación le otorga un reconocimiento mucho más automático. Con la EPO el legislador europeo tuvo en cuenta que quizá el Estado de ejecución no dispone de una protección similar para el caso concreto y ofrece discrecionalidad al Estado para que, de acuerdo con su ley nacional, adopte una medida que se corresponda lo máximo posible a la del Estado de emisión. En el caso del Certificado civil, el Estado miembro está obligado a reconocer la medida extranjera sin procedimientos intermedios. En otras palabras, no se espera ninguna acción por parte del Estado miembro que no sea el reconocimiento automático. Es más, aún en la situación de que dicho Estado no ofrezca una medida de protección a sus propios ciudadanos basada en los mismos hechos, éste seguirá obligado a reconocer las prohibiciones incluidas en la OP del otro Estado miembro de acuerdo con el art. 13.3 y el considerando (18) Reglamento EPM.

Además, los estándares de la prueba son distintos en el proceso penal y en el civil. Mientras que en el proceso penal debe ser probado "más allá de cualquier duda razonable", en cambio en el proceso civil debe ser más probable que improbable. La razón de utilizar una medida de protección civil podemos encontrarla en la practicidad. Estados como Austria han optado por hacer uso de este sistema para proteger de manera rápida e inmediata a las víctimas de violencia de género y doméstica. En cambio, en España hemos optado por el mensaje político de la lucha contra la violencia de género por medio del proceso penal. Pero con el fin de hacer más real el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ) y la armonización de legislaciones mediante el efecto de la "lluvia fina" podríamos plantearnos la viabilidad de órdenes de protección civiles para los ilícitos menos graves, aquellos que todavía no requieren del uso del derecho penal pero que, si no se paran a tiempo, van a terminar por ser los ilícitos del mañana. Este aviso de carácter civil no solo beneficia a la víctima, también al posible futuro agresor porque hará que ninguno de los dos deba sufrir las consecuencias de la comisión de un delito. Las tres medidas de la Directiva EPO y el Reglamento EPM no son desconocidas por nuestra legislación civil, fueron introducidas por el art. 158 CC.

Soy consciente de que esta propuesta abre nuevos interrogantes que deberán ser resueltos por futuras investigaciones como quién es el juzgado competente para adoptar una medida cautelar de protección civil y por medio de qué procedimiento. No obstante, la armonización de legislaciones en materia de órdenes de protección facilitaría el reconocimiento mutuo entre los distintos Estados UE. Además, la esencia misma de la UE es eso: renunciar a especificidades propias en pos de una especie de derecho supranacional europeo que facilite al ciudadano moverse por el ELSJ con la garantía de que la protección otorgada en un Estado miembro va a continuar supérstite en aquél al que se desplace. Es por ello que propongo el estudio comparado con sistemas de protección civil extranjeros

como el austriaco, acercándonos así a los ordenamientos jurídicos normativos de nuestro entorno y, consecuentemente, facilitando el reconocimiento mutuo y la cooperación. Para valorar la efectividad de las medidas de protección civiles y penales podrían usarse las siguientes variables: 1) motivos para dictar una medida de protección 2) proporción de órdenes de protección dictadas, 3) porcentaje de órdenes de protección violadas, 4) consecuencias del quebrantamiento de órdenes de protección y 5) satisfacción de la víctima con la medida de protección y sensación de seguridad. Con los resultados de este estudio podría evaluarse la efectividad y conveniencia de implementar órdenes de protección civiles en España.

## BIBLIOGRAFÍA

ANDEREZ BELATEGI, M.: “La reinserción como principio de la política penitenciaria Europea”, en AA.VV.: *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. ETXEBARRÍA ESTANKONA, I. ORDEÑANA GEZURAGA y G. OTAUZA ZABALA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 807-828.

AVILÉS PALACIOS, L. “La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria”, en AA.VV.: *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 279-318.

BARONA VILAR, S.: “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?”, *Revista del poder judicial*, 2006, núm. especial 19, pp. 237-264.

BARONA VILAR, S.: “Lección Décimo primera. Las medidas cautelares”, en AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, pp. 272-289.

BARONA VILAR, S.: “Lección Décimo segunda. Medidas cautelares específicas”, en AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, pp. 292-319.

BARONA VILAR, S.: “Lección Trigésimo Tercera. La tutela cautelar. Elementos personales y medidas cautelares”, en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26ª ed., 2018, pp. 704-725.

BARONA VILAR, S.: “Prisión provisional: ‘solo’ una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)”, *Actualidad Penal*, 2000, núm. 42, pp. 891-911.

BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el proceso penal*, Prontuario de Derecho Procesal 3, Honduras, 2015.

BARONA VILAR, S.: “Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, núm. 22, pp. 64-90.

CEREZO GARCIA-VERDUGO, P.: “La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, vol. 22, pp. 371-381.

DE HOYOS SANCHO, M.: “La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar”, *La Ley*, 2002.

DE LA PRIETA GOBANTES, I.: "Ponencia: La Orden de Protección", *Revista Baylo* (edición electrónica).

DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015.

DE LUIS GARCÍA, E.: "El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 27, pp. 494-515.

DE URBANO CASTILLO, E.: "El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar", *La Ley*, 2001, núm. 5248.

DELGADO MARTÍN, J.: "La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", *Revista Xurídica Galega. Colaboracións*, 2013, núm. 39, pp. 77-132.

DUTTA, A.: "Cross-border protection measures in the European Union", *Journal of Private International Law*, 2016, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 169-184.

ECHEBURÚA, E. y ANDRÉS-PUEYO, A.: "Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación", *Psicothema*, 2010, vol. 22, núm. 3, pp. 403-409.

ECHEBURÚA, E. y DEL CORRAL, P.: "Violencia en las relaciones de pareja. Un análisis psicológico" en AA.VV.: *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar* (dir. por J.R. AGUSTINA SANLLEHI), Edisofer, Madrid, 2010, pp. 135-164.

ESBEC RODRÍGUEZ, E.: "Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2003, vol. 3, núm. 2, pp. 45-64.

ESCRIBANO MARTÍNEZ, A.: *Violencia de género y sanidad. La detección como factor de visibilidad*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Valencia, 2018.

GALAIN PALERMO, P.: "Prevención del delito en una sociedad con miedo", <https://ladiaria.com.uy/articulo/2018/5/prevencion-del-delito-en-una-sociedad-con-miedo/>

GÓMEZ COLOMER, J.L.: "Lección Décimo octava. La terminación del proceso penal", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 24ª ed., 2018, pp. 320-376.

GONZÁLEZ-MÉNDEZ, R. D.: Santana-Hernández, J.: "Perceived risk and safety-related behaviors after leaving a violent relationship", *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, núm. 6, 2014, pp. 1-7.

GRAHAM, C.: "Human Rights and the Privatisation of Public Utilities and Essential Services", en AA.VV.: *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation* (eds. K. DE FEYTER, F. GÓMEZ ISA), Intersentia, Antwerp - Oxford, 2005, pp. 35-56.

HARREL, A. y SMITH, B. E.: "Effects of Restraining Orders on Domestic Violence Victims", en AA.VV.: *Do Arrests and Restraining Orders Work?* (ed. por E. S. BUZAWA, C. G. BUZAGA) Sage, United States, 1996.

KILCHLINH, M.: "Preventive detention in Germany" en AA.VV.: *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dir. por M. ROIG TORRES), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 53-62.

LOGAR, R.: *Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European Member States (POEMS)*, 2014.

LORENTE ACOSTA, M.: "Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2012. núm. 19, pp. 185-214.

LORENTE ACOSTA, M.: "Análisis forense del sistema de protección europeo frente a la violencia de género: límites y carencias de la Orden Europea de protección", *Diario La Ley*, 2018, núm. 9114.

LORENTE ACOSTA, M.: *Mi marido me pega lo normal*, Ares y Mares, España, 2001.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Capítulo 14: Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", en AA.VV.: *Justicia civil y penal en la era global* (ed. por S. BARONA VILAR), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 413-432.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa", en AA.VV.: *Género y Derecho Penal* (dir. por J. HURTADO POZO, L. C. SILVA TICLLACURI), Instituto Pacífico, Breña, 2017, pp. 141-170.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea", en AA.VV.: *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. ETXEBARRÍA ESTANKONA, I. ORDEÑANA GEZURAGA, G. OTAUZA ZABALA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 345-366.

MORGADES CORTÉS, M.: "La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género", *CEEJ*, 2014, núm. 3, pp. 79-112.

OLIVERAS JANÉ, N.: “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, 2019, núm. 9334.

PÉREZ OLLEROS SÁNCHEZ BORDONA, F. J.: “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, 2005.

ROMÁN, L.: “Capítulo I: Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas”, en AA.VV.: *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género* (dir. por T. FREIXES, L. ROMÁN), Tecnos, España, 2015, pp. 25-34.

SALAS, L. y CAZARO JOHANNIG, A.T.: “El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU” en AA.VV.: *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dir. por M. ROIG TORRES), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-52.

SERRANO HOYO, G.: “Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, vol. 22, pp. 69-104.

SORGO, M.: “Was sind Interventionstellen?”, en AA.VV.: *Schutz vor Gewalt in der Familie*, Verlag, Gosau, 2005, pp. 199-230.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: “Deberes positivos del Estado y Derechopenal en la jurisprudencia del TEDH”, *Indret*, 2016, pp. 1-72.

VAN DE WATERING, E.J.E.: “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, 2013.

VAN DER AA, S.: “Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?”, *Springer*, 2012, vol. 18, pp. 183-204.

VAN DER AA, S., NIEMI, J., SOSA, L., FERREIRA, A., BALDRY, A.: “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *Daphne*, <http://poems-project.com/wp-content/uploads/2015/04/Intervict-Poems-digi-1.pdf>,

VEGA RODRÍGUEZ, M.T.; MORO GUTIÉRREZ, L.: “La representación social de los malos tratos infantiles en la familia: factores psicosociales que influyen en la percepción de las conductas de maltrato”, *Psychosocial Intervention*, 2013, núm. 22, pp. 7-14.

VEGAS AGUILAR, J. C.: "Cuestiones sobre el quebrantamiento de medida cautelar en el país de ejecución al hilo de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección", en AA.VV.: *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa* (dir. por E. MARTÍNEZ GARCÍA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 73-82.

VEGAS AGUILAR, J. C.: "La responsabilidad del Estado desde la perspectiva de género", en AA.VV.: *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-227.

VIGANÒ, F.: "La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales", *Polít. Crim.*, 2014, vol. 9, núm. 18, pp. 428-476.

VIGANÒ, F.: "Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH", en AA.VV.: *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, (dir. por S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 311-381.

WIENER INTERVENTIONSSTELLE, *Statistics*, 2017.

WIENER INTERVENTIONSSTELLE, *Tätigkeitsbericht*, 2018.