

NOVEDADES JURÍDICAS SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

LEGAL DEVELOPMENTS ON GENDER VIOLENCE

María Elisa Carrión San Cecilio

Fiscal delegada de Violencia sobre la Mujer de la Fiscalía Provincial de Cáceres
mariaelisa.carrion@fiscal.es

RESUMEN

La finalidad de este trabajo es resumir las últimas modificaciones legislativas que se han incorporado en el ámbito de la lucha contra la violencia de género. Fundamentalmente está centrado en las reformas operadas por la L.O. 8/21 y la L. 8/21 afectando al régimen de visitas en sede de Orden de Protección y en los procedimientos civiles; así como a las excepciones a la dispensa del art. 416 de la LECrim.

ABSTRACT

The purpose of this article is to summarize the legislative changes that have been incorporated in the field of the fight against gender violence. It is fundamentally focused on the reforms operated by the L.O. 8/21 and L. 8/21 affecting the regime of visits in the framework of the Protection Order and in civil proceedings; as well as the exceptions to the dispensation of art. 416 of the LECrim.

0. INTRODUCCIÓN

Creo que todos los profesionales que trabajamos para erradicar la violencia sobre la mujer debemos ser conocedores de las últimas modificaciones para poder trasladar a la víctima una información certera, concreta y adaptada a las necesidades que va requiriendo en cada momento del proceso. Nos encontramos con víctimas especialmente vulnerables, que se enfrentan a un complicado proceso, no solo policial y judicial sino a un proceso vital de envergadura y deben contar con profesionales que sepan resolver sus dudas. Las víctimas no deben recibir informaciones erróneas o contradictorias. Es importante que la víctima tenga una información veraz de todo que se refiere a su procedimiento, para lo cual es necesario que todos los que trabajamos en de la lucha contra la violencia sobre las mujeres conozcamos las opciones con las que cuentan, los recursos, las posibilidades que el procedimiento les ofrece... o al menos conozcamos donde deben ser derivadas para recibir tal información. Un problema añadido para una mujer víctima de violencia, que le provoca un mayor grado de inseguridad, es el recibir informaciones contradictorias o incluso erróneas a lo largo del proceso y más si dichas informaciones afectan a sus hijos.

Antes de empezar con esas modificaciones legislativas que se han llevado a cabo, no puedo dejar pasar la oportunidad de recordar la importancia para cualquier profesional que

trabaje en un procedimiento de violencia sobre la mujer el hecho de hacerlo con perspectiva de género. Cuando hablamos de perspectiva de género hablamos de una metodología que permite detectar, cuestionar, identificar, valorar ... las situaciones de discriminación entre hombre y mujeres, que en definitiva constituyen la base y la raíz de la violencia contra las mujeres. Todos los profesionales deben actuar con dicha perspectiva de género desde que la víctima entra en una comisaría o puesto de la guardia civil.

El agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado que recibe la denuncia o que se persona en un domicilio debe saber que se encuentra una víctima especial. Una víctima, que a diferencia de las víctimas de otro tipo de delitos cuando comienza a interponer una denuncia en muchas ocasiones pone al descubierto los aspectos más íntimos de su vida, que es ella misma la que expone ante el agente cuáles son sus hándicaps, cuáles son sus errores, cuales son debilidades. Hándicaps, errores o debilidades que tiene cualquier ser humano pero que desde luego no se ponen de manifiesto cuando se pone la denuncia por cualquier otro hecho delictivo. Esto no debe hacer que su denuncia tenga menos credibilidad esto tan solo la hace más débil, vulnerable y necesitada de un mayor apoyo.

Además, todos los profesionales debemos entender que dentro de la gran vulnerabilidad que tienen en términos generales las víctimas de violencia de género existen colectivos especialmente vulnerables, pensemos en víctimas extranjeras, con toxicomanías, mujeres discapacitadas, mujeres del ámbito rural, mujeres con fuerte dependencia económica e hijos a cargo, mujeres que han iniciado un proceso de separación... Las mujeres incardinadas en estos grupos son las que suelen tener más reticencias a poner la denuncia, las que presentan una tasa superior de retiradas de acusación en los procedimientos iniciados, de comparecencias solicitando la eliminación de la orden de protección y el archivo del procedimiento... y no por ellos debemos tachar su relato de inveraz o falto de credibilidad. Son a estos grupos a los que se debe prestar una mayor atención no solo al inicio del procedimiento sino a lo largo de toda la tramitación de la causa, pues una de las críticas que hacen las víctimas de la violencia de género es que en las fases iniciales del proceso judicial se siente protegidas y arropadas, pero a medida que pasan las semanas se sienten solas, olvidadas y abandonadas.

Debe formarse a todos los profesionales (no solo a los que trabajamos en secciones especializadas) para que cuando tomen una denuncia, trabajen en cualquier fase de un procedimiento judicial de violencia sobre la mujer tengan en cuenta que nos encontramos ante víctimas que, en ocasiones tardan en denunciar, minimizan la violencia, que en un alto porcentaje retiraran la denuncia, que se culpan a sí mismas de la violencia que sus parejas han ejercido sobre ellas, que consideran al agresor como un enfermo que necesita tratamiento. El profesional tiene que ser consciente, que no por ello, los hechos que están denunciando son falsos. Debemos tener claro que el hecho de que una mujer ponga una denuncia cuando ha iniciado un proceso de separación no tiene por qué ser para conseguir un mejor acuerdo o un mejor divorcio, debe tenerse en presente que en muchas ocasiones el agresor, cuando ve que su víctima pretende vivir sin estar sometida a su poder, incrementa la violencia que de una u otra forma había ejercido durante años de matrimonio.

En definitiva, el profesional que trabaja con violencia sobre la mujer debe tener claro que se trata de víctimas que necesitan más apoyo, más recursos, más información pues en muchos casos la denunciante está dejando atrás con esa denuncia, y a lo largo del proceso que se va a iniciar, el único mundo que conocía. Que, aunque desde fuera comprendamos que eso no

era vida ni para ella ni para sus hijos, debemos entender que era su vida, posiblemente una vida con golpes, humillaciones, menosprecios amenazas y coacciones pero es la vida que ha conocido y se siente sola e insegura pues no sabe lo que se va a encontrar fuera.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE VÍCTIMA

Sentado lo anterior debo pasar al análisis de las novedades legislativas que se han producido en el ámbito de la violencia sobre la mujer. Dichas novedades nos llevan a dos puntos fundamentales:

- la Ley Orgánica 8/21 de 4 de junio de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia
- la Ley 8 / 21 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las modificaciones legislativas afectan a dos aspectos fundamentales: en primer término la situación de los hijos de la mujer víctima directa de la violencia de género y en segundo término al derecho a la dispensa a declarar en el procedimiento, derecho recogido en el art. 416 de la LECRIM. Dichos aspectos son esenciales porque la mujer debe saber que el hecho de poner una denuncia puede suponer que el agresor salga del domicilio familiar donde ella permanecerá (si quiere) con sus hijo/as, y que además no se fijará un régimen de visitas que le permita llevarse a los niños/niñas fines de semana alternos y algún día adicional como solía suceder antes de la reforma. Debe saber, que la orden de protección lleva una serie de medidas civiles, pero desde luego ya no está entre esas medidas el establecimiento de visitas con respecto a los menores. Debe saber, que en el caso en el que esté ya fijado un régimen de visitas podrá ser suspendido y modificado. Y debe saber que, con el inicio de un procedimiento judicial, una vez que ha declarado ante Juez, no podrá hacer uso del derecho de dispensa que le permitía antes de la reforma acogerse en el acto del juicio oral a su derecho a no declarar, lo que nos dejaba a los fiscales, en muchos casos, huérfanos de prueba y abocaba a sentencias absolutorias. En la actualidad podrá en cualquier momento comparecer y decir que no quiere continuar, que quiere que se archive el procedimiento y que se elimine la orden de protección, pero sabrá que es altamente probable que el procedimiento continúe, que la orden de protección siga vigente, y que tendrá la obligación de declarar en el acto del juicio oral y de decir la verdad. Debe conocer, que no puede ser intimidada y ser requerida para que retire la denuncia (bien por su agresor o por sus familiares) pues tal retirada nulos efectos va a tener y que su posición en el procedimiento penal iniciado no le permitirá disponer de dicho procedimiento libremente.

Debemos empezar por entender el concepto de víctima para lo cual quiero hacer referencia al art. 1 de la L.O 8 /21 que cuando regula el objeto de dicha norma establece:

«En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación

genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar».

Por tanto, debemos entender que el Art. 1 de la L.O 8/21 está haciendo referencia a lo que se ha llamado víctima por exposición.

Si acudimos al art. 2 del Estatuto de la víctima Ley 4/ 2015 observamos que el Estatuto se refiere a las víctimas directas y las víctimas indirectas¹; pues bien, a estas víctimas deben añadirse las víctimas por exposición. Sin duda, se trata de un elemento clave para entender la reforma, de la misma forma que debemos entender una idea básica: no se puede proteger a las madres víctimas de violencia de género sino protegemos a los niñ@s y no podemos proteger a los niñ@s si no protegemos a las madres. En definitiva, debemos considerar los menores expuest@s a violencia de género a todos los hij@s que viven en un hogar donde su padre o la pareja de su madre es violento con ella.

Partiendo de este concepto de víctima por exposición debemos tener en cuenta las modificaciones que se ha venido produciendo en el art. 1 de la L.O 1 /2004, así partiendo de la redacción originaria en la que se establecía:

«1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas».

Ese primer concepto de víctima del legislador del 2004 hace referencia a las mujeres que sufren directamente la violencia en el seno de una relación matrimonial o de análoga significación así como a aquellas que estuvieron en algún momento unidas a sus agresores por idénticos vínculos. No obstante, en la exposición de motivos se establecía: *Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de*

1 a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer. Es decir, el legislador del 2004 ya se refería en su exposición de motivos a la violencia presenciada.

La Ley Orgánica 8/15 modificó el apartado 2, ampliando ya el concepto de víctima de forma que quedó:

«Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a **las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia**».

Esta redacción pone de manifiesto la preocupación le legislador del 2015 por proteger a los menores. Por tanto, el legislador del 2021 no ha introducido una idea novedosa, sino que la regulación actual es fruto de una evolución legislativa en la que la Ley 8/15 dio un paso importante para finalmente llegar a la modificación llevada a cabo por la L.O. 8/21.

La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero. El legislador del 2021 ha incluido en la Ley 1 /2004 la violencia vicaria a la vista de los tristes sucesos que se han venido produciendo. Así se ha introducido el párrafo 4 que dice:

«La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

Partiendo del concepto de víctima de violencia en el que no solo nos encontramos con las víctimas directas o indirectas, sino también con las víctimas por exposición, debemos señalar como la L.O 8 / 15 en su preámbulo ya establecía los terribles efectos que produce la violencia en los menores:

«Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma».

La mencionada norma no sólo modificó el art. 1.2 como hemos señalado más arriba, sino que además modificó los art. 65 y 66² de la Ley Orgánica 1 /2004 para conseguir una adecuada

2 Artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.

El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela

protección de los hijos e hijas que viven en hogares violentos. No obstante, debo señalar que la aplicación de los preceptos mencionados ha venido siendo absolutamente puntual, habiendo mantenido con carácter general esas visitas en la creencia errónea de que aquel que maltrata a su mujer, a la madre de sus hijos no está maltratando a los menores. Actuando motivados por el inadecuado planteamiento, que desgraciadamente mantienen muchos profesionales, que un hombre puede maltratar a la madre de sus hijos pero a pesar de ello puede ser un buen padre; desoyendo con esta idea el art. 31 del Convenio de Estambul que establece: *«la violencia de pareja es claramente incompatible con el interés superior del niño y con la custodia y el cuidado compartidos, debido a sus graves consecuencias para las mujeres y los niños, incluido el riesgo de violencia posterior a la separación y los actos extremos de feminicidio e infanticidio»*.

En definitiva, la modificación llevada a cabo por la Ley 8/21 y L.O 8/21 es el resultado de un clamor mantenido a lo largo de los años, tanto del legislador y diversas entidades en el ámbito nacional, como por instrumentos internacionales como el Convenio de Estambul.

Empezando por este último, el convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, fue abierto a la firma el 11 de mayo de 2011 y fue ratificado por España en 2014³. En dicho convenio se considera a los niños víctimas de la violencia de género, incluso como testigos de violencia dentro de la familia.

La Observación núm. 13 del Comité de los Derechos del Niño en 2011 recogía como una de las formas de violencia, la de exposición de los menores a la violencia señalando como dicha exposición aumenta el riesgo a que el niño sea objeto de una victimización posterior y acumule experiencias violentas e incluso tenga un comportamiento violento en el seno de la pareja en etapas posteriores de su vida, identificando como una de las formas de violencia mental la de exponer a los menores a la violencia doméstica. Define la violencia como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, señalando como una forma de descuido la violencia por exposición.

o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución

Artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

- 3 Art. 3.1 por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada; El Convenio de Estambul recoge un concepto de violencia contra las mujeres más amplio que el recogido en nuestra L.O. 1/2004, sin duda novedosa en su momento, pero que debe ser modificada para adaptar nuestra legislación al convenio mencionado.

El Parlamento Europeo, en la Resolución de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia de pareja y el derecho de custodia en las mujeres y los niños estableció *«los niños también pueden sufrir lo que se denomina “violencia presenciada” en el hogar y en el entorno familiar, al experimentar cualquier forma de maltrato llevado a cabo mediante actos de violencia física, verbal, psicológica, sexual y económica contra figuras de referencia u otras figuras afectivamente significativas» señalando que “la exposición de los niños a la violencia doméstica debe considerarse como violencia contra los niños; que los niños expuestos a la violencia doméstica sufren consecuencias negativas para la salud mental y/o física que pueden ser de carácter agudo y crónico”».*

En el marco nacional no podemos olvidar las medidas 145/146 del Pacto de Estado de 2017 que abogan por la suspensión de los regímenes de visitas⁴ en los casos de violencia por exposición y el informe del Defensor del Pueblo del 18 de diciembre de 2019 interesaba *«la suspensión cautelar o provisional del régimen de visitas durante la tramitación del procedimiento por violencia de género, siempre que se haya acordado cautelarmente una medida de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones respecto de una mujer víctima de violencia de género, que deberá ser trasladada de modo inmediato al juzgado que esté conociendo o haya conocido del procedimiento de separación o divorcio, a fin de que este se pronuncie sobre la suspensión del régimen de visitas de los menores, durante la vigencia de la medida respecto a la madre».*

Los datos del Consejo de Poder Judicial y en concreto los del Observatorio de Violencia de Género han venido apuntando en el mismo sentido. Las Macroencuestas de 2015 y 2019 ponían de manifiesto como en un alto porcentaje los menores estaban presentes en los momentos en los que su madre sufría un ataque violento por parte del progenitor o bien de la pareja actual de su madre, por lo que el legislador del 2021 tan solo ha plasmado lo que venía siendo una petición reiterada, que no solo se producía en el ámbito nacional sino por la necesidad de dar cumplimiento a los mandatos asumidos por España en el plano internacional.

2. MODIFICACIONES EN EL REGIMEN DE VISITAS

2.1. Fijación de visitas en la orden de protección

La modificación que se ha producido en el 2021 afecta fundamentalmente a los regímenes de visitas tanto en el marco de la orden de protección, como en la tramitación del procedimiento civil.

En el marco de la orden de protección se pueden adoptar medidas de carácter civil y medidas de carácter penal. Las primeras aparecen recogidos en el art. 544.ter.6 que permite la

4 Establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004. Prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género.

adopción de cualquiera de las medidas de la legislación procesal criminal y deben ser adoptadas atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima⁵.

En este punto debemos señalar que, básicamente lo que se solicitaba por los fiscales (dejando al margen la prisión preventiva) y se acordaba por el Juez de Guardia eran medidas de alejamiento y prohibición de comunicación del agresor con la víctima. Con la entrada en vigor de la Ley 8/21 (y más a medida que van pasando los meses), existe una mayor conciencia de que en el concepto de víctima están incluidas tanto la madre como los niños (como víctimas por exposición). Ahora, se entiende que es perfectamente factible adoptar medidas de alejamiento que abarquen a los menores y no solo a la madre, pues el art. 544 ter párr. 6 establece que el Juez de Instrucción adoptará las medidas atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, **de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento**. Esta modificación ha supuesto un mayor número de órdenes de protección en las que se solicita y se acuerda por el Juez de guardia la prohibición de acercarse y comunicar no solo respecto a la mujer sino también respecto a los hijos, sobre todo en aquellos supuestos en los que nos encontramos ante violencia habitual, cuando los menores se han metido en medio de las disputas para proteger a su madre, o cuando han recibido, aun de forma esporádica, algún golpe empujón o amenaza.

Además de la posibilidad de acordar como medida penal el alejamiento del progenitor respecto de sus hijos/as; se ha procedido a la modificación del art. 544 ter punto 7⁶ que establece en su párrafo segundo:

«Estas medidas podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios».

Aun cuando no se hayan acordado medidas penales con respecto a los menores la redacción de la Ley nos lleva a considerar que tan solo procede el pronunciarse sobre la suspensión o el mantenimiento del régimen de visitas comunicación y estancia. No cabe, en ningún caso, el pronunciarse sobre un régimen de visitas ex novo. No cabe, ni desde el punto de vista de la interpretación literal del precepto ni tan poco si tenemos en cuenta una interpretación teleológica,

5 Art. 544 ter 6 Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

6 Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

teniendo presente el espíritu de la Ley. No cabe admitir que es posible la fijación de un régimen de visitas si nos fijamos en los antecedentes previos a su promulgación. Pues a pesar de lo anterior, lo cierto es que en un primer momento hubo escasas resoluciones judiciales en las que se fijó un régimen de visitas. Así nos encontramos con un auto núm. 231/22 dictado el 4 de abril de 2022 por la A. Provincial de Cáceres en el que se recogía en su fundamento jurídico segundo:

«De una primera lectura del segundo párrafo del artículo 544 ter núm. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal podría deducirse que no cabe la fijación “ex novo” de un régimen de visitas cuando se dicte la orden de protección en ámbito penal, en cuanto que solo contempla entre las medidas relativas al régimen de visitas, la “suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad...”, es decir y parecería que se puede acordar la suspensión o el mantenimiento, pero no en cambio, “la fijación por primera vez de un régimen de visitas”.

Ahora bien y entiende esta Sala, haciendo una interpretación lógica, sistemática a la vez que atendiendo a los antecedentes legislativos de la LO 8/2021 el que no sería esta la conclusión que se entiende correcta o definitiva.

Así y en primer lugar, el artículo 94 del Código Civil no impide, en caso de violencia doméstica o de género, la fijación de un régimen de visitas en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Pues y recordamos que dicho precepto, en esa posibilidad excepcional que recoge utiliza puntualmente la forma verbal potestativa “podrá”, es decir cabría dicha fijación si bien sujeto a esos requisitos que señala (esto es la debida motivación y concurrencia del interés SUPERIOR del menor).

Por otra parte, tampoco parece lógico o coherente que no se pueda fijar un régimen de visitas, cuando en el novedoso párrafo tercero del artículo 544 ter de la Ley Procesal Penal se permite “no acordar” la suspensión del régimen de visitas decretado en su día, mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial (es decir, con iguales requisitos que los antes señalado en el art. 94 Código Civil).

También, corroboraría esta opinión el artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en su letra a) permite al Juez o Tribunal, en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. “En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse”.

Y en igual sentido el propio párrafo primero del artículo 544 ter 7, cuando no limita las medidas civiles que pueden acordarse en favor de hijos menores o personas con capacidad judicialmente modificada, “siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdicción civil”.

A la vez que, si acudimos al Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, nada nos dice sobre el particular y guarda silencio al respecto.

Por otra parte y esta Sala igualmente menciona -en apoyo de la tesis inicial apuntada- lo que nos dicen las normas internacionales y en particular, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España contempla en su artículo 45.2 la posibilidad de “la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma”. Es decir, condiciona siempre la suspensión de los derechos inherentes a la patria potestad y, entre ellos, indudablemente está el de relacionarse con los hijos o régimen de visitas, al superior interés del menor.

En suma y ante todo lo expuesto, entendemos que no fue intención del legislador y casa mal con una interpretación conjunta de los preceptos citados, privar del régimen de visitas en todo caso a

un progenitor por el solo hecho de que se dicte orden de protección o exista un proceso penal por atentar contra el otro cónyuge. La autoridad judicial puede acordar el régimen de visitas o no acordar su suspensión valorando el superior interés del menor, es decir, la posible privación del régimen de visitas y comunicación es presupuesto que debe ser valorado por la autoridad judicial penal».

Desde luego se trata a mi juicio de una interpretación absolutamente sorprendente que desoye todos los pronunciamientos que nivel nacional e internacional se habían venido haciendo, que no casa con el espíritu de la ley y que no es acorde con una interpretación sistemática con resto de los artículos que el legislador de 2021 modificó.

La Audiencia Provincial de Cáceres, sección segunda, entró a resolver un recurso contra las medidas civiles de la orden de protección, no obstante, muchas Audiencias consideran irrecurrible el auto de orden de protección en cuanto a las medidas civiles, con un criterio diferente al mantenido por la Circular de la Fiscalía general del Estado 3/2003. Por ejemplo, algunas de las secciones de la A Provincial de Madrid han venido señalando que las medidas civiles de la orden de protección, a pesar de que se establecen en un proceso penal, deben regirse, en cuanto a los recursos, por los que establece la legislación civil para las medidas provisionales acordadas en los procesos de separación, nulidad o divorcio. Lo anterior les lleva a la aplicación del art. 771. 4 de la LEC que establece que dichas medidas no son susceptibles de recurso alguno. Este criterio supone dejar en manos únicamente del juez de guardia la interpretación del art. 544 ter párr. 7.

Por otra parte, el afirmar que no cabe fijar un régimen de visitas en el seno de la orden de protección no significa que automáticamente el padre se quede sin la posibilidad de ver a sus hijos. No olvidemos que si se adopta una orden de protección, y solo se adopta cuando hay una situación de riesgo para la víctima (comprendiendo también a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela guarda y custodia en el concepto de víctima), podrá posteriormente valorarse en el proceso civil, previa audiencia del menor y previa valoración de la relación paterno filiar, si es adecuado o no dicho régimen de visitas. Debe tenerse presente, que cuando se adopta una orden de protección, generalmente se ha llegado a un pico de máxima tensión en el seno de la convivencia familiar, en el que desde luego no es oportuno, la fijación de esas visitas que se podrán valorar en un procedimiento civil unas semanas más tarde previa audiencia del menor y valorando la relación paternofamiliar.

En el párrafo siguiente del art. 544 ter 7 se establece

«Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar».

Esto supone que, en los supuestos en los que se trata de exparejas o exmaridos y existe ya un régimen de visitas establecido judicialmente, deberá suspenderse el régimen de visitas, estancia relación o comunicación con el inculpado respecto a los menores que de él dependan, cuando los menores hubiera presenciado sufrido o convivido con la violencia. Desde la Fiscalía, se está solicitando con carácter general, en estos supuestos la suspensión de

régimen de visitas pues para mantener o modificar dicho régimen es necesario que ese mantenimiento o modificación se realice en interés del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Es absolutamente imposible (salvo situaciones excepcionales) poder valorar estas circunstancias en el servicio de guardia. No es el momento de valorar la situación y mucho menos de traer al Juzgado a los menores que han presenciado un episodio violento entre sus progenitores, menores que, en una buena parte de los casos, saben que su padre ha sido detenido por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y cuyo estado de alteración y temor es comprensible. La exploración de los menores, imprescindible para determinar el interés superior del menor, debe hacerse por el equipo de Valoración Integral de los Institutos de Medicina Legal, equipos que no tienen un servicio de guardia y que ni tan siquiera en horas de audiencia podrían comparecer y realizar esa valoración en el plazo en el que se debe dictar la orden de protección, dado el volumen y carga de trabajo que soportan. Por tanto, no somos nosotros, los fiscales, los que solicitamos ese mantenimiento y nos oponemos al mismo cuando es solicitado por la defensa del investigado.

De conformidad con las conclusiones del XVII seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, cuando nos encontremos con menores que han sufrido directamente la violencia deberían adoptarse medidas penales para proteger a dichos menores lo que supondrá en definitiva la suspensión del régimen de visitas y comunicación hasta la terminación del procedimiento y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de aplicar el 544 quinquies de la LECrim⁷.

Cuando el menor no es víctima directa, pero sí víctima por exposición, de conformidad con lo establecido en el art. 544 ter.7 debemos interesar la suspensión del régimen de visitas. Todo ello, sin perjuicio de lo que se establezca en el procedimiento civil, por lo que tan solo de forma excepcional se puede mantener el régimen de visitas en función del interés superior del menor y previa evaluación de la relación paterno filial.

En los supuestos de menores que no han sufrido presenciado o convivido con la violencia deberíamos igualmente pedir la suspensión del régimen de visitas aplicando análogamente el art. 94.4. del c. civil y solo en función del interés superior del menor y previa valoración de la relación paterno filial el mantenimiento del mismo.

7 **Artículo 544 quinquies.**

1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

- a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.
- b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.
- c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.
- d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

Las medidas de carácter civil adoptadas en el seno de la orden de protección tienen una vigencia de 30 días, que pueden prorrogarse por otros 30 días siguientes a la presentación de la demanda. En aquellos casos en los que pedimos la suspensión del régimen de visitas establecido previamente, debemos igualmente pedir de conformidad con el art. 66 de la L.O 1/2004 la suspensión de dichas visitas durante la tramitación del procedimiento. En caso contrario, nos encontraríamos con que la suspensión de las visitas acordada en la orden de protección tendría una virtualidad temporal escasa si la víctima no instara el correspondiente procedimiento de modificación de medidas

En el marco de la orden de protección, la modificación llevada a cabo por la L.O. 8/21 ha establecido entre las medidas civiles la relativa a la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho. Esta modificación nos lleva por otra parte al art. 65 de la L. O 1 /2004⁸, que ya recoge esa posibilidad en su párrafo segundo, para aquellos supuestos en los que no se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad, artículo que se ha usado en escasas ocasiones. Debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del art. 544 ter cuando hace referencia a la forma en que se ejercerá la patria potestad, debe relacionarse con el art. 154 del C. civil que incluye entre las funciones inherentes a la patria potestad la de la facultad de fijar el domicilio. Atribución de dicha facultad, que en los supuestos de violencia sobre la mujer debe valorarse de conformidad con la declaración de la víctima, previa a la comparecencia de orden de protección. La situación que describa nos puede llevar a pedir que la potestad de fijar el domicilio de los menores quede atribuida única y exclusivamente a la mujer que necesita salir de ese entorno de violencia y por lo tanto decidir si quiere vivir en una casa de la mujer, en un piso tutelado o poner distancia de por medio para encontrar un entorno más seguro y poder reiniciar su vida con sus hijos.

2.2. Fijación de visitas en el procedimiento civil

La Ley 8 /21 ha procedido a modificar el art. 94. Del c. civil estableciendo:

«- No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.

- Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

- No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial».

8 **Artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.**

El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución

En conclusión, en principio, no cabe el establecimiento de régimen de visitas en la vía civil en los supuestos en los que el progenitor esté incurso en un procedimiento penal por violencia de género salvo que en atención al interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial sea adecuado para el menor.

En el procedimiento civil existe la posibilidad de contar con el auxilio de los profesionales de los IML a los efectos de realizar una valoración de la relación paterno-filial (a diferencia de lo que sucede en el marco de la orden de protección). Lo cierto, es que en medidas provisionales, ese informe todavía no se ha podido llevar a cabo dada la saturación de los profesionales y los Jueces de Primera Instancia y Magistrados de los juzgados especializados están otorgando, en ocasiones, esas visitas. A pesar de la premura con la que se están celebrando las vistas de medidas provisionales, en ocasiones los niños ya están viendo a sus progenitores. Esto sucede porque los letrados de las partes se han puesto de acuerdo extrajudicialmente, cuando no se han acordado medidas penales de alejamiento respecto a los menores, o bien incluso padres e hijos (sobre todo adolescentes) han contactado y se ven ya sea para comer juntos o para realizar actividades que en muchos casos venían realizando con anterioridad a la orden de protección de forma conjunta. En estos supuestos, en los que no había motivo para acordar en vía penal una prohibición con relación a los menores vía art. 544 ter. 6, se están estableciendo visitas (de forma excepcional) en la comparecencia de medidas provisionales, previa audiencia del menor.

El art. 94 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, pero el Pleno del Tribunal Constitucional desestimó el recurso interpuesto por el grupo parlamentario Vox mediante la sentencia 106/22 de 13 de septiembre de 2022 al señalar que no se establece de forma automática la privación del régimen de estancias o visitas, pues el órgano judicial deberá valorar a la vista del párrafo 4 si establece un régimen de visitas que deberá ser motivado en atención del menor. Por tanto, valorando la gravedad, naturaleza y alcance del delito y como puede incidir en la relación con el progenitor establecerá o no el régimen de visitas. Así establece en su fundamento jurídico 4 letra C):

«Por todo ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irreversibles que el transcurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH Saleck Bardi c. España, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como, su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011)».

Desde mi punto de vista la sentencia del TC refuerza el criterio de que no cabe la adopción de régimen de visitas en sede de orden de protección, en primer término atendiendo al tenor literal de la ley, en segundo término a la evolución legislativa que ha dado lugar a dicho precepto y en tercero una interpretación sistemática del art. 94 del c. civil con el art. 544 de la L.E. Criminal nos hace concluir que no cabe la adopción ex novo en sede de orden de protección de régimen de visitas, que hay que proceder a suspender las visitas acordadas en los supuestos en los que los menores ha presenciado sufrido o convivido con la violencia pues solo cabría el mantenimiento de las mismas en atención al interés superior del menor y previa evaluación de la relación paterno-filial; algo que evidentemente no puede hacerse en el servicio de guardia.

El párrafo 5 del C. Civil también ha sido modificado atendiendo a un clamor institucional previo de forma que:

«No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior».

De conformidad con el Dictamen de la Fiscalía de Sala de Violencia sobre la Mujer de 14 de marzo de 2022 debemos entender que no procede la fijación del régimen de vistas como señala el párrafo 5 cuando se trate de delitos a los que se refiere el párrafo anterior es decir delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, por lo tanto, no será aplicable esta prohibición en los supuestos en los que la prisión provisional o pena de prisión lo sea por un delito de quebrantamiento de una pena o medida de alejamiento.

Dado que se trata de una limitación a los derechos de los progenitores debe realizarse una interpretación restrictiva del precepto entendiendo que hace referencia al régimen de visitas, no a las comunicaciones. En conclusión, podrán realizarse comunicaciones (ya sea telefónica, postal o por los medios habilitados en los centros penitenciarios) quedando excluida la presencia física de los menores en los centros penitenciarios.

Cuando el art. 94.5 hace referencia al régimen de visitas del progenitor en situación de prisión debe interpretarse con relación a los hijos que ha tenido con la víctima de violencia de género; en ningún caso podrá limitarse el derecho de visitas que el preso pudiera tener con hijos de otras relaciones.

Por otra parte, debe interpretarse el art. 94.5 en relación con el art. 158. 6 del c. civil que establece la posibilidad de suspender cautelarmente el ejercicio de la patria potestad y/o el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y en general las demás disposiciones que se consideren oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle los perjuicios de su entorno familiar o frente a terceras personas. No solo, no se establecerán visitas si el progenitor se encuentra en prisión, sino que si existiera un régimen de visitas previamente establecido los Fiscales instaremos vía art. 158. 6 del c. civil la suspensión del mismo.

Finalmente debe señalarse que esta imposibilidad de fijar un régimen de visitas se entiende hasta que proceda la libertad definitiva o condicional; por lo tanto, debe entenderse tal limita-

ción en los supuestos en los cuales se esté disfrutando de un permiso carcelario. No se trata solo de prohibir a los menores acudir a los centros penitenciarios sino de prohibir las visitas durante todo el tiempo que dure la situación de prisión.

3. CUSTODIA COMPARTIDA⁹

La guarda y custodia está regulada en el art. 92 del c. civil. En especial el párrafo 7 establece:

«No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas

9 «Artículo 92.

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y **emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.**
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.
6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
7. **No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.**
8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el **interés superior del menor.**
9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.
10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.»

practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas».

Debemos tener en cuenta que dicho precepto fue modificado por la Ley 17/21 de 15 de diciembre de 2021 que procede a la modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Dicha modificación tenía como finalidad evitar los supuestos de violencia vicaria sobre las mascotas, es decir aquellos supuestos en los que la violencia no se ejerce sobre los hijos sino sobre las mascotas, pues se han detectado números supuestos en los que como medio para dañar y menoscabar a la mujer se ha utilizado a los animales de compañía provocándoles incluso la muerte.

La custodia compartida, de conformidad con lo que establece el párrafo 5 del art. 92, se ha venido estableciendo con carácter general, en aquellos casos en los que los progenitores la habían solicitado en los procedimientos de mutuo acuerdo o cuando ambos llegaban a un acuerdo a lo largo del procedimiento contencioso. De conformidad con la doctrina del T. S debemos entender que la custodia compartida debe entenderse como lo normal y deseable pues de esta forma los menores se relacionan a de forma equitativa con ambos progenitores y por otra parte ambos colaboran de idéntica forma en la educación y crianza de los hijos¹⁰. Ahora bien, esta regla general debe quebrar en los supuestos de violencia sobre la mujer, a la luz de lo establecido en el párrafo 7. En definitiva, se trata de una regulación legal que viene a consagrar el criterio fijado por la Circular 6/11 de la Fiscalía General del Estado.

4. AUTORIZACIÓN PARA EL TRATAMIENTO PSICOLÓGICO DE LOS MENORES

Por otra, parte se ha modificado el art. 156 del C. Civil por la Ley 8/21 estableciendo que, para los hijos e hijas menores de edad, en los supuestos en los que el progenitor haya atentado contra la vida, integridad física moral, libertad o libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes o del otro progenitor; bastará el consentimiento de este último para la aten-

10 “El régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea. “Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de “seguir” ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos. “Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras: “a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. “b) Se evita el sentimiento de pérdida. “e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. “d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”. STS DE 11 DE JULIO DE 2022

ción y asistencia psicológica, previa información al otro. Esto además será válido no solo para los supuestos en los que se ha dictado una sentencia condenatoria sino, incluso cuando no se ha denunciado, pero la mujer ya esté recibiendo asistencia psicológica en un servicio especializado en violencia de género. En este caso es necesario que se haya emitido un informe de dicho servicio acreditando dicha situación.

Todo esto, es aplicable cuando hablamos de menores de 16 años pues en el caso de los menores de edad mayores de 16 será necesario únicamente el consentimiento expreso del menor. Dicho precepto también fue objeto del recurso de inconstitucionalidad anteriormente mencionado, señalando el Pleno del Tribunal Constitucional que no solo no es inconstitucional, sino que la atribución a la progenitora de tal decisión, atendiendo a la situación entre ellos, caracterizada por un «claro enfrentamiento y hostilidad entre ambos progenitores» no puede calificarse de «irrazonable desproporcionada, arbitraria o contravenga el interés del menor».

5. AUDIENCIA DE LOS MENORES

Debemos tener presente la regulación del art 9 de la Ley de protección jurídica del menor del año 96 modificado por la Ley Orgánica 8/15. En dicho artículo se recoge la necesidad de oír a los menores en cualquier procedimiento judicial o administrativo sobre aquellos aspectos de su esfera personal familiar o social que le vayan a ser afectados¹¹. Es esencial, para poder decidir sobre aspectos como la fijación del régimen de visitas, oír a los menores.

Así mismo, la redacción del Art. 11¹² de la L.O. 8/22 nos recuerda nuevamente la necesidad de oír a los menores; audiencia que se practicará con los profesionales adecuados. Esto nos

11 Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado.

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

12 Artículo 11. Derecho de las víctimas a ser escuchadas.

1. Los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior.

lleva a la imposibilidad apuntada de oírlos durante el servicio de guardia dada la carencia de expertos para auxiliar al órgano judicial en esas exploraciones.

Debemos tener en cuenta que esa necesidad de dar audiencia al menor no está reñida con la necesidad de no victimizar a los menores con continuas declaraciones testificales.

Así art. 449 ter de la LECriminal¹³ regula a la realización de pruebas preconstituidas en los supuestos en los que los menores deban declarar en los procedimientos penales en calidad de testigos. Solemos evitar que los menores (salvo en los supuestos en los que sea estrictamente necesario) declaren como testigos en aquellos supuestos en los que existen elementos de cargo suficientes para mantener una acusación y conseguir una sentencia condenatoria. En aquellos casos en los que se lleva a cabo la prueba preconstituida es frecuente llevarla a cabo por los psicólogos del equipo psicosocial. En Extremadura son las profesionales de los Equipos psicosociales del Instituto de Medicina Legal, las que suelen fijar los días y los demás nos adaptamos a su calendario. Se trata de pruebas que deben realizarse en el plazo más breve posible, aun cuando los equipos están absolutamente saturados. En la Comunidad Extremeña se ha firmado en 2022 un protocolo para la actuación policía y judicial en los supuestos de Víctimas Menores y Personas Necesitadas de Especial Protección, para llevar a cabo tales de declaraciones. Dicho protocolo ha actualizado el protocolo anterior que

2. Se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana.

13 Artículo 449 ter.

Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.

La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve.

tan solo se había firmado para la provincia de Cáceres y ha introducido las modificaciones necesarias para adaptarlo a las reformas legislativas que se llevaron a cabo en 2021. El mencionado protocolo tiene como ámbito subjetivo los niños y niñas de 6 a 14 años, o mayores de edad si concurre alguna patología que suponga la necesidad de aplicar el protocolo y desde el punto de vista objetivo los delitos a los que se refiere son los mencionados en art. 449.ter de la Lecrim. De conformidad con el Protocolo, si durante las actuaciones policiales los agentes pueden prescindir de la declaración del menor, se evitará en la medida de lo posible tomar declaración a los menores o personas necesitadas de especial protección en dependencias policiales. Se llevará a cabo, ya con el procedimiento judicializado, la declaración de la víctima en los términos que se recogen en el art. 449 bis y por supuesto de conformidad con el art. 449 ter, en un entorno adecuado. Si no existe otra posibilidad, será en la sala de declaraciones o sala de vistas sin toga, documentándose la declaración por medios audiovisuales de que dispone el órgano judicial. Si la declaración se toma por el Psicólogo sólo estarán en la sala el profesional y el menor. Se informará al menor de la dispensa regulada en el art. 416 debiendo informar el psicólogo si tiene capacidad para entender el derecho de dispensa y si es necesaria la presencia de un facilitador se pondrá el Juzgado en contacto con la organización adecuada para garantizar la presencia del mismo para la toma de la declaración judicial. En una sala diferente se encontrará el Instructor, el Fiscal, las partes, el LAJ y el familiar que acompañe al menor, así como los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado si lo consideraran necesario para continuar su investigación.

En el servicio de guardia se evitará en la medida de lo posible llevar a cabo la declaración de los menores (al igual que en la Policía). Tan solo si su testimonio es imprescindible para adoptar medidas cautelares frente al investigado se explorará al menor por el juez de guardia y el fiscal, grabando la diligencia y pudiendo el abogado de la defensa y el investigado presenciar la exploración en una sala distinta formulando a través del instructor las preguntas que considere oportunas. Dicha declaración tan solo versará sobre aquellos datos que sean imprescindibles para la adopción de medidas como la prisión provisional.

6. DERECHO A LA DISPENSA A PRESTAR DECLARACIÓN

Otra de las modificaciones legislativas que se ha llevado a cabo a través de la L.O 8/21 ha sido la del art. 416¹⁴: el derecho a la dispensa a prestar declaración. Modificación relacionada con la llevada a cabo en el art. 261 de la LECrim.

14 Artículo 416.

Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:

1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor

Debemos partir, en primer término, de que el derecho de dispensa es un derecho que tiene el testigo a no declarar contra los investigados o acusados con los que se encuentre vinculado por razón de parentesco, pero no es un derecho de los investigados y acusados. El artículo mencionado recoge la posibilidad que tiene algunas personas de acogerse a su derecho a no declarar en aquellos supuestos en los que le unen determinadas relaciones de parentesco con el investigado. La jurisprudencia del T. Supremo ha sido fluctuante la hora de interpretar el art. 416; recordemos el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal supremo de 23 de enero de 2018¹⁵, el anterior de 24 de abril de 2013¹⁶ y finalmente la sentencia 389/20 que revisó su propia jurisprudencia.

En cualquier caso, se trata de un precepto pensado para conjugar el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, y la obligación que tienen los ciudadanos de colaborar con dicha Justicia (art. 118 de la CE) con el mantenimiento de la paz familiar y la protección de la intimidad familiar (art. 18 de la C.E). Ahora bien, no deja de ser interesante esta idea, cuando nos referimos a supuestos como los que estamos tratando aquí (delitos de violencia género y por tanto cometidos en la mayor parte de los casos en el seno del hogar familiar) en los que esa paz, tranquilidad y armonía ya están rotas. Lo preocupante, no es que mediante la utilización de dicho derecho de dispensa no se logra una correcta administración de justicia, pues pueden quedar impunes muchos delitos, sino que las víctimas de esa violencia quedan en situación de peligro.

de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.

4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.

- 15 1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición

- 16 La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso

La Ley Orgánica 8/21 ha supuesto un avance en la regulación pues no solo ha recogido la doctrina que ya venía aplicándose después de la STS 389/20 de 10 de julio por la que se establecía que, si la víctima ha ostentado la condición de acusación particular, ha renunciado, por tanto, al derecho de dispensa, y una vez renunciado, no recobra su contenido ni hay razón para ello, por lo que ya no podrá usar el derecho de dispensa. La modificación del art. 416 ha extendido la no aplicación de la dispensa para proteger a la víctima directa de la violencia de género y a los menores en los términos que veremos a continuación.

En aquellos supuestos en los que el testigo tiene derecho a no declarar de conformidad con el art. 416 debe tomarse la declaración una vez que se le ha instruido de este derecho, pues en caso contrario la declaración en sí misma deberá considerarse nula y por tanto deberá no ser tenida en cuenta en el acervo probatorio del procedimiento. Además, podrían ser declaradas nulas todas las pruebas que se hubieran practicado a raíz o como consecuencia de la declaración obtenida sin el apercibimiento de la dispensa.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8 /21 se había señalado por el TS en la ST 342/21 que ese derecho a no declarar afectaba también a los menores que podrán ejercitarlo si sus condiciones de madurez le permiten entenderlo. Para ello es necesario determinar si el menor comprende y entiende las consecuencias que pueden derivarse de la declaración o del hecho de acogerse a la dispensa.

Centrándonos en el análisis del art. 416 debemos señalar en primer término que la dispensa hace referencia a las relaciones matrimoniales o de análoga significación a la conyugal por lo que las relaciones de noviazgo quedan excluidas.

De la misma forma se ha venido considerando desde la Circular de la Fiscalía del 2011 que en los supuestos de separación matrimonial se entiende que el vínculo no está disuelto por lo que se podrá hacer uso de la dispensa, que queda por tanto excluida en los supuestos en los que se ha disuelto el vínculo matrimonial mediante divorcio o nulidad.

Debemos señalar que cuando hablamos de relación matrimonial o análoga nos estamos refiriendo a que dicha relación exista en el momento en el que se produjeron los hechos objeto de la denuncia. Si cuando se produjeron los hechos objeto del procedimiento la relación ya no existía, no habrá derecho de dispensa.

La nueva redacción del precepto limita considerablemente la posibilidad de dispensa. Así de conformidad con el párrafo 1 no cabe la dispensa cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad. Evidentemente si los menores o persona con discapacidad son víctimas directas de la violencia (en este caso violencia doméstica) la esposa, pareja unida por análoga relación de afectividad no puede acogerse al derecho de dispensa. No obstante, si recordamos el concepto de víctima expuesto inicialmente y la consideración de los menores como víctimas por exposición a la violencia de género, como víctimas de la llamada violencia presenciada, la mujer no tendrá derecho a la dispensa en aquellos casos en los que existan menores aun cuando no hayan sido las víctimas directas sobre las que hayan recaído las amenazas, los golpes o las coacciones. Esto significa limitar considerablemente el uso de la dispensa en mujeres víctimas de violencia de género en los casos en los que tengan hijos menores en el ámbito del hogar ante la necesidad de proteger a sus hijos víctimas por exposición de la violencia.

En segundo término cuando se trate de un delito grave (como tal debemos acudir al art. 13 en relación con el art. 33 del c. penal) no cabe la dispensa en aquellos casos en los que la víctima sea una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección. Debemos tener en cuenta la relación que existe entre este inciso y el art. 261 de la LECRim¹⁷. El art. 416 que regula la dispensa y excluye tal posibilidad en el caso de los delitos graves cuando la víctima se menor o necesitada de especial protección, mientras que el art. 261 establece un catálogo de delitos en los que no todos son graves sino también menos graves como el delito de violencia habitual del art. 173 del c. penal. Así, nos podemos encontrar con situaciones en las que una persona esté obligada a denunciar pues nos encontremos ante alguno de los delitos del último párrafo del art. 261 pero luego pueda acogerse al derecho de dispensa al no traerse de un delito grave. No es posible hacer otra interpretación pues sería impensable extender la imposibilidad de usar la dispensa a delitos menos graves como el maltrato habitual o las amenazas. Debe hacerse una interpretación restrictiva de estas exclusiones al derecho a la dispensa.

Por otra parte, es importante la interpretación del párrafo 3 pues en aquellos casos en los que el menor o persona necesitada de especial protección pueda entender el sentido de la dispensa tendrá derecho a ella. Si el Instructor tuviera dudas de la capacidad de un menor o de una persona necesitada de especial protección para entender el sentido de la dispensa, deberá acudir al perito. Serán los Medico Forenses de los IML, los que como técnicos imparciales podrán informar en el procedimiento si el testigo conoce el sentido y los efectos de la dispensa. Ahora bien, si el testigo no puede entender los efectos de la dispensa, debe declarar, como mecanismo para garantizar el orden legal y la persecución de los delitos y su propia seguridad en muchos casos. Si a lo largo del procedimiento fuera necesaria una nueva declaración, y este declaró inicialmente por haberse dictaminando que no entendía el sentido de la dispensa en la nueva declaración deberá ser informado nuevamente de tal derecho y si fuera capaz de entender su significado y alcance podrá acogerse a su derecho a no declarar.

Sin duda alguna uno de los efectos más importantes en materia de violencia sobre la mujer lo tienen las excepciones 4 y 5 del art. 416.

La primera de ellas se produce cuando el testigo esté o haya estado personado como acusación particular en el procedimiento. La redacción del precepto recoge la posición adoptada por el Pleno del TS de la Sala II 389/20 que ya establecía que en aquellos casos en los que una persona se constituye en acusación particular pierde la posibilidad de hacer uso de la dispensa, aun cuando abandonara tal posición. Sin duda alguna es una excepción importante, existen en la actualidad turnos de asistencia a las víctimas de violencia de género que

17 Artículo 261.

Tampoco estarán obligados a denunciar:

- 1.º Quien sea cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.
- 2.º Quienes sean ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.

Esta disposición no será aplicable cuando se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

tienen incluso un servicio de guardia articulado por los colegios de abogados. Esto significa que cuando una víctima entra en dependencias policiales de forma automática, si lo desea, se llama a un abogado del turno de asistencia a víctimas de violencia de género que la asistirá desde esa primera declaración. Hemos detectado que en ocasiones se renuncia a ese derecho a la asistencia letrada en dependencias policiales lo cual a mi juicio es un error. Esa renuncia se produce por la necesidad de agilizar las diligencias y sobre todo en partidos judiciales amplios se ha llevado a cabo un asesoramiento incluso por vía telefónica lo que no es nada beneficioso para una víctima de violencia de género. En cualquier caso, una vez que la víctima se persona (y hablamos de personación como acusación particular independientemente del momento en el que se designa procurador), desde ese mismo instante pierde el derecho a la dispensa. Este criterio es aplicable a los supuestos en los que nos encontremos en Diligencias Urgentes y Juicio Rápido, no así en diligencias previas, sumario ordinario o jurado, en los que se viene exigiendo para perder la posibilidad de acogerse a la dispensa la personación formal con abogado y procurador.

La última gran excepción se produce en aquellos supuestos en los que la víctima que ha sido informada convenientemente del derecho a no declarar en un procedimiento y a pesar de tal informe ha renunciado a hacerlo (este o no asistida de letrado) desde el momento en el que se vierte la primera declaración judicial la víctima ha perdido el derecho a la dispensa. En este punto se ha venido entendiendo que el derecho a la dispensa se pierde a partir de la primera declaración judicial y no policial. Por tanto, en la primera declaración judicial deberá informarse a la víctima que tiene derecho de dispensa, si aun así declarara no será posible volver a informarle en sucesivas declaraciones de tal derecho porque habrá perdido el mismo.

En definitiva durante el año de vigencia de la ley hemos tenido que informar en numerosas ocasiones a las víctimas que pueden retirar sus denuncias, que pueden apartarse del procedimiento, que pueden solicitar la retirada de la orden de alejamiento pero que tengan en cuenta que el Ministerio Fiscal valorará la pertinencia de la retirada de las medidas cautelares (y más si en el domicilio hay menores) y que por supuesto, si el procedimiento sigue hacia adelante y formulamos acusación la víctima tendrá la obligación de declarar y por ende de decir la verdad en el acto del juicio oral. Podemos señalar que la tasa de conformidades sigue siendo muy alta pues cuando el investigado es informado por su letrado de que la mujer va a declarar pues no puede acogerse al derecho a la dispensa suele aceptar un acuerdo con la fiscalía. En ocasiones, las mujeres a pesar de haber manifestado que quieren que se archive el procedimiento comparecen ante los equipos psicosociales lo que supone una prueba demoledora de la violencia habitual. Cuando la mujer no comparece, tan solo conseguimos sentencias condenatorias por hechos puntuales, basándonos en los partes médicos y en los testigos de referencia (agentes de la policía) que en el acto del juicio oral manifiestan sin ningún tipo de duda o contradicción las manifestaciones que efectuó la víctima cuando se personó la fuerza actuante en el domicilio o en el lugar de la agresión, el estado en el que se encontraba, en el que se encontraban los menores y en el que se encontraba el domicilio. Por ello sigue siendo muy importante el atestado policial a los efectos de conseguir elementos incriminatorios. Debemos señalar igualmente que tenemos una tasa alta de condenas en base a las declaraciones testificales de personas que se encuentran en la vía pública cuando se produce una agresión, o altercado fuera del domicilio. No solo los ciudadanos llaman al 112, sino que es fácil para la fuerza actuante recabar datos de 2 o 3 testigos que declararán sin ningún tipo de problema. Mayor dificultad encontramos con los vecinos, que normalmente se muestran reticentes a declarar, manifiestan no saber nada, aun cuando hayan sido ellos los que han llamado al 112.

De conformidad con los datos del consejo General del Poder Judicial en Extremadura se han dictado un 32,8 % más de sentencias condenatoria en relación con el mismo periodo del año anterior (el segundo trimestre del año). En este periodo 29 víctimas se han acogido al derecho a no declarar lo que supone un 6,5 % menos que el año anterior (siendo todavía una tasa muy alta). En este segundo semestre se han dictado un total de 170 sentencias de las cuales 158 fueron condenatoria y 12 absolutorias lo que supone tan solo un 0,8 % menos de condenas que el año anterior.

BIBLIOGRAFÍA

Memorias, Circulares, Instrucciones y Consultas de la FGE, Conclusiones de Fiscales delegados de Violencia sobre la Mujer y dictámenes del Fiscal de Sala Coordinador de Menores y de Violencia sobre la Mujer (www.fiscal.es)

CARRERA COTADO «*La Violencia de Género entre Menores y Adolescentes de la Ley integral 1/2004 al pacto de Estado: Avances en la lucha contra la violencia de Género y otras formas de Violencia sobre la Mujer*» CEJ, Madrid, 2019

DE BLAS GORORDO, «*Violencia Vicaria. Regulación y Reformas Legales*». CEJ, junio 2022.

FERREIROS MARCOS, «*Procesos de Familia y Menores: Novedades Legislativas y Jurisprudenciales en especial, el derecho de Audiencia*», CEJ, Madrid, marzo, 2022

GARCÍA INGELMO, «*Violencia de género en mujeres menores/mayores de edad por chicos menores. especial referencia a su protección y medidas cautelares*» CEJ, Madrid, mayo, 2019

PERAMATO MARTÍN, «*Protección de las víctimas. Las ineludibles perspectivas de género y de la niñez en la Ley, en su interpretación y aplicación*» CEJ Madrid, abril 2022.