

The logo for CEJFE (Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada) is displayed in a bold, lowercase, red sans-serif font.A red horizontal bar with the text "Ámbito de Ejecución Penal" in white, sans-serif font.

Medidas de protección de los y las menores víctimas de violencia machista: una reforma pendiente en la atención a la víctima

Ayuda a la investigación 2020

Autores

Ana Giménez Costa, Elisabet Cerrato Guri, Ma África Cruz Jiménez, Belén Gallo García, Víctor Merino-Sancho, Neus Oliveras Jané, Laura Román Martín, Núria Torres Rosell, Cristina Villó Travé i Eva Zafra Aparici

Año 2022

Medidas de protección de los y las menores víctimas de violencia machista: una reforma pendiente en la atención a la víctima

Los miembros del equipo son profesoras y profesor de la Universidad Rovira i Virgili:

- Dra. Ana Giménez Costa. Profesora agregada de Derecho civil (Investigadora principal)
- Dra. Elisabet Cerrato Guri. Profesora agregada de Derecho procesal
- D.^a Maria África Cruz Jiménez, Profesora asociada de Derecho Penal
- Dra. Belén Gallo García. Médico forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cataluña y profesora asociada del Departamento de Ciencias Médicas Básicas
- Dr. Víctor Merino-Sancho. Profesor agregado de Filosofía del Derecho
- Dra. Neus Oliveras Jané. Profesora titular de Derecho Constitucional
- Dra. Laura Román Martín. Profesora titular de Derecho Constitucional
- Dra. Núria Torres Rosell. Profesora agregada de Derecho Penal
- Dra. Cristina Villó Travé. Profesora PI-SECTI de Derecho Civil.
- Dra. Eva Zafra Aparici. Profesora agregada de Antropología y Trabajo Social

El Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada ha editado esta investigación respetando el texto original de las autoras, que son responsables de su corrección lingüística.

Las ideas y opiniones expresadas en la investigación son de responsabilidad exclusiva de las autoras, y no se identifican necesariamente con las del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada.

Aviso legal



Esta obra está sujeta a una licencia de [Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 No adaptada de Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es) cuyo texto completo se encuentra disponible en <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

Así pues, se permite la reproducción, la distribución y la comunicación pública del material, siempre que se cite la autoría del material y el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (Departamento de Justicia), y no se haga un uso comercial ni se transforme para generar una obra derivada.

Índice

1. Introducción	1
2. Objetivos	7
3. Marco teórico.....	8
3.1. Marco conceptual y normativo de las violencias machistas	8
3.2. El marco normativo de los derechos de las personas menores y la violencia machista	16
3.3. Marco normativo sobre víctimas y sus derechos. Especial referencia a la revictimización	22
3.3.1. La Directiva 2012/29/UE sobre el Estatuto de la Víctima	22
3.3.2. El Estatuto de la Víctima en España	27
3.3.3. Sobre la victimización secundaria y la discriminación estructural	28
3.3.4. La victimización secundaria por motivos de género y la extensión a los menores	30
3.4. La responsabilidad de los poderes públicos en la protección de las víctimas de violencia de género.....	32
4. Hipótesis	36
5. Metodología	37
5.1. Cronograma.....	38
5.2. Metodología del trabajo de campo	41
6. Resultados.....	45
6.1. ¿Tienen la consideración de víctimas las personas menores?.....	45
6.2. El interés superior de la persona menor: una entelequia	46
6.3. La importancia de una buena asistencia en el momento de la denuncia	48
6.4. Medidas cautelares civiles y penales en la orden de protección	52
6.4.1. Medidas Civiles.....	52
6.4.2. Medidas penales.....	58
6.5. Adopción y prórroga de las medidas civiles en una orden de protección	60
6.5.1. Adopción de las medidas civiles	60
6.5.2. Prórroga: ratificación o modificación de las medidas civiles	62
6.5.3. Modificación de las medidas civiles una vez finalizada la causa penal.....	63
6.6. La privación del ejercicio de la patria potestad por la vía penal.....	63
6.7. El rol de los puntos de encuentro	68
6.8. Prioridad del enjuiciamiento de la violencia puntual en detrimento de la violencia habitual	72
6.9. El rol del Ministerio Fiscal.....	75

6.9.1. Procedimiento de adopción de la orden de protección.....	75
6.9.2. Ausencia del Ministerio Fiscal.....	75
6.9.3. La impotencia cuando la madre abandona el procedimiento, pero hay menores afectados.....	77
6.9.4. Visión crítica de la actuación del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de las personas menores.....	78
6.10. La dispensa del deber de declarar y la figura del Defensor o Defensora Judicial.....	78
6.11. Valoración del riesgo de violencia.....	82
6.12. Conocimiento y coordinación de los servicios.....	86
6.13. Las dificultades en la exploración de las personas menores.....	88
6.14. La revictimización a consecuencia de las medidas de protección de las víctimas.....	92
6.15. La adecuación de los espacios arquitectónicos: una asignatura pendiente.....	93
6.16. Falta de recursos materiales y personales.....	95
6.17. El agresor como padre del menor: rehabilitación y recuperación..	98
6.18. Formación y sensibilización de profesionales en materia de violencia de género.....	100
6.19. El cuidado profesional en la atención a menores.....	102
6.20. Los modelos jurisdiccionales de protección de las víctimas: prevalencia de la jurisdicción penal o civil.....	104
7. Conclusiones.....	107
7.1. Las personas menores, las grandes olvidadas de los procesos por violencia machista.....	108
7.2. La necesidad de insistir en el interés superior del menor.....	109
7.3. La importancia de la asistencia en la denuncia.....	109
7.4. Una revisión de las medidas cautelares civiles y penales de la orden de protección.....	110
7.4.1. Medidas Civiles.....	110
7.5. Adopción y prórroga de las medidas civiles en una orden de protección.....	119
7.5.1. La escasa adopción de medidas civiles ex novo en la orden de protección.....	119
7.5.2. La prórroga o modificación de las medidas civiles corresponde al juez de VIDO durante la vigencia de la causa penal.....	120
7.5.3 La modificación de las medidas civiles una vez finalizada la causa penal es competencia del juez del orden civil.....	122
7.6. La privación de la patria potestad por la vía penal.....	123
7.7. Infrautilización de los puntos de encuentro familiar.....	123
7.8. La priorización del enjuiciamiento de la violencia puntual en detrimento de la posible violencia habitual.....	124
7.9. Es necesaria una mayor intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de violencia de género.....	124

7.9.1. La participación del Ministerio Fiscal en la adopción de una orden de protección: relevante pero improbable.	125
7.9.2. La poca presencia del Ministerio Fiscal en los procesos de VIDO con menores significa pocas medidas civiles por la protección de estos menores.....	126
7.9.3. La intervención del Ministerio Fiscal frente al abandono de la madre del procedimiento con menores afectados.....	126
7.9.4. Es necesaria más participación del Ministerio Fiscal en los procesos de VIDO para garantizar los derechos e intereses de los y las menores	127
7.10. La ineficacia de regular el deber de declarar para el esclarecimiento de los hechos y la importancia del Defensor o Defensora Judicial.....	127
7.11. Valoración del riesgo de violencia.....	128
7.12. Coordinación y trabajo en red entre los servicios de los distintos ámbitos de la intervención.....	129
7.13. La exploración de las personas menores: revictimización y conflicto de intereses.....	129
7.14. La revictimización derivada de las medidas de protección de las víctimas.....	130
7.16. Desequilibrios territoriales y carencia de recursos.....	131
7.17. No hay suficiente intervención en el padre agresor	132
7.18. Acercar los lenguajes de las distintas disciplinas mediante la formación.....	132
7.19. La supervisión: una herramienta para cuidar a las y los profesionales para que puedan cuidar a las víctimas.....	134
7.20. Déficits de la prevalencia del modelo jurisdiccional penal de protección de las víctimas	135
8. Propuestas.....	137
8.1. Los intereses de las víctimas menores tienen un valor prevalente, también durante las exploraciones	137
8.2. Asistencia en el momento de la denuncia	137
8.3. Valoración del maltrato habitual	138
8.4. Vigencia de las medidas civiles de la orden de protección.....	139
8.5. Prohibición de la guarda compartida en casos de violencia machista	139
8.6. La suspensión de la potestad parental en la orden de protección.	140
8.7. Inhabilitación penal para el ejercicio de la potestad parental	140
8.8. Potenciar los puntos de encuentro familiar	141
8.9. La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de violencia machista con menores víctimas.....	141
8.10 La figura del Defensor o Defensora Judicial	142
8.11. Valoración del riesgo de violencia.....	143
8.12 Coordinación de los servicios	143
8.13. Coordinación de los juzgados de VIDO y de la jurisdicción civil..	144
8.14. Formación de profesionales en violencia de género.....	145
8.15. Preparación arquitectónica de los juzgados para evitar la revictimización de menores	146

8.16. Rehabilitación y recuperación del agresor	147
8.17. Dar preferencia a la jurisdicción civil antes de recurrir a la jurisdicción penal	147
8.18. Buenas prácticas.....	148
9. Normativa	150
9.1. Normativa estatal	150
9.2. Normativa internacional.....	150
10. Bibliografía.....	153
11. Anexo: Guión de la entrevista semiestructurada.....	159

1. Introducción

La Ley 27/2003, de 31 de julio¹, introdujo en el ordenamiento jurídico español la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica mediante la adición del art. 544 ter a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Esta modificación daba respuesta a la demanda europea de arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos, bien articulados técnicamente, que permitieran a la víctima obtener un estatuto integral de protección, mediante un procedimiento judicial sencillo y rápido.

Posteriormente, para articular esta necesaria protección integral a las víctimas de violencia machista, la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOMPIVG)², mediante el nuevo art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)³ creó los Juzgados de violencia sobre la mujer (VIDO). De entre las competencias de estos juzgados destaca la adopción de las correspondientes órdenes de protección (ex art. 544 ter de la LECrim), lo que supone, como principal novedad, que un mismo juzgado (VIDO) puede dictar en una única resolución medidas penales, civiles y asistenciales.

Así, un VIDO puede adoptar en la orden de protección medidas civiles sobre algunas de las materias que determina el art. 544 ter.7.1.^a de la LECrim, tales como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, el régimen de guarda y custodia, visitas y comunicación con los y las menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier otra disposición que se considere oportuna para alejar a los y las menores de un peligro o evitarles un perjuicio.

Ahora bien, una mayor eficacia de la orden de protección también depende, en gran medida, de la coordinación de todo el mundo que, de una forma u otra, despliegue sus esfuerzos para amparar los derechos e intereses legítimos de unos y unas menores víctimas que se encuentren en una situación de especial

¹Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

²Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

³Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

vulnerabilidad. En esta línea se inscribe el Protocolo general para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica⁴, aprobado por la Comisión de Seguimiento, que destaca la relevancia de la coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil.

A pesar de la loable voluntad del legislador de ofrecer la máxima cobertura a las víctimas de violencia machista, es evidente la existencia de una situación de vulnerabilidad de estas víctimas, como lo evidencian, entre otras, las siguientes circunstancias fácticas y legales.

En primer lugar, llaman la atención los datos más recientes del informe publicado por *el Observatorio contra la violencia doméstica y de género*, del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), del cuarto trimestre de 2020, que muestran un número extremadamente reducido de órdenes de protección adoptadas en Cataluña con relación al número total de órdenes incoadas en el resto del estado español. Así, de un total de 1063 órdenes incoadas, tan solo 498 han sido adoptadas, lo que supone una tasa de denegación de un 53 %, dependiendo del partido judicial y, en cualquier caso, sitúa a Cataluña como el lugar donde menos órdenes de protección se adoptan⁵. Además, estos datos confirman una tendencia, ya que supone un 28,2 % menos de órdenes de protección adoptadas en relación con los datos de hace un año (4.º trimestre 2019)⁶.

Además, es especialmente relevante para el objeto de este estudio que 765 menores quedaron en situación de orfandad por el asesinato de sus madres por

⁴Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica (s.d.) *Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica*
https://dones.gencat.cat/web/.content/03_ambits/docs/vm_protocol_coordinacio_ordres_jurisdiccionals.pdf . Fecha de consulta 13.12.2021.

⁵ Observatorio contra la violencia doméstica y de género (2020). *La violencia contra la mujer en la estadística judicial: Cuarto trimestre de 2020* . Consejo General del Poder Judicial
<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--Cuarto-trimestre-de-2020> . Fecha de consulta 20.2.2021.

⁶ Observatorio contra la violencia doméstica y de género (2019). *La violencia contra la mujer en la estadística judicial: Cuarto trimestre de 2019* . Consejo General del Poder Judicial
<https://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--Cuarto-trimestre-de-2019> . Fecha de consulta 20.3.2020.

violencia machista, en el período del 1 de enero de 2003 al 20 de abril de 2019, como ha puesto de manifiesto "el informe sobre los 1000 primeros casos de víctimas mortales por violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja", publicado por el *Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, elaborado por el CGPJ. Casi la mitad de las mujeres asesinadas tenía hijos o hijas menores de edad (un 49 %). Sin olvidar que en la mayoría de casos, aunque el episodio de violencia no haya terminado con la muerte de la mujer, los y las menores son también víctimas de violencia machista⁷.

Destaca también la baja proporción de las medidas cautelares civiles respecto a las medidas penales en las órdenes de protección dictadas; a modo de ejemplo, mientras que como medidas penales se adoptan un 72,89 % de órdenes de alejamiento y un 73,77 % de prohibición de comunicación, en cuanto a las medidas civiles, solo se adoptan un 2,57 % de suspensión del régimen de visitas o un 0,51 % de suspensión de la potestad parental⁸, lo que se confirma como una tendencia en los últimos años. Por tanto, el resultado evidente es que la finalidad que se perseguía con la orden de protección de unificar en una misma resolución judicial medidas penales y civiles no se está alcanzando en la práctica, y esta circunstancia supone un importante perjuicio especialmente para los y las menores, principales beneficiarios de las medidas civiles.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la convivencia entre medidas de naturaleza penal y civil puede ser conflictiva. Esto se debe al tratamiento de las medidas civiles, que pueden ser dictadas tanto por un juzgado civil en un proceso de familia como por el propio VIDO, por su *vis atractiva* de los asuntos propios

⁷Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (2020). *Informe sobre los 1000 primeros casos de víctimas mortales por violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja*. Consejo General del Poder Judicial

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Informe-sobre-los-1000-primeros-casos-de-victimas-mortales-por-violencia-de-genero-en-el-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja--Mayo-2020>

⁸ Observatorio contra la violencia doméstica y de género (2020). *La violencia contra la mujer en la estadística judicial: Cuarto trimestre de 2020*. Consejo General del Poder Judicial

<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--Cuarto-trimestre-de-2020>. Fecha de consulta 20.2.2021.

del orden civil cuando se ha producido un episodio de violencia machista. En la práctica, esta dualidad puede comportar solapamientos, contradicciones o vacíos —legales y *de facto*— que generan una clara desprotección hacia la mujer y, especialmente, de los menores, víctimas especialmente vulnerables.

Además, la actual regulación legal puede suponer una peregrinación de las víctimas entre varios juzgados y jurisdicciones —civil y penal— en función del momento en que se produce el episodio de violencia machista o en el que las autoridades tienen conocimiento del mismo. Así, se pueden producir tres situaciones temporales distintas dependiendo de si el proceso de familia ha comenzado antes, durante o incluso una vez finalizado el proceso penal. La primera situación se producirá cuando el Juzgado de Primera Instancia tenga noticia de un acto de violencia machista del que ya conoce el VIDO. La segunda tendrá lugar cuando quien tenga noticia del acto de violencia sea el juzgado de familia sin que aún tenga conocimiento del mismo el VIDO. Y, la tercera y última situación se da cuando el VIDO tiene noticia del proceso civil que se está sustanciando a la vez que conoce de la causa penal.

Si bien es cierto que la ley debía determinar unas reglas de competencia por la *vis atractiva* de los VIDO, en la práctica se producen dos graves perjuicios. Por un lado, se sitúa a la víctima en una situación de revictimización que la hace aún más vulnerable, en lugar de protegerla y evitarle la reiteración de comparecencias, declaraciones, interrogatorios y, en especial, el encuentro con su agresor. Por otro lado, surge el riesgo de romper la continencia de la causa frente a la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios respecto a un mismo conflicto.

Al margen de lo anterior, la situación de la víctima puede verse agravada por las posibles interferencias entre los pronunciamientos dictados por el VIDO y los dictados por el juzgado de familia. Esta descoordinación se pone de manifiesto, entre otros, en los siguientes supuestos.

Por un lado, se da con la atribución del uso de la vivienda familiar a las víctimas; a las mujeres —en tanto que interés más digno de protección— y a los y las menores —teniendo en cuenta el interés superior de la persona menor y la

preferencia en la atribución del uso del domicilio familiar al progenitor que tiene la guarda—, que puede comportar su localización por parte del agresor, y que no prevé otras posibilidades de uso y disfrute de la vivienda que permitirían a las víctimas beneficiarse de ella sin necesidad de residir en la misma.

Algo similar sucede cuando, dictada una orden de alejamiento a favor de la víctima por un VIDO, esta es infringida por el agresor, precisamente, en cumplimiento de un régimen de visitas establecido por un juzgado de familia en favor del padre —condenado por agresión machista— y los hijos o hijas que conviven con la madre víctima. En este caso, si bien la ley prevé las medidas oportunas para que esto no suceda, la descoordinación temporal en el momento de dictarlas y la falta de vías de comunicación entre las jurisdicciones implicadas puede dar lugar a la situación descrita de desamparo, tanto de la madre como de los hijos e hijas de las víctimas.

La descoordinación se detecta de nuevo cuando, conforme al principio del interés superior de la persona menor, el VIDO suspende al padre agresor de la guarda y custodia de los y de las menores en la orden de protección, donde está prevista como una de las medidas civiles que pueden adoptarse, en caso de que el o la menor haya sido víctima de la violencia machista. La suspensión de la potestad parental en la orden de protección, como medida cautelar que es, debe ser ratificada en la jurisdicción civil en el plazo de 60 días como máximo (art. 544.ter.7.3.^a de la LECrim), pero en la práctica, la lentitud de la Administración de Justicia hace que dentro de este período el juzgado de familia ni siquiera haya llegado a conocer la causa. Esta situación puede comportar que el padre mantenga contacto directo con sus hijos e hijas a través de un régimen de comunicación y visitas que incluso puede tener lugar sin la presencia de terceras personas, lo que puede situar a los y las menores en una clara situación de riesgo. Desgraciadamente, que la medida civil de privación del ejercicio de la responsabilidad parental haya caducado puede comportar que, en algunos casos, el agresor decida dañar a las y los menores para continuar ejerciendo actos de violencia machista hacia la madre, lo que se conoce como violencia vicaria.

Por otra parte, en el orden penal también pueden adoptarse medidas con un contenido similar, como la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o bien la pena de privación de la patria potestad, que implica la pérdida de la titularidad. Asimismo, es también probable que la condena del penado por violencia machista implique la imposición de penas accesorias como la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima.

Todas estas medidas judiciales deberían ir acompañadas de unas medidas de carácter asistencial, especialmente relevantes en la atención a las víctimas menores dadas sus necesidades emocionales, educativas, afectivas y sociales, entre otras. El problema de estas medidas no se encuentra en su previsión formal sino en su traslado a la aplicabilidad práctica, lo que sitúa de nuevo a los y las menores en un escenario de doble victimización.

En definitiva, la diversidad de medidas previstas por el legislador en el orden civil y penal, lejos de garantizar una correcta protección de la víctima de violencia machista, y en especial, de los y las víctimas menores, genera importantes problemas de coordinación en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de ambos órdenes, tal y como desgraciadamente se evidencia en algunos casos de los que los medios de comunicación se han hecho eco⁹.

Aparte de valorar si los recursos de que se dispone son o no son suficientes y si la implementación de las medidas previstas avanza al ritmo deseable, lo cierto es que la regulación legal no siempre contempla los instrumentos más adecuados para dar respuesta a la situación de atención que necesitan las víctimas y, en especial, a la especial vulnerabilidad de los y las menores. Cabe añadir que, además, la realidad práctica muestra que se generan dinámicas de descoordinación que acaban por empeorar la situación.

⁹ Borraz, M., Sánchez, R., y Figueroa, H. (2018, 14 octubre). Cataluña concentra el mayor rechazo de ordenes de protección por violencia machista: más del 70 % en algunos juzgados. *ElDiario.es*. https://www.eldiario.es/sociedad/partidos-judiciales-espana-proteccion-violencia_1_1897722.html

2. Objetivos

Una vez contextualizada la situación actual de las personas menores como víctimas de violencia machista, nuestros objetivos son:

A) Detección y análisis de los puntos débiles:

1. Analizar las medidas civiles, penales y asistenciales concretas que pueden adoptarse de acuerdo con la regulación legal actual y su interrelación.
2. Visibilizar las carencias y necesidades que los operadores jurídicos y profesionales han detectado en su ejercicio.
3. Identificar los solapamientos, contradicciones y/o vacíos legales que genera la aplicación de la legislación múltiple, diferente y multinivel relativa a la protección, así como las situaciones de desprotección que afectan a las víctimas y, especialmente a los menores, en la realidad práctica.

B) Propuestas de mejora:

4. Proponer criterios respecto a cómo se deben adoptar las medidas civiles, penales y asistenciales para mejorar la protección de los y las menores.
5. Señalar herramientas de coordinación en la ejecución de las medidas de protección con el fin de posibilitar que la distribución competencial entre jurisdicciones no suponga una deficiente atención a la víctima.
6. Ofrecer un conjunto de buenas prácticas para el amparo de los y las menores víctimas de violencia machista (más allá de la ejecución de las medidas), y garantizar su protección en su doble vertiente de víctimas y de personas menores, respeto de las cuales el ordenamiento jurídico debe velar en cumplimiento de su interés superior.

3. Marco teórico

3.1. Marco conceptual y normativo de las violencias machistas

El análisis de la violencia contra las mujeres por razón de género plantea varios retos, siendo uno de los primeros, justamente, la necesidad de definir su marco conceptual. La violencia contra las mujeres es un fenómeno complejo, en la medida en que la comisión de un acto violento puede explicarse a partir de diversas causas y es una realidad con diversas dimensiones. Por ello, diferentes modelos teóricos intentan explicar la naturaleza y los caracteres de esta forma específica de violencia, unos modelos o marcos explicativos que provienen también de diversas fuentes, como por ejemplo del pensamiento feminista, del ámbito de la salud pública, de la criminología, la sociología o la psicología, entre otros. Estos marcos explicativos encontrarán su traducción en la legislación, de modo que el Derecho genera un marco normativo que opta por un determinado modelo y por un determinado concepto de la violencia contra las mujeres, con unas consecuencias prácticas decisivas: de esta definición dependerá la inclusión o no de determinados actos en la categoría de violencia contra las mujeres. Esto explica también que en el mundo del Derecho esta violencia haya tenido y tenga diversas denominaciones, como violencia doméstica, violencia intrafamiliar, violencia de género, violencia contra las mujeres, violencia machista, y, por tanto, lo primero es analizar los rasgos específicos que definen la violencia contra las mujeres.

Podemos situar el inicio de las primeras categorías explicativas de la violencia contra las mujeres en el rechazo a los discursos que, desde un punto de vista biológico, aceptaban la existencia de una pretendida jerarquía natural entre los sexos; en su lugar, se adopta la construcción del género, que considera que la diferencia entre los sexos es una cuestión política, y por tanto, de relaciones de poder injustas y estructuras sociales y jurídicas discriminatorias. Por tanto, la violencia de género es la manifestación o expresión de esta discriminación estructural, que tiene su origen en unas relaciones de dominación y subordinación entre mujeres y hombres.

De acuerdo con estas premisas, en la medida en que estamos hablando de un carácter estructural o sistémico de la violencia, los actos individuales de violencia no son solo un conflicto interpersonal y no solo lesionan derechos fundamentales concretos de las mujeres, como la igualdad, su integridad física y moral, el derecho a la seguridad y la libertad, entre otros, sino que también tienen una dimensión y unos efectos sociales, estructurales, y por tanto, políticos (Añón, 2016, Amorós, 2008). Sin embargo, esta dimensión estructural y política del género resulta difícil de asumir, de traducir a una perspectiva jurídica, generando problemas de interpretación y aplicación (Añón, 2016), como veremos a continuación en el análisis de la normativa. Así, el Derecho, y en especial el Derecho penal, codifica los actos de violencia contra las mujeres como actos individuales, en los que es necesario identificar y definir una conducta concreta de un agresor, a quien hay que perseguir, contra una víctima, a quien es necesario proteger, en un enfoque individualista que tiene su origen lejano en los inicios del Estado liberal y en su configuración del sujeto de derecho como sujeto autónomo e independiente (Bodelón, 1998). Sin embargo, lo que caracteriza a este tipo de violencia no es tanto el sexo del agresor o de la víctima, o el contexto en el que se desarrolla esta violencia, sino que los actos concretos de violencia tienen un contenido común que permite englobarlos dentro de una categoría general, que es la de las relaciones de género (Merino, 2020, p. 28).

Históricamente, el ordenamiento jurídico, en lugar de garantizar los derechos de las mujeres, las ha considerado personas sin capacidad y sujetas a tutela. En cuanto a la violencia contra las mujeres, las primeras manifestaciones en ser perseguidas fueron las violencias sexuales, aunque, inicialmente, el Derecho Penal normativizaba un determinado modelo de sexualidad femenina que no respondía a la protección de los derechos de las mujeres sino a dar respuesta al daño causado al honor del hombre (Bodelón, 1998). En España, las reformas penales sustituyeron la expresión "honestidad" por la de "libertad sexual" en 1989, y dada la naciente preocupación por la violencia contra las mujeres, se introdujo un nuevo tipo delictivo, los malos tratos físicos habituales en las relaciones familiares; así, un delito que inicialmente debía dar respuesta a los actos de violencia de género se criminalizó como violencia doméstica, que protegía no solo la vida o la integridad física de las personas, sino esencialmente

la paz y el orden familiar, la normal convivencia de los miembros del grupo familiar. La violencia doméstica encuentra su razón de ser, pues, en las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar y puede afectar tanto a hombres como a mujeres, y su criterio de identificación es el ámbito o el espacio donde tienen lugar los actos violentos, a diferencia de la violencia de género, que nace de la discriminación estructural del sexo femenino y por eso sus víctimas son siempre las mujeres.

Se ha señalado que, sin embargo, el concepto de "violencia doméstica" constituyó un avance destacable en su momento, ya que, por un lado, hizo visible una realidad hasta entonces oculta, y, por otro, supuso relacionar dos realidades que se encontraban separadas en el discurso social: la violencia y el espacio doméstico (Toledo y Pineda, 2016, p.17). En este sentido, se dice que la criminalización fue y es una forma de materializar la existencia del problema, de poder identificarlo, aprovechando el potencial simbólico del Derecho Penal, pero no es su solución, en la medida en que la violencia requiere un tratamiento que va más allá del ámbito jurídico (Bodelón, 1998, p.190-198).

El punto de inflexión en el tratamiento jurídico penal de los malos tratos del hombre contra la mujer lo marca la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que acoge la noción de violencia de género en su título y declara en la exposición de motivos que es la premisa de toda la ley. Poco antes, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección, aunque en su título se refiere todavía a las víctimas de violencia doméstica, en su exposición de motivos empezaba ya a distinguir entre la violencia ejercida en el entorno familiar y la violencia de género, y admitía que estas formas de violencia trascienden el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la sociedad.

La citada LO 1/2004 se elaboró teniendo presentes declaraciones internacionales, incluidas las recomendaciones de la Unión Europea y del Consejo de Europa, y en la exposición de motivos caracteriza la violencia de género como "el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad" y de una violencia "que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo"; recurre también a la definición aceptada por la Organización de

Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 (Beijing)¹⁰, que la considera una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; y, finalmente, afirma que no es un problema que afecte solo al ámbito privado. En suma, hace hincapié en el carácter estructural de la violencia contra la mujer.

A pesar de todas estas declaraciones, el artículo 1 de la LO 1/2004 reduce el ámbito de la violencia de género a las relaciones de pareja, puesto que su objeto consiste en "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 estas por parte de quienes son o hayan sido sus cónyuges o de quienes están o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, incluso sin convivencia". Por tanto, aunque la ley establece una serie de medidas que van más allá del aspecto punitivo y que inciden en la transformación de los valores de la sociedad y en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, la definición legal de la ley sigue vinculando violencia de género con violencia doméstica, o violencia familiar dirigida contra las mujeres por su pareja o expareja.

Esta restricción del ámbito de la violencia de género de la Ley Integral es especialmente destacable por el hecho de que, en el ámbito internacional, como recoge la propia exposición de motivos de la LO 1/2004, en el momento de la redacción de esta norma ya existía un corpus de textos internacionales que proporcionaban una definición de la violencia basada en el género que parte de un enfoque de derechos humanos. Cabe destacar la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1993¹¹, que en su artículo 1 establece que se entiende por

¹⁰Declaración de Beijing. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995), organizada por la ONU (A/CONF.177/20/Rev.1). Fruto de esta Conferencia es la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing de 1995, adoptada de forma unánime por 189 países, que establece una serie de objetivos estratégicos y de medidas para el progreso de las mujeres y para alcanzar la igualdad de género en 12 ámbitos de especial preocupación. Disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> Fecha de consulta: 13.12.2021

¹¹Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer: Resolución de la Asamblea General 48/104 de 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/104. Esta resolución se considera como un complemento de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (conocido como

“violencia contra la mujer” todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de estos actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. El artículo 2 enumera algunos de los actos en los que se concreta esta violencia, que separa en la violencia física, psíquica o sexual en tres ámbitos distintos: en la familia, en la comunidad y la perpetrada o tolerada por el Estado. La adición de una tipología de actos en la categoría general de la definición es una técnica legislativa, también empleada en el ámbito de la legislación interna, que dota de mayor seguridad jurídica a la definición principal y que permite dotar de protección a una gama más amplia de actos, que de otro modo podrían parecer inconexos y, sin embargo, tienen una raíz común (Merino, 2020, p. 29). Por un lado, pone de manifiesto que se trata de una violencia multidimensional, pero, por otro, hay que tener presente que las distinciones que realiza la Declaración entre los distintos tipos de violencia, en este caso la física, psíquica y sexual, pero a las que se pueden añadir otras como la económica, la institucional, etc., responden a un discurso jurídico o médico, que en la práctica son difícilmente separables, ya que pueden darse al mismo tiempo (Toledo y Pineda, 2016, p. 17). Por lo que respecta al tercer ámbito, es decir, el de la violencia perpetrada o tolerada por el Estado, la norma enfatiza la responsabilidad que tiene el Estado en la erradicación de estas violencias, a partir de una serie de recomendaciones y de obligaciones que debe cumplir.

Una misma aproximación a la definición de la violencia de género se encuentra en la Recomendación núm. 19 del Comité de la Convención para la eliminación de toda discriminación contra la mujer¹², cuando afirma que “la violencia contra

CEDAW por sus siglas en inglés), un tratado internacional adoptado en 1979 también por la Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286> Fecha de consulta: 12.12.2021.

¹² Organización Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), Recomendación General núm. 19: La violencia contra la mujer. CEDAW, 29 enero 1992, disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> Fecha de consulta: 12.12.2021.

la mujer por motivos de género es la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que le afecta de forma desproporcionada”.

De este corpus normativo internacional, que, como hemos visto, es adoptado por la normativa interna, se desprenden una serie de consecuencias en cuanto a la conceptualización de la violencia de género. El punto de partida es que la violencia contra la mujer es un atentado contra los derechos humanos y que no se trata de una violencia biológica, sino basada en el género; asimismo, tal y como se desprende de la Recomendación General núm. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, existe un vínculo entre la discriminación estructural de la mujer y la violencia de género; también se pone de manifiesto que la violencia contra la mujer es una categoría única que engloba varios actos; y, finalmente, se pone de manifiesto también cómo la violencia de género tiene un impacto en el ejercicio de los derechos humanos, pero también en los derechos de ciudadanía, es decir, impide la participación efectiva y de pleno derecho de las mujeres en sus comunidades políticas. Todo ello para reforzar la idea de la violencia de género como un *continuum* (Añón, 2016), que destaca el sustrato común y estructural dentro de la diversidad de actos en los que se manifiesta.

En la misma línea, pero en el ámbito regional del Consejo de Europa, se encuentra el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011, conocido como Convenio de Estambul¹³, que se aplica a todas las formas de violencia contra las mujeres, con la particularidad de que es el primer documento internacional de carácter vinculante sobre esta materia, y que en su artículo 3 ofrece definiciones tanto de lo que se entiende por "violencia contra las mujeres", como del "género" como de la "violencia contra las mujeres por razón de género". En cuanto a la primera, la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, designando todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres

¹³El Convenio núm. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul, se celebró el 11 de mayo de 2011; España ratificó el Convenio el 11 de abril de 2014 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014) y entró en vigor de forma general y también por España el 14 de agosto de 2014. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543> Fecha de consulta:12.12.2021.

daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar estos actos, la coacción o privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada; y, por "violencia contra las mujeres por razones de género" se entiende cualquier violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de forma desproporcionada.

En el marco del Estatuto de Autonomía de 2006, la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista¹⁴, con la modificación efectuada por la Ley 17/2020, de 22 de diciembre¹⁵, parte de la centralidad de los derechos de las mujeres y sus necesidades, y recoge e incorpora todos los avances de la normativa internacional, que enumera prolijamente en su extensa exposición de motivos. En esta línea, proclama que la ley parte de la premisa de que los derechos de las mujeres son derechos humanos, y que "La violencia machista es una grave vulneración de estos derechos y un impedimento para que las mujeres puedan alcanzar la plena ciudadanía, autonomía y libertad". Asimismo, dedica un párrafo a explicar los motivos por los que, de entre las diferentes formas de denominar la violencia contra las mujeres, la ley opta por la terminología de violencia machista y el contenido que se da a este concepto, que es el que da nombre a la propia ley: "Las violencias ejercidas contra las mujeres han sido designadas con diferentes términos: violencia sexista, violencia patriarcal, violencia viril o violencia de género, entre otros. En todos los casos la terminología indica que se trata de un fenómeno con características distintas a otras formas de violencia. Es una violencia que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo, en el marco de unas relaciones de poder desiguales entre mujeres y hombres". La ley reconoce el carácter específico y diferenciado de esta violencia y utiliza la expresión violencia machista "porque el machismo es el concepto que de forma más general define las conductas de dominio, control y abuso de poder de los hombres sobre las mujeres y que, al mismo tiempo, ha impuesto un modelo de masculinidad que todavía es valorado por una parte de la sociedad como superior". Por tanto, incide en el elemento estructural, social, de esta violencia, y lo pone en relación con los derechos de las mujeres, ya que

¹⁴Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, DOGC núm. 5123, de fecha 2/5/2008, y corrección de erratas en el DOGC núm. 5424 de fecha 20/07/2009.

¹⁵Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista; DOGC núm. 8303, de fecha 24/12/2020.

“no solo destruye vidas, sino que impide el desarrollo de los derechos, la igualdad de oportunidades y las libertades de las mujeres”. Por último, indica cuál debe ser la respuesta del Derecho: “Por eso el derecho no puede tratar ese problema social desde una perspectiva falsamente neutral, sino que los instrumentos legales deben reconocer esta realidad para eliminar la desigualdad social que genera. Para conseguir la igualdad material y no provocar una doble discriminación, debe partirse de las desigualdades sociales existentes”. El carácter estructural de la violencia contra las mujeres es, pues, patente en la exposición de motivos de la ley, que se aleja diametralmente de la antigua concepción como una violencia interpersonal, y que, por tanto, busca la solución a partir del reconocimiento social y jurídico de las mujeres, de sus derechos y necesidades.

Este enfoque se refleja en el artículo 1 de la Ley 5/2008, cuando indica que su objeto consiste en “la erradicación de la violencia machista y la remoción de las estructuras sociales y de los estereotipos culturales que la perpetúan, con el fin de que se reconozca y garantice plenamente el derecho inalienable de todas las mujeres a desarrollar la propia vida sin ninguna de las formas y de los ámbitos en los que esta violencia se puede manifestar”, y, en consonancia con todo lo dicho, en el artículo 3 define la violencia machista como “la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y de la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o un sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado”. La norma reconoce que puede manifestarse de diferentes formas y en una variedad de ámbitos diferentes, y así, en este afán de mostrar su carácter multidimensional y ubicuo, el artículo 4 incluye hasta ocho formas de violencia machista, que a su vez vienen detalladas con actos concretos, y que son la violencia física, la violencia psicológica, la violencia sexual, la violencia obstétrica y vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, la violencia económica, la violencia digital, la violencia de segundo orden y la violencia vicaria, referida, esta última a la ejercida contra los hijos e hijas con el fin de provocar daño psicológico a la madre; por su parte, el artículo

5 enumera los ámbitos donde se puede manifestar la violencia machista, que son la violencia en el ámbito de la pareja, la violencia en el ámbito familiar, la violencia en el ámbito laboral, la violencia en el ámbito social o comunitario, la violencia en el ámbito digital, la violencia en el ámbito institucional, la violencia en el ámbito de la vida política y la esfera pública de las mujeres y la violencia en el ámbito educativo. De entre estos ámbitos, que también se despliegan en nuevos ámbitos y actos de violencia, destaca, por un lado, la inclusión de la violencia institucional, y por otro, el reconocimiento normativo de la noción de feminicidio, que describe como los asesinatos y homicidios de las mujeres por razón de género, las inducciones al suicidio y los suicidios como consecuencia de la presión y violencia ejercida hacia la mujer, y que sitúa en el ámbito de las violencias sociales o comunitarias.

En suma, vemos, pues, cómo las violencias contra la mujer afloraron en el ordenamiento jurídico en forma de violencia interpersonal, en el contexto familiar y en el ámbito de la pareja, y cómo su marco ha ido evolucionando hacia una violencia de género, que asume el carácter estructural y de discriminación social de las relaciones entre los sexos, hasta un enfoque basado más en los derechos humanos, donde el discurso se centra, por tanto, en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y sus necesidades. Sin embargo, y pese a los esfuerzos de traducción jurídica de esta fundamentación de la violencia contra las mujeres, el Derecho penal sigue todavía escorado hacia una concepción en la que prima su función de persecución del delito, y donde los derechos de las víctimas quedan en un segundo término, lo que pone en cuestión su eficacia en cuanto a esta problemática.

3.2. El marco normativo de los derechos de las personas menores y la violencia machista

El punto de partida para establecer el marco jurídico de los derechos de las personas menores se encuentra en la normativa internacional, en concreto, en la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de

Naciones Unidas en 1989 y ratificada por España en 1990¹⁶, puesto que se trata del primer tratado internacional vinculante que fija las obligaciones de los estados en relación con la protección de niños y niñas; asimismo, es necesario tener presentes las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, y, en particular, en relación con este estudio, la núm. 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado¹⁷, la núm. 13, de 2011, sobre el derecho de los niños a no ser objeto de ninguna forma de violencia¹⁸, y la núm. 14, de 2014, sobre la consideración primordial que debe recibir el interés superior de los niños¹⁹.

El Convenio define a los niños en su artículo 1 como todo ser humano menor de 18 años, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad conforme a la ley que le sea de aplicación, y se les considera sujetos de derechos. La responsabilidad de su protección, de velar por su bienestar se atribuye no solo a los progenitores y familiares de los niños, sino también a los estados, incluso por encima de dichos progenitores, tutores legales y familiares, aunque también se establece la obligación de respetar los derechos y deberes de estos (artículo 5).

El catálogo de derechos que se reconocen a las personas menores se articulan en torno al principio referencial del interés superior de la persona menor de edad que, tal y como establece el artículo 3, deberá ser considerado de forma preferente en todas las decisiones que le afecten. El interés superior de la persona menor tiene un triple significado: (a) por un lado, es un derecho sustantivo de aplicación directo, y por tanto, debe ser una consideración primordial que debe tenerse en cuenta al valorar los diversos intereses en conflicto cuando sea necesario tomar una decisión tanto en el ámbito público

¹⁶ Organización Naciones Unidas, Asamblea General, Convención de los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

¹⁷ Organización Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general núm. 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado, 20 julio 2009, CRC/C/GC/12. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>, Fecha de consulta: 12.12.2021

¹⁸ Organización Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general núm. 13 (2011): Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 abril de 2011, CRC/C/GC/13, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4e6da4d32.html> Fecha de consulta: 12.12.2021.

¹⁹ Organización Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 mayo de 2013, CRC/C/GC/14, disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html> Fecha de consulta: 12.12. 2021.

como privado, que puede invocarse ante los tribunales; (b) es también un principio hermenéutico, en el sentido de que si existe una disposición jurídica que admite más de una interpretación, se deberá optar por la que satisfaga de forma más efectiva el interés superior de la persona menor; y (c), es una norma de procedimiento, lo que significa que en el proceso de tomar una decisión que afecte a una persona menor, se tendrán que valorar las consecuencias positivas y negativas de esta decisión y esta valoración debe ser explícita y fundamentada, es decir, es necesario demostrar que efectivamente se ha hecho.

A pesar de la importancia fundamental de este principio, el problema es que es un principio complejo, cuyo contenido debe concretarse caso por caso, en función de las circunstancias específicas de cada niño, y que es necesario ajustar y definir de forma individual, atendiendo al contexto, la situación y las necesidades personales de los y las menores. Es decir, el interés superior de la persona menor es flexible y adaptable, lo que significa que, como indica la Observación general núm. 14 de 2013 del Comité sobre los Derechos del Niño, puede dejar margen a las manipulaciones, por ejemplo, de los progenitores para defender sus intereses propios en las disputas por la custodia, o de profesionales que consideran que la evaluación del interés superior de la persona menores es irrelevante o sin importancia. Al contrario, como esta misma Observación indica, el interés superior de la persona menor debe tener una consideración primordial, lo que significa que no puede estar al mismo nivel que las demás.

En la Observación General núm. 13, el Comité ya había señalado que lo que a juicio de una persona adulta es el interés superior de la persona menor no puede prevalecer sobre la obligación de respetar los derechos de los niños enunciados en la Convención, y que no hay una jerarquía de derechos, sino que responden todos al interés superior del niño.

Por lo que respecta al derecho a ser oído del artículo 19, es uno de los otros cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y el ya mencionado de la consideración primordial del interés superior del niño, lo que significa que este artículo no solo reconoce un derecho, sino también un criterio hermenéutico para todos los demás derechos. En tanto que derecho, se refiere a la condición

jurídica y social del niño, que, por un lado, no tiene la plena autonomía de la persona adulta pero que, por otro, es sujeto de derechos, garantizando a los niños el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, en función de su edad y madurez. En cuanto al derecho a no ser objeto de ningún tipo de violencia recogido en el artículo 19, se reitera especialmente la necesidad de atender su interés superior cuando sea una víctima y en todas las medidas de prevención, reconociéndose que la mayor parte de los actos de violencia tienen lugar en el ámbito familiar, una circunstancia que debe tenerse presente a la hora de adoptar medidas de intervención.

Aún en el marco de la normativa internacional, pero en el ámbito regional del Consejo de Europa, el Convenio sobre la prevención y la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) incorpora por primera vez en Europa normas jurídicamente vinculantes para prevenir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, proteger a las víctimas y sancionar a los agresores y cubre, de este modo, una laguna en la protección internacional de los derechos de las mujeres. En concreto, en lo que concierne a las personas menores, el Convenio reconoce la obligación de los estados de prestar a las mujeres y a sus hijos e hijas unos servicios de apoyo especializados (art. 22.2) así como la creación de refugios o alojamientos seguros y apropiados en número suficiente (artículo 23). De forma particular, el artículo 26 obliga a los estados a tomar en consideración los derechos y necesidades de las personas menores expuestas a la violencia contra las mujeres, a la hora de tomar medidas de soporte y apoyo a las víctimas, con especial atención a la edad de estos y estas menores y con el respeto debido a su interés superior, mientras que el artículo 31 hace responsable también a los estados de tomar las medidas necesarias para garantizar que, en el momento de la determinación de los derechos de custodia y visita relativos a los hijos e hijas, se tengan en cuenta los incidentes de violencia que han sucedido, y les hace responsables también de garantizar que estos derechos no comprometan los derechos de los niños y niñas y su seguridad.

En el contexto del ordenamiento interno, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor sirvió para incorporar la citada Convención de los Derechos del Niño y otros tratados internacionales ratificados por España en

esta materia, y para reformar el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tiene como principal eje la protección del interés superior de la persona menor. La Ley reconoce una serie de derechos a la persona menor de edad, entre los que destaca el derecho a ser oída y escuchada, y determina que es responsabilidad de la administración pública la protección contra toda forma de violencia de la persona menor, donde se incluye la violencia de género. También se refiere la Ley a la violencia de género cuando establece que los poderes públicos deben procurar garantizar que las personas menores, con independencia de su edad, que estén bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, permanezcan con ella, así como garantizar su protección, atención especializada y recuperación (art. 12.3).

Esta Ley fue reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, que incorporó los criterios de la Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el interés superior de la persona menor, dotándole de un triple contenido: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento. La determinación del interés superior de la persona menor en cada caso debe basarse en las circunstancias concretas, pero también en una serie de criterios reconocidos por el legislador que deben tenerse en cuenta y deben ponderarse en función de varios elementos.

La Ley Orgánica 8/2015 también introdujo modificaciones sustanciales en cuanto a las personas menores en la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, la más importante de las cuales fue la consideración de las y los menores como víctimas de la violencia de género y no solo testigos de esa violencia; más explícitamente, el artículo 1 habla de hijos e hijas y menores sujetos a guarda y custodia de estas mujeres víctimas. Se dota así de contenido normativo a la declaración de la exposición de motivos de la ley, en el sentido de que “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”, y, de esta forma, las medidas asistenciales y de protección jurídica se extienden también a este colectivo de

menores. La modificación del artículo 1 comportó también la de los artículos 61, 65 y 66, en relación con las medidas cautelares, con la suspensión de la patria potestad o custodia de menores y con la regulación del régimen de visitas.

Aún en el ámbito de la normativa estatal, y como prueba de la preocupación que despierta la situación de las personas menores, es necesario hacer constar la reciente aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, que establece un estatuto de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia desde una perspectiva integral, y que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico interno los compromisos internacionales asumidos por el estado español en cuanto a la protección integral de las personas menores de edad²⁰.

En el ámbito de Cataluña, la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, ha incluido como novedad destacable en la Ley 5/2008 del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista la violencia vicaria dentro del listado de las formas de violencia del artículo 4, que describe como aquella violencia ejercida contra los hijos e hijas con el fin de provocar daño psicológico a la madre, y añade un tercer apartado, donde se especifica que también tienen la consideración de violencia contra la mujer las diversas formas de violencia machista cuando se ejerzan con la amenaza o la causación de violencia física o psicológica contra su entorno afectivo, especialmente contra los hijos e hijas u otros familiares, con la voluntad de afligir a la mujer. Asimismo, en su artículo 7, dedicado a los principios orientadores de las intervenciones de los poderes públicos, se establece como criterio que el carácter integral de las medidas debe tener en cuenta no solo los daños a las mujeres sino también a los hijos e hijas, e incluye explícitamente dentro de estos daños la utilización del síndrome de alienación parental. En cuanto a los ámbitos en los que se ejerce esta violencia, ya la versión original del artículo 5 de la Ley 5/2008 incluía dentro de la violencia en el ámbito familiar la violencia física, sexual, psicológica o económica ejercida no solo contra las mujeres, sino contra las menores de edad en el seno de la familia.

²⁰ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE núm. 134, de 05/06/2021. Esta norma, que incorpora varias de las propuestas aquí realizadas, se aprobó con posterioridad a la conclusión del estudio, por lo que solo se menciona su aprobación.

3.3. Marco normativo sobre víctimas y sus derechos. Especial referencia a la revictimización

El marco normativo y conceptual relativo a la noción e institución de la víctima debe complementar los marcos anteriores, ya que, jurídicamente hablando, solo tendrán la condición de víctimas de violencia aquellas que el ordenamiento jurídico reconozca que pueden serlo, cuestión relevante porque condiciona su acceso a determinados servicios y recursos.

De acuerdo con la regulación contra la violencia de género y la última modificación de la Ley 5/2008 catalana, mediante la cual se añade la violencia vicaria como un tipo de violencia incluida en el concepto global de violencia, se constata que el reconocimiento de la condición de víctimas a menores que viven situaciones de violencia es reciente, pero permite que se les extienda el estatuto jurídico de la víctima. Si esto es posible, y en nuestra opinión lo es, es necesario aplicar también a las personas menores la reciente normativa en materia de protección y derechos de las víctimas que propone, aunque de una forma muy incipiente, la protección de determinados derechos y el cambio en la orientación de los procedimientos y procesos judiciales más allá del castigo por el daño causado al agresor.

3.3.1. La Directiva 2012/29/UE sobre el Estatuto de la Víctima

Hablamos de un cambio de orientación para que la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos²¹, cambia el enfoque o el tratamiento hacia la víctima. Hasta ahora no existía una orientación de las normas penales, ni procesales, hacia la protección de la víctima más allá del resarcimiento o cuando se plantean concepciones de la justicia restaurativa y/o reparadora. Fruto probablemente de estas concepciones, la Directiva establece el deber de reconocer y tratar a las víctimas de forma respetuosa, sensible y profesional, sin ningún tipo de

²¹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JHA del Consejo. Disponible en <http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/recce/directiva2012-29-ue.pdf>
Fecha de consulta 13.12.2021

discriminación, entre otras, tampoco por edad. Este deber, continúa el preámbulo de la Directiva, se concreta en una serie de obligaciones que se imponen a todas las autoridades competentes que intervienen en procesos penales, así como a todos los servicios que entran en contacto con las víctimas, incluidos los medios de comunicación y otros no institucionalizados en la Administración de Justicia, y siempre con el propósito de evitar la revictimización o victimización secundaria de las víctimas (par.9). Ahora hay que ver hasta qué punto esta norma y sus previsiones incluyen o deberían incluir a los y las menores que intervienen en procesos de violencia.

A pesar de ser una norma que regula el estatuto de las víctimas en general — por tanto, nos movemos siempre en el ámbito de la jurisdicción penal y de las víctimas de delitos—, existe una consideración específica hacia las víctimas de violencia de género, probablemente debido a que la necesidad de atención y consideración a las víctimas durante el proceso y sus derechos se planteó inicialmente desde los estudios sobre víctimas de violencia sexual. Estos estudios de victimología mostraron que la intervención de la víctima durante el proceso se pensaba casi estrictamente en términos de determinación del daño y de colaboración para identificar a la persona responsable, sin tener en cuenta cómo les afectaba esta participación. Uno de los principales efectos de esto fue identificar la victimización secundaria o revictimización.

Volviendo al concepto, el párrafo 17 de la Directiva define la violencia de género en sentido muy amplio, y la entiende como “la violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, su identidad o expresión de género o que afecta a personas de un sexo en particular de una forma desproporcionada se entiende como violencia por motivos de género [...]. La violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y violación de las libertades fundamentales [...]. Las mujeres víctimas de violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia”. En el párrafo siguiente, la Directiva insiste en la grave y especial afectación que tiene la violencia que ocurre en el ámbito familiar o en relaciones personales, afirmando que las víctimas de esta pueden necesitar medidas de protección especiales. Al tratarse de un ámbito especialmente

sensible, el preámbulo de la Directiva identifica en el párrafo 21 estos servicios especiales que se desarrollan en la parte dispositiva del texto. Cabe destacar las menciones explícitas a la edad y a la condición de los y las menores, que se mencionarán en el párrafo 38 cuando se hace alusión a las personas más vulnerables y se habla de los servicios especializados que deben tener en cuenta la presencia de personas menores, la relación con estas, las posibles necesidades específicas que pueden tener, así como cuando estos sean servicios especializados en víctimas menores directas o indirectas. Cabe recordar aquí que cuando la violencia de género o feminicidio todavía no incluía la violencia vicaria, no quedaba claro que las personas menores fueran consideradas víctimas, lo que afecta especialmente a las normas procesales y su participación en los procesos.

En relación con los derechos que son reconocidos expresamente en la Directiva, encontramos la referencia general del artículo primero, que reconoce el derecho de las víctimas a recibir información, soporte y protección adecuados, así como asegurar una participación de estas en los procesos penales, siendo tratadas de forma respetuosa y sensible. Además, y de forma específica, se señala en el párrafo segundo que “cuando la víctima sea un menor de edad, los Estados velarán para que en la aplicación de la presente Directiva prime el interés superior del menor y este interés sea objeto de una evaluación individual. Primará un planteamiento sensible a la condición de menor, que tenga en cuenta su edad, su grado de madurez y su opinión, así como sus necesidades e inquietudes. El menor y su representante legal, si lo hubiere, serán informados de toda medida o derecho centrado específicamente en el menor”. Como vemos, este mayor interés de la persona menor debe estar presente siempre en todo el proceso en los casos que aquí nos ocupan, como se ha mencionado anteriormente.

Por otra parte, la Directiva recoge el derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas (art. 8), que deben tener en cuenta sus necesidades y a los que pueden acceder también sus familiares. Es importante tener en cuenta esta previsión y conjugarla con las previsiones de los artículos 22, 23 y 24 de la Directiva para ver cómo debería preverse la regulación de los derechos de las personas menores que intervienen en estos procesos.

El artículo 22 dispone que las víctimas deben recibir una evaluación puntual e individual que permita determinar sus necesidades especiales de protección y qué medidas especiales podrían adoptarse para evitar la victimización secundaria o reiterada, así como la intimidación o las represalias. En el párrafo cuarto de este mismo artículo, justo después de reiterar la necesidad de prestar especial atención a determinadas víctimas, se prevé que “a efectos de la presente Directiva, se dará por supuesto que las víctimas menores de edad tienen necesidades especiales de protección por razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias”. Con el fin de determinar si deben beneficiarse de medidas especiales de conformidad con lo establecido en los artículos 23 y 24 y en qué medida las víctimas menores se someterán a una evaluación individual conforme a lo establecido en el apartado 1 de este artículo .

En el artículo 23, relativo al derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal, se establecen medidas que en todo caso se tendrán que aplicar a las víctimas menores, y a nuestro juicio a todas las personas menores que viven una situación de violencia, porque tienen necesidades especiales y porque así lo prevé el siguiente artículo que, de forma específica, reconoce el derecho a la protección de menores víctimas durante el proceso penal. Es por ello que también es necesario ampliar y reconocer la titularidad de los menores como víctimas.

Entre las medidas previstas durante las investigaciones penales, en el párrafo 2 se encuentran las siguientes: a) se tomará declaración a la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin; b) la toma de declaración a la víctima será realizada por profesionales con formación adecuada al efecto o con su ayuda; c) todas las declaraciones de la víctima serán realizadas por las mismas personas salvo que sea contrario a la buena administración de la justicia; d) todas las declaraciones de las víctimas de violencia sexual, violencia de género o violencia en el marco de las relaciones personales, salvo que sean realizadas por un fiscal o un juez, serán realizadas por una persona del mismo sexo que la víctima, siempre que la víctima así lo desee y si esto no va en detrimento del desarrollo del proceso. Por su parte, estas medidas se complementarán con las medidas del párrafo tercero que se aplican durante el

proceso ante los tribunales, y que consisten en: a) medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluso todo durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación; b) medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, especialmente mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas; c) medidas para evitar que se formulen preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima sin relación con la infracción penal, y d) medidas que permitan la celebración de una audiencia sin la presencia de público.

Sin embargo, como decíamos, las medidas específicas que se aplican cuando la víctima sea menor de edad son las siguientes: a) en las investigaciones penales, que todas las declaraciones de las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales; b) en las investigaciones y procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente, que las autoridades competentes designen a un representante para la víctima menor de edad en caso de que, de conformidad con el Derecho nacional, no sea posible para los titulares de la responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad de resultas de un conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad, o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia; c) cuando la víctima menor de edad tenga derecho a un abogado, el menor tendrá derecho a asistencia letrada y representación legal, en su propio nombre, en los procesos en los que exista, o pudiera existir, un conflicto de intereses entre la víctima menor de edad y los titulares de responsabilidad parental. Las normas procesales de las grabaciones audiovisuales mencionadas en la letra a) del párrafo primero y el uso de las mismas se determinarán en el Derecho nacional. 2. Cuando no se conozca con certeza la edad de una víctima y existan motivos para pensar que es menor de edad, se presumirá, a efectos de la presente Directiva, que esta víctima es menor de edad.

3.3.2. El Estatuto de la Víctima en España

El contenido de la Directiva se ha traducido a nivel estatal en la Ley 4/2015, de 28 de abril, del Estatuto de la Víctima. Hay que advertir que esta norma incluye las disposiciones que hemos mencionado en su articulado, pero podemos destacar otras disposiciones que entendemos que son relevantes a los efectos que aquí nos ocupan. Así, el artículo segundo que gira en torno al concepto de víctima y que reconoce como víctimas indirectas a los hijos de la víctima o del cónyuge que en el momento de la muerte o desaparición de esta convivieran con ella. Además, el artículo tercero reitera los derechos y principios de la protección de las víctimas, así como el artículo 23 sobre evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección y el artículo 26, que regula el caso específico de los menores y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

En particular, este artículo 26 dispone que: 1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán de aplicación las siguientes: a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal; b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos. 2. El Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos: a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una adecuada gestión de sus intereses en la investigación o en el proceso penal; b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de desempeñar adecuadamente sus funciones de representación y

asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada; c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares. 3. Cuando existan dudas sobre la edad de la víctima y no pueda ser determinada con certeza, se presumirá que se trata de una persona menor de edad, a efectos de lo dispuesto en esta ley.

Como podemos ver, se trata de un artículo que pone el énfasis en la protección de la persona menor, el valor superior de su interés y una serie de medidas que tiendan a proteger no solo sus derechos, sino también a garantizar que no se cause victimización secundaria o reiterada; destaca en este sentido la posibilidad de registrar sus declaraciones, o la previsión de un defensor judicial de la víctima que pueda representar especialmente a las personas menores. Queda claro, pues, que el legislador español ha incorporado las previsiones de la directiva, además de adecuar la regulación de los derechos de las víctimas con la regulación procesal y penal. En cualquier caso, es muy relevante la incorporación de medidas que eviten la victimización secundaria o revictimización.

3.3.3. Sobre la victimización secundaria y la discriminación estructural

Durante los últimos años, se ha producido un debate sobre el papel de las víctimas en los procesos penales. A partir de la criminalización de la violencia sexual (Morillas, et al., 2014), la concepción del papel de la víctima durante los procesos de reconstrucción de los hechos, destinados a determinar la responsabilidad penal de los agresores, ha sido cuestionado al entender que producía un efecto negativo para las víctimas. En particular, se identifica este efecto a partir del análisis de los procesos en los que las víctimas debían relatar, e incluso probar, las agresiones sexuales en las que se valoraban cuestiones relativas a los comportamientos de las propias víctimas (Larrauri, 2007). Se puso de manifiesto, así, que los procesos penales dejaban en un segundo plano la forma en la que las víctimas experimentaban un procedimiento, que frecuentemente tiende a buscar la verdad jurídica sin atender a sus necesidades o derechos (Gutiérrez, et al., 2009, p. 52). A esto se refiere el concepto de victimización secundaria.

Este cambio de consideración sobre el papel de las víctimas en los procesos penales se ha traducido en nuevas normas procesales que arbitran los procesos judiciales, a partir de las recientes modificaciones legislativas en la Unión Europea, y especialmente después de la adopción de la Directiva anteriormente mencionada. En este escenario, el papel de las víctimas, la protección de sus derechos, sus intereses y situaciones personales constituyen ahora elementos centrales que deben orientar las normas procesales. Por esta razón, las tesis planteadas desde la psicología jurídica y los estudios victimológicos se han traducido en figuras jurídicas que toman en consideración los efectos que un proceso penal puede tener en la vida de una persona, bien por ser víctima directa de una conducta onerosa que debe ser enjuiciada, como por participar en un proceso institucionalizado ante unas estructuras que finalmente deciden sobre la conducta del agresor/victimario y la gestión de las conductas pasadas y futuras (Morillas, et al., 2014).

Es conveniente aquí identificar la forma en que la victimización secundaria sitúa a las víctimas en los procesos y afecta a su autonomía. La victimización secundaria se refiere a las consecuencias de índole psicológica, social, económica y jurídica que tiene para la víctima su participación como tal en un proceso penal. Los actos que puede generar esta victimización se ocasionan por parte de los agentes institucionales que participan e intervienen en el proceso y los servicios relacionados con las víctimas (como las oficinas de atención a las víctimas del delito o los médicos forenses...), así como otros agentes externos, entre los que pueden encontrarse los medios de comunicación o agentes sociales no implicados, y que afectan negativamente a las expectativas e intereses de las víctimas (Pereda y Tamarit 2013).

Por eso se ha entendido como una “segunda experiencia victimal” (Gutiérrez, et al., 2009, p. 50), que afecta especialmente a quienes la sufren porque se ocasiona en un contexto institucional que debe proteger los derechos e intereses de las víctimas. En este orden, la experiencia de la víctima frente a un procedimiento, como puede ser un juicio penal, depende en parte del respeto a la autonomía de la víctima. Cuando el ordenamiento prevé que la participación de la víctima en el proceso debe ser activa, reconoce autonomía y capacidad de decisión frente a la gestión de los poderes públicos. Por el contrario, cuando la

víctima no puede modificar el curso del procedimiento se entiende que su papel es secundario, aunque se trate de la persona que haya iniciado este proceso.

3.3.4. La victimización secundaria por motivos de género y la extensión a los menores

Conviene profundizar en la relación entre victimización secundaria y discriminación por motivos de género porque desde los primeros estudios se ha sugerido que los procedimientos y las instituciones podían causar discriminación institucional. En concreto, porque la causa de esta victimización secundaria es la persistencia de lo que se ha venido denominando la discriminación estructural o institucionalizada, lo que explica que en los comienzos de los estudios victimológicos se hable de victimización socio-estructural (Larrauri, 2005). Es decir, las instituciones socio-jurídicas pueden causar otra experiencia victimal a quienes han sido ya victimizados por una agresión u otro tipo de delitos — victimización primaria. Es por tanto el tipo de conductas violentas basadas en el género lo que provoca la victimización secundaria. Es decir, ambos tipos de victimización, la primaria y la secundaria, responderían a motivos relacionados con el género.

Con relación al primero, porque el acto violento es definido como tal si constituye una conducta motivada por la pertenencia al género femenino. Con relación al segundo, porque la discriminación estructural se ha definido como un trato desigual basado “en el estatus, la ausencia u ostentación de poder y el papel de la víctima en el procedimiento. En ambos se constatan reiteradas dinámicas sociales que llevan a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para ciertos grupos, incluso en ausencia de motivos discriminatorios explícitos” (Añón 2013, p.148). En este caso, las nociones e identidades de género que crean unas determinadas relaciones de poder/subordinación hacen que los órganos que intervienen en un proceso o que interactúan con la víctima compartan, ejerzan y (re)produzcan estas mismas dinámicas sociales. En este caso, porque a consecuencia de estas conductas, los efectos no son tenidos en cuenta por parte del ordenamiento.

En este sentido, sostiene Añón, el origen y el carácter de la propia situación de desigualdad o subordinación es el elemento que coloca a las mujeres en una situación de discriminación/subordinación (Añón, 2013) o subordiscriminación (Barrère, 2008). Esto dificulta la erradicación de la discriminación dado que esta se caracteriza por ser estructural, social, sistémica y difusa, y se manifiesta de forma diversa en diferentes ámbitos sociales y en concreto también en la normativa procesal y en la interacción con las instituciones socio-jurídicas por parte de los individuos (Barrère y Morondo, 2005, p. 151 y 158). Se trata entonces de una discriminación que sitúa en una posición desigual a quienes comparten este rasgo, por lo que se habla de discriminación grupal. Pero esto no puede llevar a obviar o negar la diversidad y heterogeneidad de quienes se adscriben a cada uno de los grupos y que pueden entonces experimentar esta discriminación, si es que lo hacen, de forma muy diversa. Con mayor razón, cuando se ejerce violencia basada en esa discriminación por género.

Cuando esta discriminación estructural causa esta segunda experiencia victimal en quienes intervienen en un proceso, se afirma que existe una victimización secundaria. En este sentido, se ha afirmado este tipo de victimización cuando se insta a la víctima a relatar los detalles del acto en reiteradas ocasiones y en los que se valora la conducta o reacción de la víctima frente a esta agresión, en nombre del legítimo derecho de defensa del encausado y del respeto de inmediatez del juez (Gutiérrez, et al., 2009, p. 50). Dos son las críticas que se han objetado al ordenamiento jurídico al entender que el derecho sustantivo y procesal son proclives a causar esta discriminación: la propia configuración de los tipos penales de agresiones sexuales y violencia en la pareja (Maqueda, 2008), y las normas procesales que se orientaron a la determinación del mal y no a la reparación del mismo (Pitch, 2003).

La violencia basada en el género, y de acuerdo con la normativa española, los delitos de violencia contra la pareja, causan victimización con unas especificidades a tener en cuenta. Por un lado, la víctima sufre consecuencias especialmente graves, como una exposición reiterada a la violencia por parte de la misma persona, persona con la que mantiene o ha mantenido una relación de afectividad, que puede haber desarrollado una relación de dependencia extrema, incluso como estrategia para minimizar o evitar el daño de la conducta violenta

(Larrauri, 2005). De forma similar, debe tenerse en cuenta que en el caso de las personas menores, esta relación está igualmente basada en una relación directa porque el agresor suele ser el padre de estas personas menores o la persona con la que han compartido relaciones parentales. Por otra, los ordenamientos jurídicos, como ocurre en el caso español, han incorporado este delito sin haber modificado las normas procesales al respecto, ni las estructuras y los operadores jurídicos. De ahí que en ocasiones no se tengan en cuenta las especificidades de esta violencia.

Ahora bien, las medidas jurídicas actuales que pueden producir victimización secundaria son aquellas que permiten a los operadores jurídicos realizar valoraciones basadas en roles, estereotipos o identidades de género, las que exigen que la víctima vuelva a relatar los hechos y detalles que le llevan a denunciar un acto de violencia o agresión sexual en diversas instancias y las medidas que suponen una merma de la capacidad de decisión y autonomía sobre el procedimiento ante las autoridades judiciales (Larrauri 2007). En este orden, puede apreciarse que la victimización secundaria alude efectivamente al mismo daño que ha victimizado primariamente a la víctima, aunque también a la posible afectación de la autonomía o agencia de las víctimas. Este tipo de medidas son ahora aquellas que expresamente se reconocen como tales en la Directiva 2012/29/UE, en tanto que pueden causar desprotección de las víctimas o ser contrarias a sus derechos.

3.4. La responsabilidad de los poderes públicos en la protección de las víctimas de violencia de género

Al hilo de la exposición que hasta ahora hemos avanzado, que subraya la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres que la padecen así como los y las menores que se ven impactados de forma directa por las agresiones o indirectamente por convivir en entornos degradados por la misma, conviene preguntarse cuál es la responsabilidad de los poderes públicos y de los operadores que intervienen en los distintos procesos. Esta responsabilidad se proyecta no solo en la garantía de una protección eficaz y diligente de mujeres y menores, sino también en los escenarios institucionales donde se produce la victimización secundaria. En este sentido, la investigación

desarrollada por Iturbe y Martínez (2020) apunta a los escenarios y situaciones en los que se evidencian las carencias que, a nivel institucional, afectan a las mujeres víctimas de violencia de género y a sus hijos que, no solo son testigos de la misma sino que además las acompañan a las dependencias policiales y judiciales en el periplo procesal. Los largos tiempos de espera antes de poder prestar declaración, la carencia de espacios adecuados para las mujeres y, especialmente, para los menores que las acompañan, la falta de asistencia y asesoramiento adecuado ya en el momento de presentar denuncia, son algunas de las cuestiones que las autoras resaltan como déficits institucionales que repercuten en los procesos de victimización secundaria.

Estamos pues ante un ámbito que señala directamente al papel de los poderes públicos, y que ha sido recientemente reconocido por la última revisión de la ley catalana del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista en tanto que violencia institucional, definido como toda acción y omisión de cualquier autoridad o institución pública “que tengan por finalidad retrasar, obstaculizar o impedir el acceso a las políticas públicas y al ejercicio de los derechos” para asegurar una vida libre de violencia machista. Dicha violencia, según la misma ley, se producirá por “la falta de diligencia debida, cuantitativa y cualitativa, en el abordaje de la violencia machista, si es conocida o promovida por las administraciones o se convierte en un patrón de discriminación reiterado y estructural, constituye una manifestación de violencia institucional. Esta violencia puede provenir de un solo acto o práctica grave, de la reiteración de actos o prácticas de menor alcance que generan un efecto acumulado, de la omisión de actuar cuando se conozca la existencia de un peligro real o inminente, y de las prácticas u omisiones revictimizadoras” (Ley 5/2008, modificación Ley 17/2020, artículo 5, 7 ámbito).

En el ámbito internacional, desde hace décadas la normativa y jurisprudencia de referencia relativa a la violencia contra las mujeres ha delimitado las obligaciones y responsabilidades de los estados en lo que se refiere a la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer. La dimensión institucional de la violencia se ha articulado preferentemente a través del principio de diligencia debida, que ha permitido extender la responsabilidad estatal no solo cuando no se atienden de forma activa las obligaciones de protección de las víctimas sino

también cuando no se toman las medidas adecuadas o con la diligencia debida para detener las lesiones de sus derechos. Es decir, se exige de los órganos y autoridades competentes que tomen las medidas necesarias para dar respuesta efectiva a la situación de desprotección de la víctima y corregir las situaciones de riesgo concreto que se creen. Actitudes como la aplicación por parte de los jueces de estereotipos fundamentados en el género que minimizan la situación de la mujer, la falta de una investigación policial adecuada o la denegación de órdenes de alejamiento por parte del Ministerio Fiscal desatendiendo a los precedentes violentos del agresor, han sido considerados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) actos contrarios al deber de protección estatal por reducir significativamente las oportunidades de tutela y protección efectiva de la víctima y, a su vez, por aumentar aún más su vulnerabilidad.

Este es el sentido, muy esperanzador, de algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional español que recoge esta línea interpretativa. Por primera vez, en la sentencia 67/2015, de 20 de julio, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española, CE), por entender que el órgano judicial no efectuó una "especial ponderación" del contexto de violencia en el que la mujer se encontraba, y no consideró que "el desconocimiento del domicilio de la ejecutada responde a la necesidad de eludir una situación de violencia de género", lo que debería haberle conducido a valorar "la necesidad de salvaguardar el deber de confidencialidad debido a la situación de la víctima". Por eso, el Tribunal Constitucional finalmente censuró la actuación judicial y concluyó que "no se protegió eficazmente" a la mujer. Más recientemente, la STC 87/2020, de 20 de julio, se pronuncia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de investigación penal eficaz en el marco de un proceso en el que se alegaba maltrato habitual, y lo hace al amparo de la jurisprudencia del TEDH. En particular, insiste en la exigencia dirigida a los órganos judiciales para que estos extremen la diligencia en la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, represión de hechos delictivos, cometidos sobre víctimas vulnerables en supuestos de violencia de género o la que tiene lugar dentro del ámbito familiar o afectivo, violencia que el propio tribunal reconoce que puede afectar también, directa o indirectamente, a los niños y niñas. Por esta razón, los estados deben tomar las

medidas necesarias para proveer una protección efectiva, incluyendo sanciones penales, remedios civiles y provisiones compensatorias para su protección frente a todo tipo de violencia, las amenazas, las coacciones y cualquier otra forma de privación de su libertad (STEDH de 9 de junio de 2009, Asunto Opuz c. Turquía). La citada STC 87/2020 termina considerando que se ha producido una lesión de la tutela judicial porque en la instrucción penal no se ha llevado a cabo el canon reforzado constitucionalmente exigible en denuncias por violencia de género de realizar una investigación suficiente y eficaz.

Desde un punto de vista procedimental, el deber de protección de las víctimas requiere una investigación eficaz, implementada en el marco de un proceso judicial imparcial y con las debidas garantías. La indefensión y una inadecuada protección de las víctimas se presentan como causas fundamentales que pueden implicar el incumplimiento de esta obligación, por actuaciones de los órganos judiciales que, por ejemplo, no recojan razonablemente todas las evidencias relativas al incidente investigado o no atiendan a las exigencias de celeridad necesaria del proceso. Este deber de protección de las víctimas se insertaría en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión reconocidos en el artículo 24 de la Constitución española. *Mutatis mutandis*, esta interpretación podría aplicarse a otras lesiones de los derechos causadas por una inadecuada protección de la víctima —por los órganos judiciales, por la fiscalía, servicios sociales, agentes de policía...— debida a la ausencia de ponderación adecuada, en sus respectivas actuaciones, de la situación de violencia de género en la que se encuentra.

4. Hipótesis

A partir del marco teórico descrito, las hipótesis a las que pretende dar respuesta esta investigación son las siguientes:

H1: A pesar del desarrollo de medidas legales destinadas a garantizar la máxima protección a las víctimas de violencia machista, persisten situaciones de vulnerabilidad, especialmente en el caso de menores de edad víctimas directas o indirectas de situaciones de violencia.

H2: Las y los profesionales perciben y tratan a los y las menores como víctimas cuando sus madres son reconocidas como víctimas de violencia de género.

H3: Las y los profesionales conocen las medidas civiles y penales destinadas a la protección de los y las menores víctimas de violencia de género y no detectan conflictos en el momento de su aplicación.

H4: Las y los profesionales que acompañan a las personas menores víctimas son conscientes de que el propio proceso incrementa la victimización de estas personas menores.

H5: Hay buena coordinación entre profesionales del ámbito del sistema judicial (jueces/zas, fiscales, abogados/as, fuerzas y cuerpos policiales, etc.) y entre estos y las del ámbito asistencial (oficinas de atención víctimas, SIE, SIAD, etc.).

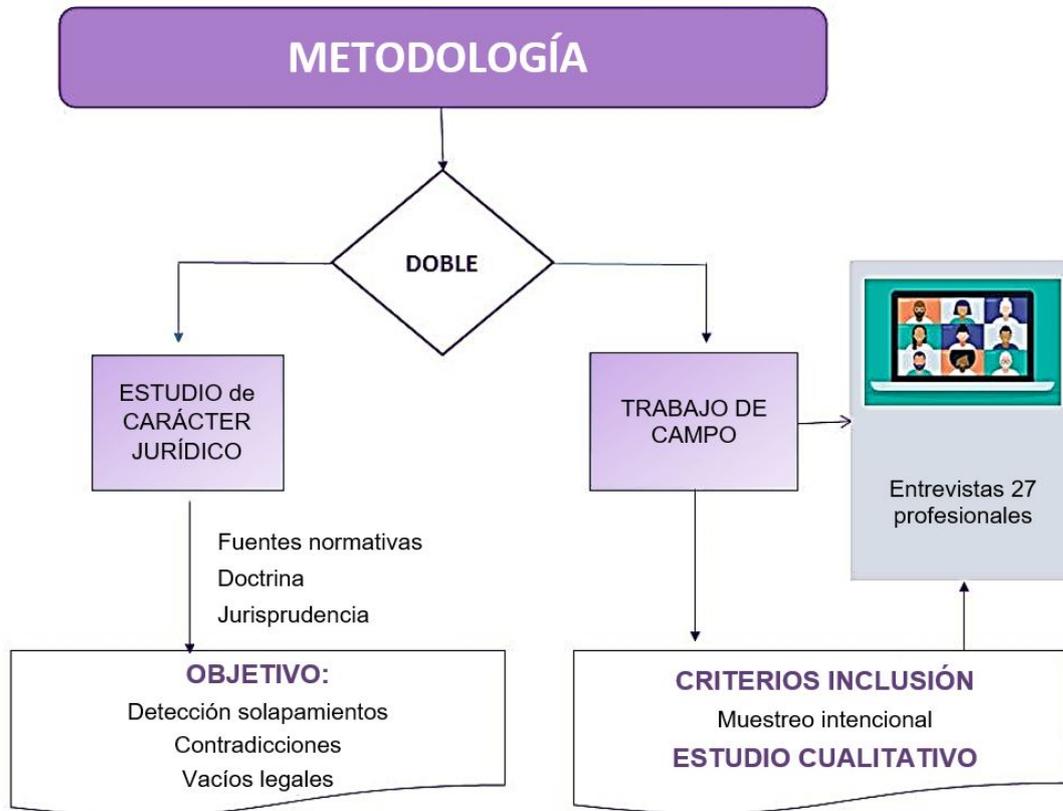
5. Metodología

La metodología adoptada para realizar este estudio tiene en cuenta la complejidad del fenómeno de la violencia, las dificultades existentes para poder valorar la eficacia de las medidas de protección de las víctimas, y tratándose de menores, el especial cuidado en la recogida de datos para preservar su intimidad. La metodología utilizada ha sido doble. Por un lado, un estudio de carácter jurídico relativo a las fuentes normativas internacional, constitucional, procesal, civil y penal y de la doctrina científica destinado a identificar, valorar y analizar las medidas civiles, penales y asistenciales concretas que pueden adoptarse conforme a la normativa actual y su interrelación. El objetivo de este análisis era detectar los solapamientos, contradicciones y/o vacíos legales que genera la legislación múltiple, diferente y multinivel (Estatuto de la víctima, LECrim, LEC, Libro Segundo CCCat, Código Penal, Ley catalana 5/2008, LO 1/2004,...) relativa a la protección de las víctimas y, en especial, la que se dispensa a las víctimas menores de edad. El resultado de este trabajo se concreta en la redacción de un apartado de la memoria, de carácter más conceptual, que revisa los conceptos clave en esta investigación en las distintas normativas de los ámbitos nacional, europeo o internacional.

Por otra parte, se ha llevado a cabo un trabajo de campo consistente en entrevistas en profundidad a profesionales del ámbito de la justicia y del ámbito asistencial, que contaban con experiencia en la atención a víctimas de violencia machista y, en particular, a menores víctimas de esa violencia.

A continuación haremos mención a la cronología seguida para la realización de la investigación y también a la concreta metodología empleada en el trabajo de campo.

Figura 1: Resumen de la metodología utilizada



5.1. Cronograma

El desarrollo y consecución de los objetivos inicialmente marcados en la memoria del proyecto de investigación que se presentó al Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya debía tomar como punto de partida el cronograma fijado inicialmente en el plan de trabajo de la mencionada memoria. Sin embargo, la declaración del estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, decretada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tuvo una clara repercusión en el desarrollo y los plazos del proyecto.

En este sentido, la Directora del CEJFE dictó sendas Resoluciones en cuanto a la suspensión y la reanudación de los plazos de la convocatoria de becas de

investigación 2020: la Resolución de 6 de abril de 2020 suspendió el cómputo de los plazos relativos a la entrega de la memoria de progreso de la investigación, prevista inicialmente para el 30 de junio de 2020; y la posterior Resolución de 29 de junio de 2020 reanudó el cómputo de los plazos, fijando como nueva fecha de entrega de la memoria de progreso el 7 de diciembre de 2020, y de entrega final del trabajo el 9 de mayo de 2021.

Por otra parte, y más allá de los nuevos plazos fijados, la situación creada por la declaración de Estado de alarma por la crisis sanitaria derivada del COVID-19 influyó de forma decisiva en el desarrollo de la investigación programada. El trabajo de campo inicialmente previsto tuvo que detenerse incluso durante un tiempo después del levantamiento del estado de alarma y en su posterior desarrollo se tuvo que modificar el orden y la implementación de las diversas actividades previstas.

Hecha esta puntualización, cabe señalar que la alteración en el orden previsto y la forma de ejecutar la investigación no han comportado cambios en los objetivos propuestos. Es más, este tiempo de reposo resultó útil para tener una visión más clara de la materia objeto de estudio y de cuáles eran las vías y herramientas más adecuadas para lograr satisfactoriamente los resultados de la investigación.

De acuerdo con los reajustes de la planificación inicial y su adecuación a las nuevas circunstancias, durante los tres primeros meses de 2020 el equipo de investigación distinguió tres ámbitos que permitían identificar con mayor claridad las situaciones de desprotección que afectaban a los y a las menores víctimas de violencia machista: Derecho vigente (Legislación), Derecho aplicado (profesionales), Derecho vivido (personas afectadas y profesionales). A partir de estas tres situaciones o ámbitos, iniciamos la investigación en el primero de ellos efectuando un estudio legislativo y de la doctrina científica destinado a identificar, valorar y analizar las medidas civiles, penales y asistenciales concretas que se pueden adoptar conforme a la normativa actual y su interrelación.

La segunda etapa de la investigación consistía en un trabajo de campo con entrevistas a profesionales que, desgraciadamente, la situación sanitaria ya no nos permitió abordar en el momento previsto en el cronograma contenido en la

memoria inicial del proyecto. Ante la dificultad que planteaba la situación sanitaria, decidimos realizar un primer diagnóstico sobre la adopción y ejecución de las medidas civiles, penales y asistenciales de protección de las personas menores víctimas de violencia machista por parte de los diferentes órganos judiciales y sociales en Cataluña a partir de la consulta de los datos publicados por los organismos que trabajan en este ámbito.

Sin embargo, y a pesar de que la situación sanitaria no solo no mejoraba sino que empeoraba (abril-junio 2020), decidimos trabajar en el diseño del guión de unas entrevistas semiestructuradas que realizaríamos a profesionales de diversos ámbitos relacionados con la materia objeto de la búsqueda cuando la situación sanitaria lo permitiera. De forma paralela empezamos una investigación para determinar y localizar a los y las profesionales concretas que nos interesaría entrevistar, no solo por su profesión o cargo sino también porque en el ejercicio de su tarea hubieran demostrado una implicación, interés y conocimiento destacable de la materia, además de una larga experiencia en la intervención y atención de las y los menores víctimas en el proceso judicial. Redactamos los documentos de consentimiento informado, de protección de datos de carácter personal, de autorización de la grabación de las entrevistas, y de custodia de los datos recogidos, para tener todo listo y poder iniciar las entrevistas así que la situación sanitaria lo permitiera.

Finalmente, entre los meses de diciembre de 2020 y abril de 2021 pudimos realizar la segunda parte del proyecto —trabajo de campo— que se concretó en la realización de entrevistas a profesionales jurídicos y asistenciales seleccionados, que intervienen a lo largo de todo el proceso. En el siguiente epígrafe exponemos la metodología concreta utilizada en esta segunda parte de la investigación.

Durante todo el tiempo de realización del trabajo, el equipo de investigación ha mantenido reuniones periódicas, que inicialmente fueron presenciales y posteriormente virtuales, para coordinar y mantener una coherencia interna en el trabajo, para poner en común los trabajos realizados y resolver de forma conjunta las dudas o compartir las iniciativas que puedan surgir en cualquier aspecto de la investigación. De todas estas reuniones se ha levantado acta, lo

que ha facilitado una monitorización y seguimiento del trabajo realizado y el trabajo pendiente en cada momento.

Por último, a partir de las entrevistas realizadas, se realizó un diagnóstico de la situación y se identificaron los posibles indicadores de mejora de la calidad de la intervención, atención y recuperación de los y las menores víctimas de violencia machista, para centrarnos en la redacción definitiva del trabajo de investigación, que incluye los puntos que han sido objeto de análisis y discusión durante estos meses, y la elaboración de la memoria final, durante la segunda quincena de marzo y abril de 2021.

5.2. Metodología del trabajo de campo

Para la realización del trabajo de campo previsto en nuestra investigación, y con el objetivo de poder conocer de primera mano la realidad examinada y, en concreto, las situaciones de desprotección que sufren las y los menores víctimas de violencia machista en Cataluña —tanto a nivel legislativo como en su aplicabilidad judicial— así como las medidas que podrían adoptarse para mejorar la protección de estos menores víctimas, se utilizó metodología cualitativa consistente en entrevistas en profundidad a profesionales.

Para la selección de profesionales se siguió un sistema de muestreo intencional en base a profesionales activos en el ámbito del sistema de justicia y del ámbito asistencial que están habitualmente en contacto con víctimas de violencia machista y que conocían y tenían experiencia en casos de menores de edad y adolescentes víctimas de esa violencia. La intervención en la investigación fue voluntaria para todos y todas las profesionales, que fueron debidamente informados de los objetivos de la investigación a través de una carta enviada por la investigadora principal, en la que se les comunicaba que se les invitaba a participar por razón de su experiencia como profesionales en casos de violencia machista con víctimas menores de edad y se les pedía que firmaran un documento de consentimiento informado. Asimismo, en la carta se informaba a los profesionales de que todos los datos revelados serían tratados de forma confidencial y anónima, así como de su derecho a retirar en cualquier momento su consentimiento.

La muestra final está conformada por 27 profesionales, de los cuales 17 del ámbito del sistema de justicia y 10 del ámbito asistencial, con las características que se detallan en la Tabla 1.

Tabla 1. Relación de entrevistas realizadas

	Profesión	SJ*/AA**	Área geográfica	Años experiencia
1	Abogado	SJ	Reus	25 años
2	Fiscal	SJ	Tarragona	23 años
3	Magistrada	SJ	Arenys de Mar	10 años
4	Abogada	SJ	Tarragona	15 años
5	Abogada y activista	SJ	Barcelona	26 años
6	Magistrado VIDO	SJ	Barcelona	16 años
7	Jueza	SJ	Barcelona	12 años
8	Abogada	SJ	Reus	25 años
9	Abogada Turno de oficio VG	SJ	Tarragona.	17 años
10	Fiscal	SJ	Reus	8 años
11	Agente de Mossos d'Esquadra	SJ	Camp de Tarragona	8 años
12	Magistrada Juzgado Violencia sobre la mujer	SJ	Tarragona	4 años
13	Letrada Administración Justicia Juzgado Violencia sobre la Mujer	SJ	Tarragona	7 años
14	Gestora Juzgado Violencia sobre la mujer	SJ	Tarragona	13 años
15	Abogada	SJ	Tarragona	18 años
16	Abogado. Turno de oficio VG	SJ	Reus.	20 años
17	Abogada Turno de oficio VG	SJ	Tarragona	21 años
18	Psicóloga	AA	Barcelona, Lleida y Tarragona	16 años
19	Abogada SIE	AA	Mataró	16 años
20	Técnica de la Administración. Violencia machista	AA	Tarragona	16 años
21	Psicóloga SIE	AA	Tarragona	7 años
22	Educadora social SIE	AA	Tarragona	16 años
23	Psicóloga SIE	AA	Tarragona	7 años
24	Educadora ESVIOM	AA	Tarragona	16 meses
25	Trabajadora social ESVIOM	AA	Tarragona	7 meses

	Profesión	SJ*/AA**	Área geográfica	Años experiencia
26	Psicóloga. Servicio de acompañamiento víctimas de VG	AA	Tarragona	3 años
27	Psicóloga. Servicio de acompañamiento víctimas de VG	AA	Tarragona	12 años

Nota: *AA: Ámbito asistencial; **SJ: Ámbito justicia

La metodología para recabar la información ha consistido en la realización de 19 entrevistas semiestructuradas en profundidad con una duración de entre 60 y 90 minutos cada una. Algunas de las entrevistas fueron individuales (15) y otras conjuntas (4) con diferentes profesionales a la vez. Para la realización de las entrevistas se empleó el modelo de entrevista que se había confeccionado previamente y que constaba de distintos apartados. Este modelo fue utilizado como guión en las distintas entrevistas, sin que determinara la conversación con la persona entrevistada y meramente como elemento de soporte para los miembros del equipo investigador. Se trataba de formular preguntas muy abiertas, casi una proposición de grandes temas, de modo que el o la profesional no lo percibiera como una encuesta cerrada sino que le diera pie a añadir comentarios, valoraciones, e incluso a proponer temas, pero siempre siguiendo un guión previo y con el fin último de sacar el máximo rendimiento de este contacto. El guión recogía los objetivos principales del proyecto e incluía, por tanto, cuestiones relativas a los criterios para la adopción de las medidas civiles, penales y asistenciales para mejorar la protección de personas menores y adolescentes; los criterios para mejorar la ejecución de las medidas aplicadas; y las buenas prácticas para el amparo de los y las menores víctimas de violencia machista.

Aunque inicialmente se había previsto la realización de las entrevistas de forma presencial, con encuentros con cada uno de los profesionales en la Universidad o en el propio puesto de trabajo del entrevistado, la irrupción de la pandemia por COVID-19 obligó al equipo investigador a replantear el trabajo de campo y realizar las entrevistas a través del uso de las nuevas tecnologías. En este sentido, todas las entrevistas se han realizado finalmente a través del sistema de videoconferencia que la Universidad Rovira i Virgili ha puesto a disposición

de la comunidad universitaria (programa TEAMS de Microsoft), enviando un enlace para la conexión a los entrevistados y al equipo investigador en los días y horas acordados para las entrevistas. A pesar de las limitaciones que ha supuesto, por un lado, el retraso en el inicio del trabajo de campo, y por otro, el hecho de no poder realizar encuentros presenciales con las y los profesionales, la realización de las entrevistas por vía telemática sí que ha favorecido la participación de un mayor número de investigadoras del proyecto en cada una de las sesiones con profesionales, lo que ha permitido llegar a un mayor grado de profundidad y especialización en todas las sesiones y hemos podido aprovecharnos así de una formación complementaria impartida por expertas y expertos en el tratamiento profesional de las violencias machistas y de la infancia.

Todas las entrevistas han sido grabadas y posteriormente se ha procedido a la edición de las grabaciones. La transcripción ha consistido en la elaboración de una ficha técnica correspondiente a la entrevista mantenida con cada profesional, donde se han consignado de forma sucinta pero exhaustiva las explicaciones del profesional en relación con cada uno de los aspectos más relevantes del proyecto, e incluso alguna de las entrevistas se ha transcrito completamente.

6. Resultados

6.1. ¿Tienen la consideración de víctimas las personas menores?

Como hemos dicho anteriormente, el cambio en la consideración de las víctimas en los procesos penales se dirige a garantizar sus derechos y su autonomía, y así se constata en la Directiva 2012/29/EU y en la posterior aprobación del Estatuto de la víctima a nivel estatal de la Ley 4/2015. Ahora bien, este primer paso, positivo respecto al reconocimiento de este estatuto de víctimas, no se ve después reflejado o completado en la práctica.

De hecho, la mayoría de profesionales del ámbito psico-social entrevistadas comenta que existe un decalaje importante entre la normativa y la práctica, ya que todas coinciden en la idea de que los derechos de los progenitores (madre-víctima y padre-agresor) prevalecen por encima de los derechos de las personas menores.

Esto se pone de manifiesto en todas las fases de la intervención social y judicial, pero destaca, sobre todo, en las decisiones sobre el uso de los puntos de encuentro, el régimen de visitas y la inhabilitación de la patria potestad que, según las entrevistadas: "parece una utopía porque no suelen darla".

Otra reflexión interesante, que aportan las profesionales del ámbito social sobre los derechos de las personas menores víctimas de violencia de género, es que la intervención no es en estos momentos todavía integral, porque la consideración del hijo o hija como víctima de violencia de género se ha "añadido" a la consideración inicial de víctima de la mujer/madre. Por tanto, la intervención sobre la persona menor también se ha "añadido" a un modelo previamente diseñado para atender solo a la mujer/madre. En este sentido, ven un reto el seguir estudiando y buscando modelos y formas de intervención que equiparen a ambas partes.

Un juez ilustra esta situación cuando señala que los esfuerzos se han centrado en poner fin a la situación de violencia hacia la mujer, en las medidas de protección acordadas a través de la orden de protección, en la condena del agresor, pero que "los niños han sido considerados como un anexo" y no se les

ha tenido en cuenta de manera específica; a lo sumo, han recibido la consideración de testigos, es decir, como fuente de prueba si han visto los hechos.

Por último, añadiremos otra reflexión en torno a la triple relación agresor-víctima-menor. En varias de las entrevistas realizadas ha emergido la crítica a que el derecho del hombre/agresor pase por encima del de la mujer/víctima y del de la persona menor, porque “finalmente, a quien “se expulsa” verdaderamente del sistema es a la mujer y a sus hijos o hijas”. Comparándolo con épocas anteriores, nos comentan que “el hombre tiene la condena, pero tiene libre circulación por el sistema, ¡se puede saltar una orden de protección! (...) Sin embargo, a la mujer la protegemos como en una urna y le tomamos todos los derechos, porque tiene que irse a otra ciudad, dejar a su familia, su trabajo, etc. (...) Y con ella, también el hijo o la hija se queda sin amigos, sin escuela...”. Comentan que bajo la perversión de un sistema patriarcal, parece que las estrategias para la protección de las mujeres y los menores también lo acaban siendo (patriarcales). De este modo, tras la idea de la “protección”, se escondería el rechazo y la reinvisibilización y revictimización de la mujer y su hijo o hija. Como señala una de las informantes: “Intentando protegerlos (a la mujer y al/a la hijo/a) lo que hacemos en realidad es castigarlos”.

6.2. El interés superior de la persona menor: una entelequia

Lo que acabamos de apuntar enlaza directamente con la falta de consideración preferente del interés de los menores, que según los textos normativos internacionales y nacionales, debería prevalecer sobre cualquier otro derecho, interés o principio. Sin embargo, en la práctica, no tiene más aplicación que su reiteración retórica.

En esta línea se han manifestado algunas profesionales entrevistadas, que confirman que se habla del interés superior de las personas menores, pero que son las personas adultas las que deciden cuál es ese interés; o que la balanza entre el interés del menor y los derechos de sus padres se inclina a favor de los progenitores. Incluso se habló de una presunción de coincidencia entre los intereses de unos y otros, cuando no tiene por qué ser así.

Un ejemplo de la confusión o asunción por parte de uno de los progenitores, en este caso de la madre, del interés superior de las personas menores, es decir, de sus hijos e hijas, se da en el contexto de las denuncias por malos tratos prevista en el artículo 153 del CP. En estos casos de violencia puntual, a menudo la madre solo pide medidas penales, y si afirma que su agresor es buen padre, y no existe ningún riesgo para los o las menores, no se adoptarán medidas civiles, porque se entiende que el interés superior de la persona menor no lo requiere. Sin embargo, dado que es una decisión que le afecta, habría que dar mayor relevancia y justificar mejor si se han ponderado realmente todas las circunstancias y necesidades de la persona menor. El supuesto es diferente si las denuncias de la madre son recurrentes y si existen indicios de violencia del padre hacia los/las hijos/as. Por el contrario, si la madre pide medidas civiles respecto de los/as hijos/as, entonces sí que siempre se adoptan, pero de nuevo, es la valoración de la madre la que se tiene en cuenta, como persona que representa los intereses de la persona menor.

Una de las consecuencias de los plenos efectos del principio del interés superior de la persona menor es la de reconocer que estas son sujetos de derecho. Sin embargo, de las diversas entrevistas no se desprende que esta opción se vea reflejada, aunque una de las entrevistadas afirmaba que debería garantizarse que “El niño tiene derecho a ver a sus padres, pero también tiene derecho a no verlos”. No existe tampoco un ejercicio real de los derechos de las personas menores, ya que no pueden instar acciones directas, con la asistencia letrada y de procurador, si no están los progenitores en medio. En concreto, una jueza considera que no sería práctico, puesto que esta opción dificultaría la tramitación de los procedimientos, porque se verían obligados a designar un defensor judicial, y además, teniendo en cuenta la escasez de recursos de los que se dispone, si ya hay pocos fiscales, menos viable es aún contar con defensores judiciales en defensa de los intereses de los menores.

El interés superior del menor, en tanto que principio, se manifiesta en varios momentos y fases del procedimiento, y, en particular, en el trámite de la exploración de la persona menor, que se analiza en un apartado posterior, donde se ponen de manifiesto de la forma más cruda los distintos intereses contrapuestos. En este sentido, uno de los entrevistados recordó una resolución

del TC reciente (la STC 64/2019, que se comenta en un apartado posterior), que indica que el resultado de la exploración de las personas menores debe hacerse llegar a los progenitores, porque, a pesar de valorar el interés primordial de las personas menores, prevalece el derecho de defensa de los progenitores y deben conocer lo que piensan los/las menores.

Al margen de este supuesto, la carencia de consideración respecto del interés superior de la persona menor y su papel totalmente secundario también se denota en comentarios que han aflorado en las entrevistas, como por ejemplo: en la constatación por parte de la fiscalía de que la violencia de género que menos llega es la violencia continuada, cuando es la que más daño puede causar a los menores; cuando una abogada explica que a veces no se conceden órdenes de protección a los y las menores a pesar de haber sufrido directamente la situación de violencia por no considerarlos objeto del procedimiento o por no querer victimizarlos; o bien la crítica de un abogado en el sentido de que cree que, a los agresores, “se les priva *de facto* del derecho a relacionarse con sus hijos o hijas, mientras se resuelve el caso, y por culpa de la lentitud de la justicia”; donde se constata que el interés de la persona menor no tiene ningún papel.

En suma, los problemas que plantea el interés superior de la persona menor fueron resumidos por una de las personas entrevistadas, cuando afirmó que la aplicación del principio se ha desdibujado tanto que lo calificó de “entelequia”.

6.3. La importancia de una buena asistencia en el momento de la denuncia

Las entrevistas realizadas han puesto de relieve la importancia fundamental que tiene el momento de la denuncia como momento en el que se pone en marcha el engranaje judicial y en el que se toman decisiones determinantes de cara a garantizar la protección de la mujer y de las personas menores. La formulación de la denuncia y de lo que se haga constar puede condicionar la evolución del procedimiento y las medidas civiles y penales que se adopten para la protección de los y las menores. Por este motivo, tanto jueces/zas como abogados/as y agentes de Mossos d'Esquadra subrayan la necesidad de que la víctima

disponga de un buen asesoramiento en el momento de formular la denuncia. Uno de los jueces entrevistados comenta en este sentido que, aunque la víctima tiene derecho a disponer de asistencia letrada desde la comisaría, “es frecuente que el abogado no llegue al juzgado hasta poco antes de entrar a declarar ante el juez, cuando lo necesario es que pudieran reunirse antes y evaluar las necesidades civiles y penales de la mujer y de los menores”. De hecho, según el juez, “una correcta asistencia jurídica a la víctima en esta fase inicial del procedimiento y, sobre todo, la valoración de las medidas civiles que pueden interesar a la víctima, evitaría dejar en manos del juez o jueza de VIDO la concreción de las medidas civiles”.

Como respuesta a esta situación, que parece bastante frecuente, dos abogados y una agente del cuerpo de Mossos d'Esquadra describen el plan piloto impulsado por el propio Ilustre Colegio de Abogados de Reus (ICAR), Mossos d'Esquadra y la Policía Local. Este plan piloto consiste en que en el momento en que una víctima acude a comisaría, se avisa al ICAR para que envíe a la abogada o abogado de oficio del turno de VIDO y asista a la víctima desde el primer momento. El/La abogado/a así designado/a acude a comisaría en un plazo máximo de una hora, asiste a la víctima en el momento de poner la denuncia en comisaría y acude también al día siguiente al Juzgado de VIDO para asesorar a la víctima en el momento de declarar ante el juez, haciéndose cargo también de todos los procedimientos posteriores. Este proceder ha sido reconocido e incorporado en la última modificación de la ley catalana de violencia machista, la Ley 17/2021, por lo que próximamente habrá que extender esta medida a toda Cataluña y, de hecho, el propio Consejo General del Poder Judicial está estudiando su aplicación en el resto del estado español.

La información y el asesoramiento que se facilita a la mujer en sede policial resulta muy importante y por este motivo la agente de Mossos entrevistada explica que en el momento en que la víctima va a comisaría, tanto si quiere interponer denuncia como si decide no hacerlo, se activa la asistencia jurídica para informar a la mujer sobre las medidas que puede solicitar y sobre la valoración del riesgo. Si decide no denunciar, desde Mossos se puede ofrecer un servicio de acompañamiento a la víctima que no interfiera en su vida cotidiana; en cambio, si denuncia, se activan los medios para que pueda reunirse

con su letrado o letrada, que le asesorará durante la declaración. La agente entrevistada explica que de las limitaciones derivadas de la pandemia han sacado también algunos aprendizajes positivos, como el de facilitar que la víctima pueda reunirse con la abogada o abogado a través de un sistema de videoconferencia, que permita al mismo tiempo garantizar el asesoramiento jurídico y acortar los tiempos de espera de la víctima en comisaría.

La importancia del tratamiento que se da a la víctima en el momento de interponer denuncia se ha enfatizado por algunos/as abogados/as, que señalan lo relevante que es que las y los agentes policiales que atienden a las víctimas cuenten con la formación y la capacitación necesaria para, por un lado, acompañar a las víctimas con la empatía y sensibilidad que requieren, y también, por otro lado, redactar de forma esmerada y, sobre todo, de forma muy completa el texto de la denuncia. En esta línea, tanto jueces/zas como abogados/as alertan de que lo que no se hace constar inicialmente en la denuncia —otros episodios delictivos sufridos y el propio sufrimiento psicológico que experimenta la víctima— difícilmente podrá incorporarse posteriormente a la causa, de forma que ya no será objeto de las diligencias de investigación. De ahí que en las entrevistas se ponga mucho énfasis en la necesidad de plasmar en la denuncia toda la información y de la forma más exhaustiva posible.

En relación con esta cuestión, se pregunta a la agente del cuerpo de Mossos d'Esquadra de qué forma se toma la denuncia y de qué formación y capacitación disponen los agentes policiales que tienen atribuida esta tarea; dice que después de un período de tiempo en el que los grupos de atención a la víctima (GAV) fueron mayoritariamente destinados al seguimiento y acompañamiento a las víctimas, actualmente estos/as agentes especializados han vuelto a hacerse cargo de la doble función de recogida de la denuncia y del posterior seguimiento a la víctima, proporcionando así un servicio integral. La agente entrevistada reconocía que, ciertamente, por una cuestión de falta de recursos humanos es posible que en alguna ocasión la víctima acuda a comisaría en un momento en que no están activos los grupos de atención a la víctima, pero si se detecta que se trata de un supuesto grave, igualmente se requeriría la presencia de estos/as agentes especializados/as del grupo de atención a la víctima.

Dado que un recurso disponible en el momento de la denuncia es el Equipo del Servicio de Acompañamiento a la Víctima del Delito (OAVD) de la Generalitat de Catalunya, se entrevistó a las psicólogas de este servicio, que atienden no solo casos de violencia machista sino también otros tipos de violencia y que centran su labor en dos áreas de actuación: el acompañamiento de las víctimas a los juzgados de VIDO y el acompañamiento a juicios de todo tipo de delito. Estas profesionales comentan que cuando atienden a las mujeres víctimas de violencia de género no realizan intervención directa con sus hijos e hijas. En relación con los y las menores, resaltan la idea de que hijos e hijas están protegidos jurídicamente pero no a nivel de intervención, y en este sentido dicen que “la contradicción está en que el Estatuto de la Víctima reconoce al hijo o hija como víctima, pero a la hora de la intervención los y las menores se ven solo 'como una extensión de la madre'”. Al respecto, señalan que faltan medidas de protección a nivel práctico, porque a nivel judicial el niño o niña sale del juzgado con una orden de protección, con medidas penales y civiles, etc., pero durante el rato que está allí nadie lo protege: "nadie prevé o vigila que el menor escuche conversaciones delicadas y/o sensibles de los profesionales con la madre sobre el acto violento". Relacionan este hecho con una forma más de victimización secundaria e indican que incluso en este servicio de acompañamiento a las personas menores se les ve como un “obstáculo y un problema”, y que deben insistir continuamente a las madres en que no los traigan. Además, señalan que en el momento de la denuncia no hay ningún espacio ni herramienta de intervención para acompañar a los y las menores y que ellas mismas deben encargarse a menudo de su cuidado, a pesar de no ser un trabajo que forme parte de sus competencias. Comentan que no hay nadie que judicialmente tenga el rol de decir qué hacer con el/la menor mientras la madre está denunciando. Solo atienden a veces a menores adolescentes o preadolescentes que pueden declarar en relación con el delito o que ellos/as interponen denuncia hacia el agresor o solicitan el alejamiento. Tampoco se contemplan las necesidades de las personas menores: los tiempos de espera son largos e indican que no se vigila ni mira si el niño tiene sed, hambre o cualquier otra necesidad. En la práctica, pues, los niños "molestan" y el tipo de intervención que se hace depende, más que de un protocolo estudiado y pensado, de la sensibilidad o no del/de la juez/a: "No hay nada previsto".

Igualmente, piensan que se debería disponer de un sistema de información más efectivo para que las madres puedan explicar a sus hijos/as lo que implica la denuncia y el procedimiento. De esta forma, creen que se evitarían muchos malestares y problemáticas psicológicas, tanto en las madres como en sus hijos o hijas. Esta falta de información se hace más evidente cuando deben atender a mujeres de otras etnias y/o lugares de origen. Habría que aplicar perspectivas y metodologías más integrales e interseccionales al respecto.

6.4. Medidas cautelares civiles y penales en la orden de protección

6.4.1. Medidas Civiles

6.4.1.1. Pronunciamiento de oficio sobre las medidas civiles en la orden de protección

Con relación a la obligación legal del juez o jueza de adoptar medidas civiles dentro de la Orden de Protección, los profesionales entrevistados han manifestado, en función del colectivo:

- Los abogados y abogadas han afirmado mayoritariamente que se centran exclusivamente en dar respuesta a las peticiones y necesidades de la mujer víctima y su agresor (“los menores tienen un tratamiento periférico”) (“los menores son los grandes olvidados”)
- La Fiscalía de Tarragona indica que tan solo piden medidas civiles para los menores cuando detecta un riesgo grave dada la gravedad de los hechos; pero, por norma general, si la madre no lo solicita, el Ministerio Fiscal no suele solicitar medidas civiles dentro de una orden de protección: "si la madre no pide medidas para los hijos porque la madre dice que con ellos es un buen padre, el fiscal no las adopta"; "las medidas civiles se dan si se solicitan por las partes, la fiscalía se adhiere. El principio de rogación propio de la materia civil hace que las medidas civiles no se concedan salvo a petición de parte y siempre que previamente se hayan acordado medidas penales"; "el Ministerio Fiscal

no se ocupa de solicitar las medidas civiles y tampoco reclama su ratificación posterior".

- Cuando la Orden de Protección no se dicta por un VIDO —porque lo hace el juzgado de guardia o no hay juzgado VIDO en ese partido judicial—, en la gran mayoría de casos no se pronuncian sobre estas medidas, salvo que el resto de partes procesales se lo soliciten. Por el contrario, los jueces y juezas de VIDO entrevistados han manifestado que, en su caso, sí que se adoptan medidas civiles de oficio, cumpliendo así con la previsión legal: “desde la reforma de 2015 las medidas civiles deben adoptarse de oficio y yo, siempre que tengo menores en el proceso, adopto medidas civiles con independencia de que otorgue o no la Orden de Protección y decrete o no medidas penales”, “exista o no una solicitud a instancia de parte u orden de protección, los jueces de oficio debemos pronunciarnos sobre las medidas civiles, con independencia de lo que pidan las partes”.

6.4.1.2. ¿Se modifican en la orden de protección unas medidas civiles ya adoptadas?

Respecto a la obligación de los jueces y juezas de acordar medidas cautelares civiles en la Orden de Protección siempre que previamente no se hayan acordado estas medidas por un órgano de la jurisdicción civil en un procedimiento previo de familia (art. 544.ter.7 de la LECrim), los y las profesionales entrevistados ponen de relieve:

- Los/as abogados/as entrevistados/as han puesto de manifiesto que aunque pidan una modificación de las medidas ya acordadas por la jurisdicción civil para adaptarlas a la situación resultante del episodio de violencia, no es habitual que los/as jueces/zas del VIDO entren a valorar la necesidad o no de adecuar las medidas civiles a las nuevas circunstancias: "si hay medidas civiles previas y los menores no son víctimas directas, el VIDO no modifica las medidas civiles adoptadas".
- Los jueces y juezas de VIDO justifican su postura frente a la validez de las medidas civiles adoptadas por razón de que son juzgados del orden

jurisdiccional penal, lo que sumado a la literalidad del artículo 544.ter. 7 de la LECrim, que dispone: "siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil", implica que no pueden entrar a enjuiciar las medidas adoptadas por un órgano jurisdiccional civil, puesto que su competencia civil está asignada tan solo de forma excepcional y respecto de los asuntos que la ley expresamente les otorga. Además, en las entrevistas realizadas han indicado que la información de la que dispone la jurisdicción civil para adoptar estas medidas es mucho más amplia de la que, en su caso, tiene a su disposición el VIDO: "para dictar las medidas civiles de oficio, faltan elementos de enjuiciamiento en la orden de protección".

6.4.1.3. ¿Es posible una orden de protección con medidas exclusivamente civiles?

Los/Las abogados/as entrevistados/as afirman unánimemente que en aquellos casos en los que no exista un riesgo de suficiente entidad como para adoptar medidas penales, los juzgados de violencia doméstica no se plantean la posibilidad de dictar una orden de protección tan solo con medidas civiles: "no se conceden medidas civiles si no se han adoptado medidas penales. Las civiles solo acompañan a las penales".

Esta afirmación ha sido también ratificada por los y las fiscales que actúan en los asuntos de violencia machista: "en la Orden de Protección solo se dictan medidas civiles en la medida en que son necesarias para el cumplimiento de las medidas penales acordadas".

6.4.1.4. La suspensión de la potestad parental como medida cautelar

De acuerdo con la opinión expresada en las entrevistas, abogados/as, jueces/zas y Fiscales consideran que la orden de protección no es el instrumento más adecuado para acordar una suspensión de la potestad parental. Lo argumentan diciendo que la orden de protección se tramita en un juicio rápido, en un plazo de 72 horas y, por tanto, en muchas ocasiones, no se dispone tiempo suficiente para recopilar todos los datos y todos los informes necesarios para tomar una medida de esa envergadura y trascendencia. Así, las medidas civiles

que se dictan en una orden de protección se dictan muy rápido. Por tanto, no hay tiempo de practicar la prueba y hay muchos sobreseimientos”.

Sin embargo, matizan que tan solo en los casos en los que la agresión a las personas menores es directa y grave se adopta la suspensión de la potestad parental como medida cautelar: "la suspensión de la potestad parental como medida cautelar es muy excepcional, es mucho más frecuente suspender el régimen de visitas", y también: "No creo que sea una medida que deba adoptarse en el auto de una Orden de Protección. Solo en casos de violencia directa sobre el/la menor”.

Sin embargo, también hacen referencia a los casos en que los/as hijos/as son víctimas de violencia psicológica por parte del agresor, o bien que la situación de violencia psicológica derive de un reiterado y habitual maltrato sobre su madre, incidiendo directamente en el correcto desarrollo de los menores. En estos casos, los entrevistados han manifestado que muy excepcionalmente se concede la suspensión de la potestad parental.

6.4.1.5. El régimen de guarda y custodia como medida cautelar

Los y las profesionales de la abogacía y del ámbito social entrevistados explican que “si los casos de violencia no son muy graves y se producen esporádicamente, y la madre tiene problemas psicológicos y no está en condiciones de hacerse cargo de sus hijos e hijas, se conceden custodias a favor del padre”. Es decir, en contra de lo que establece el art. 233-11.3 del CCCat, donde se impide atribuir la guarda al progenitor contra el que se ha dictado una sentencia firme por actos de violencia machista o haya indicios fundamentados de que haya cometido actos de violencia machista, en la práctica se puede llegar a atribuir, incluso, la guarda exclusiva a favor del padre agresor si los episodios de violencia hubieran sido leves y la madre víctima no estuviera en condiciones de hacerse cargo de sus hijos/as por deficiencias psicológicas, adicciones, etc.

En línea con lo anterior, los entrevistados también apuntan que cuando tan solo hay indicios fundamentados de haber cometido actos de violencia, pero no sentencia firme, es aún más frecuente que el VIDO otorgue guardas compartidas a los progenitores. La justificación dada por jueces/zas y por el Ministerio Fiscal

es que si no existe sentencia condenatoria por violencia machista no suele aplicarse la prohibición de la guarda compartida. Las razones que alegan para esta actuación son que la prueba practicada no ha permitido acreditar los indicios de violencia, o que la mujer víctima se acoge a la dispensa de declarar, finalizando el procedimiento con un sobreseimiento (art. 416 de la LECrim): "si se archiva la causa de violencia por falta de indicios o porque la mujer se acoge a la dispensa de no declarar, no hay violencia y no resulta de aplicación el artículo que prohíbe la custodia compartida". "Si la madre se acoge al 416 de la LECrim y el hijo no quiere o no puede declarar, no se puede mantener [el procedimiento abierto] en modo alguno". En suma, "la custodia compartida está muy claro no darla cuando existe una sentencia condenatoria, pero no así cuando la sentencia es desestimatoria o absolutoria y la madre se acoge a la dispensa de declarar".

En cuanto al régimen de comunicación y estancia de los y las menores con el progenitor agresor cuando se ha otorgado una guarda exclusiva a favor de la madre, los y las abogadas entrevistados inciden en la tendencia a priorizar el derecho del progenitor que no tiene la guarda a tener contacto con los/las menores por encima de los otros intereses en juego, como expresa la reiterada afirmación de que "un padre, a pesar de ser agresor, puede ser un buen padre". En este sentido, "si el maltrato es continuo, al agresor se le considera un mal padre, pero si el maltrato son episodios puntuales, entonces puede ser un buen padre. Esto influye a la hora de determinar si se suspende o no la patria potestad, puesto que esta medida debe ser proporcional. Por eso, sí que se concede la suspensión cuando son penas de prisión". En consecuencia, "no se conceden medidas civiles en la orden de protección respecto de los hijos porque se quieren garantizar los derechos del agresor".

Incluso, abogados y abogadas han puesto de manifiesto que el otorgamiento de amplios regímenes de comunicación y visitas entre el padre agresor y sus hijos/as da lugar, *de facto*, a un régimen cercano a la guarda compartida: "en realidad, son custodias compartidas encubiertas".

Por último, desde el ámbito de los Servicios Sociales se critica que en el ámbito jurídico debería tenerse más presente cómo puede influir la adopción de un régimen de visitas a favor del padre agresor o de sus familiares en el correcto

desarrollo de sus hijos e hijas. En especial, por las consecuencias negativas que esto tiene para los y las menores cuando el padre cumple una pena privativa de libertad. Se habla en este sentido de una “falta de perspectiva de género en el sistema judicial”. Ponen el peso exclusivamente en la madre”. Y sugieren una razón: *“El hecho de que las cuestiones civiles se tramiten en el VIDO que, en realidad, es un juzgado de lo penal, puede ser parte del problema en relación con su falta de sensibilización en temas de familia”*. También se reclama una mayor concienciación de los órganos jurisdiccionales: “hay medidas como la suspensión del régimen de visitas que no se piden. Esto ocurre porque no hay tradición de hacerlo. Posiblemente porque los jueces no piensan más allá de la resolución judicial y existe una falta de concienciación de jueces y fiscales, que tampoco las piden. Es muy necesaria la concienciación de los jueces en ese sentido”.

6.4.1.6. El régimen de prestación de alimentos como medida cautelar

Tanto los abogados y las abogadas como los fiscales confirman, de forma bastante unánime, que la prestación de alimentos a favor de los/las menores prevista en el artículo 544.ter.7 de la LECrim, es una de las medidas civiles que habitualmente se adoptan en la orden de protección.

Jueces y juezas de VIDO manifiestan que adoptan con carácter general esta medida civil para asegurar que el episodio de violencia de género no altere el deber del progenitor agresor de hacer frente a las necesidades de sus hijos/as y el derecho de estos últimos a recibir la cuantía necesaria para su manutención.

Sin embargo, la discrepancia aparece en relación con la determinación de la cuantía que debe acordarse en concepto de prestaciones de alimentos. Desde la abogacía aseguran que se aportan pruebas suficientes para la fijación de la cantidad más adecuada al caso concreto, mientras que los órganos juzgadores alegan que no tienen suficiente tiempo ni recursos suficientes para profundizar en este aspecto, por lo que acaban acordando prestaciones de alimentos estándar: "se conceden pensiones estándar, sin entrar a valorar el caso concreto, porque ya se ventilarán en el posterior procedimiento civil".

6.4.2. Medidas penales

Las medidas de naturaleza penal que pueden adoptarse en el marco de la orden de protección pueden consistir en cualquiera de las previstas en la legislación procesal penal (art. 544 ter.6 de la LECrim). Estas medidas, que son de naturaleza cautelar y que, como tales, solo están vigentes durante el procedimiento, son: la privación de libertad del agresor (prisión provisional), la orden de alejamiento, la prohibición de comunicación y la prohibición de volver al lugar del delito o lugar de residencia de la víctima, así como la retirada de armas u otros objetos peligrosos.

Para adoptar las medidas penales de una orden de protección, el juez o jueza debe valorar la concurrencia de indicios —en el caso de maltrato serán, normalmente, la declaración de la víctima, la documentación médica y el reconocimiento médico-forense— y la valoración —policial y, en su caso, médico-forense— del riesgo. También existen otros elementos de valoración del riesgo, como la denuncia de una situación de violencia prolongada en el tiempo; la retirada de denuncias previas —por la acogida de la víctima a la dispensa legal del art. 416 de la LECrim—, de modo que el hecho de reanudar la convivencia puede ser una situación de riesgo; la falta de aceptación de la ruptura por parte del agresor; el consumo de sustancias estupefacientes y tóxicas; la existencia de antecedentes penales del agresor en relación con otras víctimas, entre otras.

La adopción de una orden de protección puede llevar a dictar medidas de carácter penal que den lugar a una restricción de los derechos vinculados al ejercicio de la patria potestad. Esta restricción afecta a la relación del presunto agresor respecto de los hijos e hijas, menores de edad y adolescentes, que pueden haber sido víctimas directas de la conducta o testigos de las agresiones a la madre.

Como medidas de naturaleza penal que pueden desplegar efectos sobre el ejercicio de la patria potestad encontramos tanto la privación provisional de libertad, como la orden de alejamiento, la prohibición de comunicación o la prohibición de volver a la residencia de la víctima, especialmente cuando esta sea, también, la residencia de los menores. En cualquier caso, estas medidas

solo están vigentes durante el procedimiento, de modo que la decisión definitiva respecto a la afectación a los derechos parentales se adoptará en sentencia definitiva. Si esta contiene un pronunciamiento absolutorio se levantarán las medidas y el progenitor podrá reanudar el ejercicio de la parentalidad con las personas menores, salvo en el caso de que se adopten medidas restrictivas en el orden civil. Por el contrario, cuando el pronunciamiento judicial sea condenatorio, pueden adoptarse sanciones que inhabiliten temporalmente o que priven definitivamente de la patria potestad.

En relación con estas medidas cautelares penales, los jueces y juezas entrevistados han señalado que, respecto a la duración de las medidas penales de la orden de protección, es necesario tener presentes diferentes realidades:

- Las causas se pueden tramitar por juicio rápido, porque estamos ante una causa sencilla o un delito leve, que son algunos de los supuestos que admite la LECrim (arts. 795 y ss). En este caso, es muy probable que cuando el juez o la jueza de VIDO, que es quien realiza la instrucción, resuelva sobre la orden de protección, conozca ya la fecha del juicio oral, que se desarrollará ante el juez penal. En este caso, si se fija para una fecha inferior a 3 meses, cosa probable, no tiene demasiado sentido que se dicte una medida de protección de larga duración, porque una vez celebrado el juicio se dictará una sentencia penal que resolverá el caso, dejando sin efecto la orden de protección, modificando su contenido o prorrogándola.
- En cambio, en aquellos procedimientos que el VIDO tramita como diligencias previas, porque no se dan los requisitos para activar la vía del juicio rápido, es necesario, por tanto, seguir el procedimiento abreviado, que es el más habitual para delitos castigados con pena privativa de libertad de hasta 5 años. En este caso, es previsible que la tramitación del procedimiento se prolongue en el tiempo y esto explica que para las medidas penales se pueda fijar una duración de entre 6 meses y 1 año.

6.5. Adopción y prórroga de las medidas civiles en una orden de protección

6.5.1. Adopción de las medidas civiles

Con carácter previo, es de interés destacar la reflexión de uno de los magistrados entrevistados que afirma que “las medidas civiles son las grandes olvidadas. La adopción de medidas civiles y penales en estos conflictos corresponde al Juez de Violencia sobre la Mujer, aunque en realidad asistimos a un abandono de las medidas civiles, adquiriendo protagonismo las medidas penales. Por su parte, los letrados se centran en la existencia de indicios de delito, si existe una situación objetiva de peligro; pero la situación de los menores a todo el mundo se le pasa por alto. La consecuencia será que, a lo sumo, la orden se pida estándar, pero no existe un esfuerzo por parte de los abogados ni tampoco del Juzgado con relación a las medidas civiles, a las que se da menor relevancia. Esto puede deberse a la provisionalidad de estas medidas, que tienen una duración inicial de 30 días, que hay que prorrogar”.

En este punto destacamos tres realidades diferenciadas:

- a) La existencia de una sentencia de divorcio previa con medidas civiles vigentes cuando se dicta una orden de protección *a posteriori* no tiene como consecuencia, para los y las magistradas entrevistadas, la modificación de la sentencia civil inicial, a menos que lo soliciten las partes a través de la correspondiente demanda civil de modificación de medidas. En concreto, reconocen que la práctica habitual es que cuando ya se ha establecido un régimen de visitas, derivado del proceso civil previo, si la acusación particular no lo pide, el juez o jueza de VIDO no se pronuncia sobre lo que ya ha establecido el juzgado civil, salvo para regular las entregas y recogidas de los y las menores.
- b) Las entrevistas a los y a las profesionales jurídicos coinciden en afirmar que las medidas civiles casi siempre irán acompañadas de medidas penales, por lo que raramente se dictará una orden de protección solo con medidas de tipo civil que no dependan de las anteriores penales.

Abogadas y abogados reconocen que “de oficio, los jueces VIDO no dictan medidas civiles para los menores. Te incitan a que vayas a pedir medidas

provisionales al juzgado de familia". Esta práctica de los tribunales tiene como consecuencia que la petición de las medidas provisionales civiles se formule ante el juzgado de familia, lo que, en palabras de este colectivo, dilata considerablemente el tiempo de su resolución, aumentando de rebote el riesgo de los y las menores.

Con todo, el colectivo de Mossos d'Esquadra contradice esta versión, y lamenta que mayoritariamente sean abogados y abogadas quienes no pidan las medidas civiles en la orden de protección, y que ni siquiera informen a las víctimas de esta posibilidad. Por este motivo, cuando las víctimas acuden a comisaría, son ellos quienes les informan sobre las medidas civiles a las que tienen derecho y del plazo para pedir las.

c) Los y las abogadas denuncian que la adopción de medidas civiles en la orden de protección, específicamente respecto de las personas menores, solo tiene lugar cuando se les atribuye la consideración de víctimas directas de la violencia por haber sido maltratadas físicamente.

A la anterior crítica, la reacción del colectivo de fiscales y jueces/zas y magistrados/as ha sido diferente.

Desde la perspectiva de los tribunales de justicia, se admite la existencia de prácticas dispares que llevan, en algunas ocasiones, a la falta de pronunciamiento sobre las medidas civiles de la orden de protección. Así, se admite que algunos juzgados, si no acuerdan la orden de protección, no se pronuncian sobre las medidas civiles, que son las que más protegen a los menores, aunque eso no quiere decir que dejen de investigar la causa penal, ya que su instrucción seguirá su curso. Pero afirman que este no es el caso del VIDO de Tarragona, que siempre que hay menores se pronuncia sobre las medidas civiles, se hayan o no pedido. Sin embargo, el problema que se plantea es que esta resolución debe adoptarse en un momento muy inicial, cuando todavía se dispone de poca información, como por ejemplo que no conoce la situación patrimonial de ninguna de las partes, o que las unidades de valoración integral todavía no han intervenido. Por este motivo, estas medidas quedan abiertas a posibles modificaciones futuras, en virtud del artículo 158 del CC, o a través de la solicitud de medidas provisionales en la demanda. En cuanto a la

adopción de medidas civiles que afectan a la guarda y custodia de hijos e hijas menores, la magistrada entrevistada destaca que siempre las acuerda de oficio ante la existencia de menores, exista o no previa petición de parte. Al respecto, apunta que los abogados y abogadas de Tarragona en ocasiones se sorprenden de esta actuación, que el artículo 65 de la LOMPIVG contempla expresamente a raíz de la reforma de 2015, cuando las partes no la han pedido.

Sin embargo, en la línea de la abogacía, otra de las juezas encuestadas destaca la peculiaridad de que en los casos más graves de violencia de género es donde se producen más conformidades y también más renunciadas a las acciones civiles derivadas del delito, lo que comporta que no se entre a resolver o matizar en relación con las medidas civiles sobre los hijos e hijas.

Por su parte, la fiscalía insiste en que la orden de protección debe adoptarse en un período de 72 horas. En este brevísimo espacio de tiempo, se pregunta a la víctima si quiere medidas civiles; si lo desea, se entran a valorar y, si no lo desea, se valora la gravedad de los hechos, de modo que si se detecta un riesgo grave para los/las menores, el Ministerio Fiscal propone de oficio la adopción de medidas civiles. Ahora bien, se admite que por norma general no se adoptarán en una orden de protección medidas civiles con vigencia durante todo el procedimiento si la madre no lo pide, puesto que se parte de muy poca información, la que transmiten los progenitores. Este colectivo no considera que en una orden de protección se puedan adoptar unas medidas civiles adecuadas con carácter definitivo, dado el poco tiempo del que disponen para dictar la orden de protección y la poca información que se tiene en ese momento inicial. Por este motivo considera más adecuado hacerlo con posterioridad, una vez se haya interpuesto la demanda y se haya obtenido la correspondiente valoración del equipo técnico y demás profesionales: de la psicología, equipos de atención a la víctima, oficinas de atención a la víctima, etc.

6.5.2. Prórroga: ratificación o modificación de las medidas civiles

Respecto a la prórroga de las medidas civiles inicialmente adoptadas, la experiencia aportada por los profesionales pone de relieve la inconcreción de la norma que la regula (art. 544 ter. 7 de la LECrim), que da lugar a una determinada práctica forense.

Así, después del episodio de violencia y de la orden de protección, y una vez interpuesta la pertinente demanda civil, si bien es cierto que en aplicación del principio favor *filii* la prórroga debería acordarse de oficio, no todos y todas las abogadas confían en que el juez lo acabe haciendo. En cualquier caso, estas profesionales se muestran partidarias de pedirla siempre en la misma demanda civil a través de “otrosí”, a fin de que las medidas civiles acordadas extiendan su vigencia mientras no se dicte la sentencia definitiva, ya que el procedimiento de familia principal puede durar mucho, seis meses o incluso un año, siendo destacable la lentitud del VIDO en la resolución de estos casos.

Desde la perspectiva de los y las jueces y magistradas, la inicial provisionalidad, con una duración de 30 días, de las medidas civiles adoptadas en una orden de protección puede comportar su adopción precipitada. No obstante, una vez interpuesta la demanda de familia, que deberá ser ante el juzgado de VIDO en tanto que existe una causa penal abierta, el propio juez o jueza de VIDO las prorroga de oficio hasta la celebración del juicio de familia. Por tanto, aunque la LECrim establece que la ratificación de estas medidas tendrá una vigencia de 30 días desde la presentación de la demanda civil de familia en el juzgado de VIDO, en la práctica se mantienen hasta la celebración de la vista del proceso de familia.

6.5.3 Modificación de las medidas civiles una vez finalizada la causa penal

Los y las profesionales entrevistadas coinciden en afirmar que la extinción de la causa penal por violencia de género tendrá como consecuencia que la posterior modificación de las medidas civiles, cuando proceda, deberá solicitarse al juzgado civil de primera instancia o de familia, y ya no al juzgado de violencia sobre la mujer, que ha perdido la competencia civil para hacerlo.

6.6. La privación del ejercicio de la patria potestad por la vía penal

Cuando el procedimiento penal puesto en marcha finaliza con una sentencia condenatoria, el juez o jueza puede imponer al autor de los hechos consecuencias jurídicas que comportan una restricción, por vía penal, del ejercicio de la patria potestad. Estas penas son: la privación de la patria potestad,

la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, y la prohibición de aproximarse a la víctima, familiares o personas que determine la sentencia.

En primer lugar, en cuanto a la pena de privación y la de inhabilitación de la patria potestad, cabe señalar que la diferencia entre ambas penas recae fundamentalmente en el objeto de privación y en su duración. La privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad y, según el artículo 33 del CP, se considera siempre una pena grave, en términos similares a lo previsto para una inhabilitación absoluta. En cualquier caso, esta pérdida de titularidad se predica del progenitor, pero no respecto de los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado, que siguen vigentes (art. 46 del CP). Por el contrario, la inhabilitación especial se configura como una pena de duración temporal por la que se priva al penado de los derechos inherentes a la patria potestad y se extinguen los derechos relativos a la tutela, curatela, guarda o acogimiento y la incapacidad para obtener su nombramiento durante el tiempo de la condena. La inhabilitación especial se considerará una pena menos grave cuando tenga una duración de hasta cinco años y será, en cambio, una pena grave cuando supere los cinco años (art. 33 del CP). Como veremos a continuación, ambas sanciones pueden funcionar como pena principal cuando el legislador las ha establecido específicamente en el tipo penal, pero también pueden funcionar como pena accesoria cuando, según lo previsto en los artículos 55 y 56 del CP, pueden imponerse acumulativamente a una pena de prisión.

En este sentido, la aplicación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad puede venir determinada por el hecho de que el tipo penal por el que se condena prevé como una pena principal, junto con la pena privativa o no privativa de libertad, la aplicación de una inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo determinado. En la medida en que la aplicación de esta inhabilitación es potestativa, la mayor parte de tipos penales que prevén su aplicación requieren que, en sentencia, el juez valore la adecuación de la medida al interés general del o de la menor. Por ejemplo, el artículo 173.2 del CP, relativo a la violencia habitual en el ámbito familiar, contempla la posibilidad de aplicar una inhabilitación de esa naturaleza por un plazo de uno a cinco años.

Por otra parte, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad se contempla también en la regulación del Código Penal como pena accesoria que se aplica de forma acumulativa a una pena de prisión prevista como pena principal. En este sentido, los artículos 55 y 56 del Código Penal establecen que la pena de prisión igual o superior a diez años faculta al juez o jueza a imponer adicionalmente una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (y también de la tutela, curatela, guarda o acogimiento) o bien la privación de la patria potestad. Asimismo, cuando la pena de prisión tiene una duración inferior a diez años el juez podrá imponer como accesorias la inhabilitación o privación mencionadas, si bien en este caso, el artículo 56 del CP reclama de forma expresa que estos derechos relativos al ejercicio de la parentalidad hayan tenido relación directa con el delito cometido, y que la sentencia determine expresamente esa vinculación. Por tanto, sea por su previsión como pena principal en el concreto tipo penal, sea por la posibilidad que abre la previsión de la inhabilitación y de la privación de la patria potestad como pena accesoria, estamos ante unas consecuencias de naturaleza penal que están al alcance de los operadores jurídicos.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que cuando las penas de inhabilitación del ejercicio de la patria potestad no estén previstas como pena principal en el tipo penal, solo podrán imponerse de forma accesoria cuando la jueza o el juez dicte una pena de prisión. Si el tipo penal prevé la posibilidad de aplicar una pena de prisión o una sanción alternativa, como pueden ser los trabajos en beneficio de la comunidad, la localización permanente o la multa, la inhabilitación solo se planteará en caso de que la jueza o el juez opte por la pena privativa de libertad. Es decir, si atendiendo a la gravedad de los hechos o a las circunstancias del autor, la jueza o el juez opta por no imponer pena de prisión, el penado mantendrá el ejercicio de la patria potestad al margen de la afectación que la violencia ejercida haya tenido sobre los menores.

En otro orden de cosas, el artículo 57 del CP obliga a aplicar como pena accesoria en casos de violencia de género y doméstica la pena de prohibición de aproximación a la víctima, otros familiares y personas que determine el juez en sentencia (art. 48.2 del CP). Esta prohibición de aproximación que se impone al agresor respecto de la víctima impide al penado acercarse a las personas, en

cualquier lugar en el que se encuentren, así como acercarse al domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuenten. La regulación del régimen jurídico de la pena incluye también una previsión específica respecto de los hijos e hijas de la víctima, puesto que se deja en suspenso el régimen de visitas, comunicaciones y estancia que se hubiera reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. La aplicación de esta pena en sentencia, que es obligatoria en los casos de violencia de género en las relaciones de pareja, obliga a dejar en suspenso el régimen de visitas, de modo que, incluso en caso de no dictarse una pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, el contacto con el progenitor agresor puede quedar restringido en cumplimiento de la prohibición de aproximación que rige para la madre víctima. Todo ello sin perjuicio de que la sentencia reconozca también a los hijos e hijas como víctimas de la violencia y determine la vigencia de la prohibición también respecto a estos.

A pesar de la amplitud de la previsión penal, la mayoría de los y las profesionales entrevistadas en esta investigación pusieron de manifiesto que no es habitual que se soliciten, y, por tanto, tampoco que se dicten medidas penales de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad. Según su experiencia, estas consecuencias se tramitan por la vía civil y las acusaciones ya no las solicitan en la vía penal, por lo que no se aplican en sentencia. Sin embargo, algunas profesionales se mostraron partidarias de incrementar la aplicación de estas sanciones penales. En concreto, una de las abogadas fue contundente en la crítica respecto a la inaplicación de estas medidas y, tras señalar que ella no había tenido ninguna experiencia en la concesión de estas medidas penales, lo atribuía a que “los jueces y juezas no son lo suficientemente valientes para entrar a valorar estas medidas y se mueven en un umbral de mínimos, en especial cuando no se ha acreditado una violencia física directa sobre los hijos e hijas”. Trabajadoras sociales del SIE coinciden con lo que argumentan las letradas: “aunque pueda haber medidas que la ley ya recoge, como la privación de la potestad o suspensión o tal, en la práctica o es un caso de un intento de homicidio o esto no se aplica nunca”.

Una de las juezas entrevistadas afianzaba esta idea y aludía a que “hay inercias que hacen que no se plantee la aplicación de las inhabilitaciones”. Señalaba que cuando se imponen penas de prisión, “la pena accesoria por excelencia es la

que priva del sufragio pasivo, aunque la eficacia de esta pena en los fines de prevención de las conductas de violencia de género o doméstica es, obviamente, nula”, y que en cambio, penas que podrían desplegar una mayor eficacia preventiva, como las inhabilitaciones para el ejercicio de la patria potestad, no llegan siquiera a plantearse. La jueza apuntaba a que la Fiscalía prácticamente nunca solicita las penas de inhabilitación y privación de la patria potestad, salvo en los casos más graves, y a que esto lleva a una infrautilización de esos preceptos. En cambio, sí suele aplicarse la prohibición de aproximación a los y las menores, si bien resulta también complejo de articular desde el ámbito penal, en especial cuando el juez penal desconoce cuáles son las medidas concretas que pueden haberse acordado en el ámbito civil en relación con el régimen de visitas. Precisamente este desconocimiento en sede judicial penal de las medidas adoptadas en el orden civil llevó a los jueces y juezas entrevistados a apuntar la necesidad de que, desde el ámbito penal, se puedan conocer las medidas civiles adoptadas, a fin de que las medidas en ambos órdenes sean coherentes. Las propuestas para favorecer la coherencia en las resoluciones pasan, según apuntan los propios jueces y juezas entrevistados, por articular mecanismos destinados a incrementar la comunicación entre juzgados del orden civil y del penal, de forma que este pueda llegar a conocer las medidas que se han adoptado en el ámbito civil, como orden de protección o en el proceso de familia correspondiente, el correcto funcionamiento de estas medidas, dictando las medidas penales en consecuencia.

Una cuestión relevante en relación con los supuestos en los que se ha dictado efectivamente una pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad es la que se plantea cuando, dada la corta edad del o de la menor en el momento de dictar se sentencia, se constata que el progenitor podría recuperar el ejercicio de estos derechos antes de que este o esta menor adquiera la mayoría de edad. En este caso, las personas entrevistadas apuntan a que es importante tener constancia de estos supuestos a fin de adoptar las medidas oportunas. Así una de las abogadas señala que ella procuraría controlar la liquidación de la condena para, llegado el momento, preparar la solicitud para la modificación de las medidas: “en este caso, no lo hará el Fiscal ni el Juez de oficio, el abogado debe controlar la liquidación de la condena, estar al corriente de cuando este señor

tiene previsto salir, y antes, preparar una modificación de medidas en el ámbito civil, e intentar otra vez pedir la suspensión porque si no ha habido contacto durante la condena, no se puede restaurar lo que había antes de la condena"; "aquel niño ya no relaciona la figura paterna con ese señor".

Otro abogado relataba un caso que responde a estas circunstancias e indicaba que en el supuesto concreto se interpuso un procedimiento ordinario para que pudiera privarse definitivamente de la patria potestad, si bien por la vía civil. Ahora bien, en caso de que no se considerase necesario privar definitivamente al progenitor del ejercicio de la patria potestad, lo que sí debería tenerse en cuenta es que la relación entre el progenitor condenado y el hijo o hija aún menor habría quedado interrumpida durante unos años —los de la condena— y que, por tanto, sería necesario determinar un proceso o una pauta de aproximación progresiva entre el padre agresor y el hijo o hija, que respetara los tiempos que el o la menor necesite para comprender y aceptar la nueva situación, en especial, cuando el o la menor fueron testigo de la violencia familiar o sufrió, incluso, directamente sus efectos. En estos supuestos, los encuentros entre las partes deberían desarrollarse necesariamente a través de visitas tuteladas y supervisadas en los denominados puntos de encuentro familiar a los que hacemos referencia en el próximo punto.

6.7. El rol de los puntos de encuentro

La creación de los Servicios Técnicos de Punto de Encuentro, prevista en el artículo 54 de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, los engloba en el conjunto de servicios que integran la Red de Atención y Recuperación Integral para mujeres que sufren violencia machista. El artículo 61 de la misma ley establece que los puntos de encuentro son servicios destinados a atender y prevenir, en un sitio neutral y transitorio, en presencia de personal cualificado, la problemática que surge en los procesos de conflictividad familiar y, en concreto, en el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos e hijas establecido para los supuestos de separación o divorcio de los progenitores o para los supuestos de ejercicio de la tutela por la Administración pública, con el fin de asegurar la protección de menores de edad . El desarrollo normativo de los puntos de encuentro se

encuentra en el Decreto 357/2011, de 21 de junio, de los servicios técnicos de punto de encuentro, que fija como finalidad de estos servicios la normalización del ejercicio de los derechos de relación y comunicación de los y las menores con sus progenitores y/o familiares, en situaciones de conflictividad, siempre que sea posible y de acuerdo con la evolución del niño. En este sentido, mientras la situación de conflictividad exista, es necesario garantizar a los y las menores su derecho a relacionarse con sus progenitores y/o familiares, velando por su bienestar emocional y preservándolos de la relación conflictiva y/o de todo tipo de violencia de las personas adultas, y en especial de la violencia machista, de acuerdo con lo que establece el artículo 233-13.2 del Código Civil de Cataluña.

Las funciones de los servicios técnicos de punto de encuentro, reguladas en el artículo 3 del Decreto, son las siguientes:

- a) Facilitar la visita del o de la menor con el progenitor o progenitores no custodios y/o la familia extensa.
- b) Ofrecer un espacio neutral y seguro para todas las personas implicadas para el ejercicio de los derechos de relación y comunicación con los hijos e hijas.
- c) Tratar de minimizar las repercusiones negativas mientras dure la situación.
- d) Informar sobre la existencia de instrumentos específicos para trabajar la problemática familiar existente, como la mediación y/u otros métodos de resolución de conflictos, sus características y ventajas, y facilitar el apoyo necesario para acogerse a estas alternativas, siempre que sea posible, a fin de que en el futuro puedan disfrutar de la relación sin necesidad de utilizar el Servicio.
- e) Informar regularmente a los órganos de derivación de la evolución del régimen de visitas, de las incidencias que se puedan producir y, en su caso, realizar propuestas sobre el ejercicio de los derechos de relación y comunicación con los hijos e hijas acordado.

La actividad que se presta en los puntos de encuentro debe respetar la primacía del interés superior de la persona menor, y cuando se presenten objetivos o

intereses contrapuestos, deberá darse prioridad a garantizar la seguridad y el bienestar del o de la menor.

Las opiniones expresadas por las y los profesionales entrevistados en relación con el funcionamiento de los puntos de encuentro, y en particular, el que opera en Tarragona, han sido diversas y con frecuencia contrapuestas. La crítica más reiterada ha sido la relativa a los largos períodos de espera para poder acudir al servicio. Cabe destacar que el Punto de Encuentro Familiar de Tarragona funciona desde el año 2015, es decir, que hasta hace un tiempo relativamente corto ni siquiera se contaba con este servicio. Sin embargo, la visión sobre el servicio es especialmente crítica por parte de algunos abogados y abogadas entrevistados, que afirman que está colapsado. Esto implica que, en ocasiones, sus clientes hayan tenido que sufrir retrasos de semanas e incluso meses en el inicio de las visitas a sus hijos e hijas —hablaban de retrasos de hasta dos meses y otros de hasta 5 o 6 meses para poder ver a los hijos o hijas— o bien la necesidad de desplazarse a puntos de encuentro ubicados en otras localidades; así, por ejemplo, lo ilustra el caso de residentes en Reus que debían acudir al punto de encuentro de Tortosa, con los inconvenientes prácticos que esto supone para todas las partes, tanto progenitores como menores, y el riesgo de que si el progenitor custodio no dispone de medios para llevar a los y las menores a este punto de encuentro, puede comportar igualmente consecuencias negativas porque se incumple lo previsto en la orden de protección. En palabras de un abogado entrevistado: “Si la madre no tiene carné de conducir, o no tiene recursos económicos, la administración mirará hacia otro lado, y después, al no llevar al niño, la persona del punto de encuentro le hará un informe negativo, cuando no es culpa suya”; y añade: "no es un tema de justicia, es un tema de bienestar social".

Ante estas quejas, las responsables de los servicios, que integran también la muestra de profesionales entrevistados, dibujan una imagen bastante más positiva, señalando que no consideran que el servicio esté saturado, puesto que el tiempo de espera es de unas dos semanas, no hay listas de espera ni les constan quejas de los usuarios. Muy al contrario de lo que apuntaban algunos de los entrevistados, las responsables del punto de encuentro consideran que

desgraciadamente se trata de un servicio infrautilizado y atribuyen este hecho a su desconocimiento por parte de abogados y jueces/zas.

Por lo que respecta al funcionamiento propiamente de los puntos de encuentro, las valoraciones derivadas de las entrevistas son bastante más positivas. Una de las abogadas manifiesta que actualmente el servicio funciona bien y que ofrece una ayuda importante porque saben tratar a los menores y al padre y facilitan que poco a poco se pueda reanudar la relación. En este sentido, el servicio ofrece tres formas diferentes de funcionamiento: a) como espacio facilitador del intercambio de los hijos e hijas, de modo que padre y madre no se vean entre sí, y no existe permanencia en las instalaciones del punto de encuentro; b) como espacio de supervisión de las visitas acordadas entre el progenitor y los menores; y c) como espacio para la realización de visitas tuteladas, en las que el espacio y el tiempo se comparten con un profesional, generalmente un psicólogo, que acompaña el encuentro garantizando que no se genera riesgo para los niños.

Los profesionales entrevistados valoran positivamente la realización de informes mensuales y, en caso de incidencia, también extraordinarios sobre la evolución de las visitas que se realizan en el punto de encuentro. Estos informes se hacen llegar al juzgado, aunque no son vinculantes y meramente son descriptores de lo observado en los encuentros. De hecho, una de las abogadas entrevistadas apunta a que estos informes deberían tener mayor peso a la hora de valorar el mantenimiento o la modificación de las medidas adoptadas en relación con el régimen de visitas.

En similares términos se expresan las profesionales del Equipo Socioeducativo de Atención a la Violencia Machista (ESVIOM) del Ayuntamiento de Tarragona entrevistadas, que creen que debería tenerse más en cuenta la valoración que las profesionales de la psicología, trabajo social y/o educación social hacen sobre las relaciones paterno-filiales para poder ser más específicos y eficaces en la atención a la diversidad de casos que se atienden.

Una crítica a los puntos de encuentro por parte de estas profesionales es que, según ellas, se prioriza la opinión y voluntad de los progenitores sobre la del o

de la menor. Comentan que a menudo hay presiones por parte de los padres para poder ver a los hijos y/o hijas en el punto de encuentro y se superpone el derecho del progenitor sobre el derecho del o de la menor a decidir. Al respecto, comentan que existe una contradicción entre la visión de los/las profesionales del ámbito de la atención y los del sistema judicial. La visión técnica choca a menudo con la del sistema judicial, más basada en derechos que en conductas no penales. No todas las violencias están penalizadas por el sistema penal y, de hecho, dicen que muchas serían penalizables, pero faltan herramientas para su valoración, legitimación e introducción en el sistema jurídico-penal de forma protocolarizada. En este sentido, piensan que el sistema es paradójico porque en ocasiones se ven abocadas a trabajar con progenitores que muestran conductas negativas para el niño, pero que judicialmente han sido admitidos en el punto de encuentro.

Por último, desde los servicios de atención también consideran que, antes de llegar al punto de encuentro, debería haber un trabajo de valoración previo. Comentan que se podrían escalonar las visitas y crear el vínculo paterno-filial de forma progresiva ya que resulta contraproducente realizar un intercambio directo en algunos casos donde, por ejemplo, la hija o el hijo hace muchos años que no ve al padre. Creen que existe la posibilidad porque además existen distintos tipos de intercambios/visitas que se podrían aplicar según el momento: tuteladas, supervisadas, etc.

6.8. Prioridad del enjuiciamiento de la violencia puntual en detrimento de la violencia habitual

Una de las cuestiones que ha aflorado a lo largo de las entrevistas con profesionales es la relativa a que la mayor parte de casos que llegan a los juzgados responden a situaciones de violencia puntual pero que no llega a explorarse la violencia reiterada o habitual a la que puede haber estado sometida la víctima y de la que han sido testigos o víctimas directas los hijos e hijas. Las y los profesionales mencionan, en este sentido, la dificultad para investigar y probar que la situación de violencia que se denuncia no corresponde solo a un hecho puntual, sino que es un evento más en una situación de maltrato y de abuso que se extiende en el tiempo.

Desde el punto de vista de la calificación penal de los hechos, la cuestión es especialmente importante, puesto que determinará que la conducta pueda examinarse por la vía del artículo 153.1 del CP (en caso de violencia de género) o 153.2 del CP (en caso de violencia doméstica) si se trata de un acto maltrato de obra puntual que no ha dado lugar a un delito de lesiones (artículos 147.1 y ss del CP). En cambio, si una investigación en profundidad demuestra que detrás de este episodio puntual que motiva la denuncia hay un historial más extenso de violencias, ejercidas sobre la misma víctima o sobre víctimas distintas —es decir, cuando el mismo individuo ejerce violencia sobre la pareja o ex-pareja, hijos e hijas y también otras personas de la unidad doméstica o familiar—, se planteará el seguimiento de un procedimiento por el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del CP. A nivel penológico, la diferencia entre uno y otro tipo penal es importante, puesto que por el delito de maltrato de obra del artículo 153.1 del CP se prevé una pena de prisión de hasta un máximo de un año o, alternativamente, una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, mientras que en el caso del maltrato habitual del artículo 173.2 del CP la conducta se conmina con una pena de prisión de hasta tres años, que en todo caso se acumularía a las penas correspondientes a los delitos en los que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica cometidos. Es decir, la apreciación de la habitualidad no excluye que se puedan castigar también los hechos concretos que se logren demostrar en el proceso. Además, en ambos casos, cuando el órgano judicial lo estime adecuado atendiendo al interés del o de la menor, se podrá aplicar acumulativamente una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años.

Entre los motivos alegados en las entrevistas por los y las profesionales para explicar la dificultad para dirigir el procedimiento hacia la investigación y prueba de la concurrencia de la habitualidad en el ejercicio de la violencia, destacan los siguientes. En primer lugar, la falta de tiempo para realizar una adecuada instrucción en el marco de los juicios rápidos donde, generalmente, se ventilan las denuncias por violencia de género. Fiscales y magistrados o magistradas entrevistados reconocen que los juzgados de VIDO se centran en lo concreto y le otorgan una respuesta rápida, pero que no se investigan suficientemente los malos tratos habituales y raramente se consigue una condena por este delito.

Los plazos tan cortos previstos en la ley dificultan que pueda realizarse una evaluación correcta de las circunstancias del caso y la situación de la víctima. En segundo lugar, y vinculado a lo que se acaba de exponer, uno de los Fiscales entrevistados ponía de manifiesto que a menudo la denuncia se interpone en jueves o viernes, de modo que entra en el juzgado en sábado, cuando no se dispone de equipos profesionales calificados para valorar en qué situación se encuentra la mujer y cuáles han sido las vivencias previas. En tercer lugar, algunas de las personas entrevistadas se refieren a las inercias con que se mueven a menudo los propios profesionales y que hacen que la atención se centre exclusivamente en el episodio que conduce a la denuncia. Estas inercias afectan, probablemente, a profesionales de todos los colectivos. De hecho, una de las juezas entrevistadas se refería a la falta de visión estratégica de las propias acusaciones que no hacen aflorar los hechos delictivos previos y que a menudo ni siquiera hacen constar el sufrimiento psicológico. Por su parte, alguno de los abogados mencionaba que los propios cuerpos policiales están cansados de estos delitos y que los jueces tampoco están lo suficiente por la tarea de escuchar historias pasadas, porque les interesan los hechos sucedidos ayer — más fáciles de probar— y no están interesados en investigar ni juzgar la habitualidad.

Esto lleva a los y las profesionales a hacer propuestas diferentes, entre las que, por ejemplo, poder disponer de equipos especializados también durante las guardias del fin de semana de forma que se pueda valorar la experiencia de abuso y violencia a que ha sido sometida la víctima antes del episodio que le ha llevado a denunciar. Una de las juezas entrevistadas insistía en la importancia de "hacer constar todos los datos de que se dispongan ya desde las primeras fases de la instrucción", de modo que consten "no solo las lesiones físicas sino que se incluya una valoración forense que atienda a las afectaciones psicológicas". Las primeras fases de la instrucción se convierten en capitales, en opinión de la magistrada, para sellar la calificación posterior y llevar a un juicio exitoso en términos de protección de las víctimas. Por otra parte, algunas de las profesionales, en particular las activas en servicios de acompañamiento a víctimas, como los SIE, proponen disponer de mayor tiempo, a fin de que se puedan aportar los informes elaborados por profesionales que han atendido

previamente a la víctima, como por ejemplo, la información de que se dispone en los SIE. En este sentido se propone "ampliar los plazos judiciales, y reconvertir siempre que sea necesario el juicio rápido en unas diligencias previas del procedimiento abreviado". Por último, y como si de una declaración de buenas prácticas se tratara, una de las Fiscales mencionaba que en los casos de violencia "tan necesaria es la ley, como la empatía de quien debe utilizar la ley, como, sobre todo, la implicación y la voluntad de investigar el caso en todas sus aristas". De hecho, la falta de diligencia en la investigación y la protección a la víctima y los hijos puede dar lugar a valorar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo este el sentido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2020, de 20 de julio, donde el TC acaba considerando que se ha producido una lesión de la tutela judicial porque en la instrucción penal no se ha realizado el canon reforzado constitucionalmente exigible en denuncias por violencia de género de realizar una investigación suficiente y eficaz.

6.9. El rol del Ministerio Fiscal

6.9.1. Procedimiento de adopción de la orden de protección

De las entrevistas realizadas resulta que, en la práctica, si bien es cierto que la Fiscalía pide órdenes de protección respecto a la madre como víctima del episodio de violencia machista, es poco frecuente que tenga en cuenta a los/las hijos/as como víctimas de este episodio de violencia y, por tanto, como sujetos también necesitados de protección dentro de la misma orden. Esto es especialmente relevante cuando se piden medidas civiles que buscan exclusivamente la protección de los y las menores. En este sentido, abogados y abogadas destacan que son normalmente ellos quienes deben preocuparse de solicitar estas medidas cuando, en principio, correspondería al Ministerio Fiscal velar por la protección de estas personas menores de acuerdo con su interés superior.

6.9.2. Ausencia del Ministerio Fiscal

Una de las críticas más duras del colectivo de abogadas y abogados en relación con el papel que juega la institución del Ministerio Fiscal en el estudio que nos ocupa es su poca presencia en los procesos de VIDO, especialmente en cuanto

a asistencia a los y las menores, en las declaraciones de las víctimas, o incluso en la celebración de los juicios.

En otros casos, las críticas vienen dadas por la poca implicación de este órgano público en la protección de los y las menores, especialmente con relación a la adopción de las medidas civiles de la orden de protección. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la falta de seguimiento de las medidas civiles provisionalmente adoptadas, de forma que una vez transcurrido el plazo legal de 30 días el/la abogado/a de la víctima deberá interponer la correspondiente demanda civil si quiere evitar su caducidad, ya que el fiscal no realiza el seguimiento correspondiente, ni siquiera cuando hay menores en el episodio de violencia.

Todos los operadores jurídicos reconocen que esta realidad —que se acentúa en la provincia de Tarragona y, más aún, en las poblaciones más pequeñas y/o lejanas de las ciudades— viene dada, en buena medida, por la falta de recursos que se destinan a la Administración de Justicia que, de rebote, tiene como consecuencia el cambio constante del o de la profesional que representa la institución del Ministerio Fiscal, de modo que quien interviene en la audiencia urgente sobre la adopción de la orden de protección no es la misma persona que quien posteriormente llevará el proceso civil o penal que se deriva de la misma.

Los y las fiscales entrevistadas aceptan plenamente esta crítica y la justifican en un doble sentido. Por un lado, constatan la falta de recursos que se destinan a la institución a la que pertenecen y que el número de fiscales disponibles es demasiado bajo por el elevado volumen de asuntos a los que debe hacer frente; en consecuencia, en muchas ocasiones, a pesar de tener que estar presentes, no pueden estar, lo que implica que deben actuar con los escasos instrumentos de que disponen para gestionar todos los conflictos. Por otra parte, en la línea de lo que apuntan los y las letradas, se debe tener presente que los y las fiscales, además del VIDO, deben actuar en otros ámbitos, y que el ámbito penal siempre es prioritario. Sin embargo, esto ocurre especialmente en la periferia y no en la capital catalana donde los asuntos de VIDO los llevan fiscales especializados en esta materia.

Adicionalmente, desde el colectivo de fiscales se afirma que “una crítica recurrente entre la Fiscalía es que muchas veces, en las guardias, echan de menos tener a disposición informes de las unidades de valoración forense integral, oficinas de atención a la víctima o psicólogos disponibles. Las denuncias suelen ponerse en fin de semana, jueves o viernes, porque es el día en que la mujer no trabaja y puede ir a denunciar. Entre que la mujer pone la denuncia y se hace el atestado, el caso les entra el sábado y, en la mayoría de los casos, tienen más casos de violencia en fin de semana que en toda la semana. Ante esta situación, cuando deben entrar a valorar cómo está la situación familiar y en qué situación se encuentra la víctima, no tienen disponible ninguno de estos servicios (ni informe forense, ni psicólogo, ni equipo de atención a la víctima, etc., por ser fin de semana), lo que hace que no puedan adoptar la medida más idónea”.

Por último, también el colectivo de Mossos d'Esquadra ha puesto de relieve la poca colaboración que reciben del Ministerio Fiscal. En este sentido, y a diferencia de lo que sucede con Servicios Sociales, con los que este cuerpo policial mantiene una comunicación fluida, esta es más pesada con Fiscalía. A modo de ejemplo, nos indican que no reciben respuesta cuando les comunican los incidentes de violencia machista que no terminan en denuncia.

6.9.3. La impotencia cuando la madre abandona el procedimiento, pero hay menores afectados

Abogadas y abogados reconocen su impotencia por la imposibilidad de actuar para defender los intereses del/de la menor cuando la madre víctima de violencia de género decide abandonar el procedimiento, puesto que es la madre quien tiene su representación y es su decisión la que se tiene en cuenta. Para proteger los intereses de los y las menores en estos casos, este colectivo reclama nuevamente la actuación del Ministerio Fiscal, que es el cuerpo al que le corresponde velar por el interés superior de la persona menor, que en la práctica no se produce.

Por su parte, la representación de la Fiscalía entiende que su intervención en estos supuestos, en contra de la posición de la madre víctima de no pedir

medidas de protección específicas para sus hijos e hijas, debe producirse tan solo en casos de riesgo grave y evidente para los y las menores.

6.9.4. Visión crítica de la actuación del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de las personas menores

Los y las abogadas, de nuevo, mantienen una posición muy crítica respecto al papel del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses de los y las menores, tanto en los procesos de VIDO como en los procesos genéricos de separación y divorcio. Según manifiesta una de las abogadas entrevistadas "la obligación del Fiscal es velar por los intereses del menor, pero muchas veces se celebran juicios sin que participe o envía los escritos por fax sin proponer pruebas".

Según estos profesionales, los y las fiscales tienden a dejar la protección de hijos e hijas en manos de su madre, puesto que es su representante legal, y, en consecuencia, opinan que no ejercen correctamente su función primordial de defensa del interés superior de las personas menores. Y añaden que: "en los casos en los que sí interviene, el Fiscal debería procurar mejorar su empatía hacia las personas menores y sus madres".

6.10. La dispensa del deber de declarar y la figura del Defensor o Defensora Judicial

El artículo 416 de la LECrim establece lo que se conoce como "la dispensa del deber de declarar", es decir, el derecho a no declarar que tiene cualquier testigo que mantenga con la persona procesada una relación de parentesco determinada.

Esta dispensa del deber de declarar tiene un impacto decisivo en el ámbito de la violencia de género, dado que significa que la denunciante y víctima, una vez iniciado el procedimiento, tiene derecho a no declarar contra su pareja, y muchas veces su testimonio constituye la fuente de información principal y única respecto a la violencia sufrida. La consecuencia directa de que la víctima se acoja a la dispensa del artículo 416 de la LECrim es el sobreseimiento y archivo provisional de la causa y, en estadios más avanzados del procedimiento, incluso la

absolución del acusado por falta de prueba, lo que no significa que los hechos denunciados no hayan sucedido.

Una magistrada de un Juzgado de VIDO recuerda en su entrevista la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS núm. 389, de 10 de julio de 2020), que determina que las víctimas que se han constituido como acusación particular una vez presentada la denuncia, y, por tanto, han querido ser parte procesal, no se podrán posteriormente acoger a la dispensa de artículo 416 de la LECrim, es decir, estarán obligadas a declarar en el juicio oral. Sin embargo, aunque parece que este cambio podría traducirse en un mayor número de sentencias condenatorias, argumenta que este no es el criterio mayoritariamente compartido por los profesionales, pues se desconocen los efectos de esta nueva fórmula: *"no sabemos qué va a pasar"*. Aunque la víctima se retire como acusación particular, el procedimiento sigue adelante, ya que el Ministerio Fiscal ejerce la acusación pública y, por tanto, la víctima se verá obligada a declarar, ahora como testigo, pero lo hará con reticencias, menguando la prueba de cara a una posible sentencia condenatoria. En opinión de la jueza, *"esa declaración testifical, a nadie se le escapa que no va a tener la misma fuerza. (...) El principal problema es que la mujer va a ser reticente a declarar"*.

En las entrevistas se destaca que las mujeres se acogen a la dispensa de declarar el día del juicio oral, en la vista en el Juzgado de lo Penal, más que durante la instrucción, y se justifica que esto sucede porque lo que realmente quiere la mujer es simplemente que el denunciado la deje tranquila y conseguir unas medidas respecto a sus hijos e hijas. Siguiendo con este hilo argumental, un Fiscal especializado añade que las víctimas no ven necesario que el agresor sea condenado, no quieren que entre en prisión ni tampoco alejarle de sus hijos e hijas. Por tanto, solucionado el problema en instrucción, mediante la comparecencia del artículo 544 ter de la LECrim con la que las víctimas pueden conseguir una orden de protección con medidas penales y civiles, cuando llega el momento del juicio oral ya no quieren declarar. Hay que advertir que esta es solo la valoración hecha por uno de los entrevistados, y que el presente trabajo no incorpora opiniones de mujeres víctimas de maltrato, que, en caso de ser preguntadas, seguramente podrían añadir otros motivos para no declarar, como

el miedo, el cansancio, la presión social y familiar, la dependencia emocional o económica, etc.

A pesar del silencio de la víctima y su consecuencia jurídica lógica, es decir, el sobreseimiento o la absolución, las magistradas entrevistadas indican que haber iniciado algún procedimiento antes y haberse acogido a la dispensa son elementos que se tienen en cuenta a la hora de valorar el riesgo de la mujer, en el sentido de considerar que se incrementa el riesgo.

A efectos de este estudio, interesa saber cómo afecta a los y las menores, hijos/hijas de víctimas de violencia de género, el hecho de que la madre se acoja a la dispensa de declarar, sobre todo si de los hechos contemplados en la denuncia se desprende que los y las menores han podido sufrir de forma directa o indirecta la violencia ejercida por el agresor. Una mayoría de abogados y abogadas expresan su sensación de impotencia cuando la madre no quiere declarar y existen hijos o hijas menores. Literalmente, se lamentan: “*¡No podemos hacer nada!*”. Es por ello que, sobre todo cuando el silencio o la voluntad de no declarar de la madre supone un conflicto respecto a los intereses de las personas menores, además de la constatación de que las personas menores pasan desapercibidas en los procedimientos de violencia de género, las profesionales casi de forma espontánea han ido proponiendo distintas soluciones.

Destaca, por ser la solución más frecuentemente apuntada entre los entrevistados, la posibilidad de considerar al o a la menor como parte independiente del procedimiento, es decir, que se configuren como una nueva parte procesal con su propio abogado y procurador que tenga como único fin velar por los intereses de la persona menor; aparece así, en las entrevistas, la figura del defensor o defensora judicial. Esta figura, que podemos encontrar en el Capítulo IV del Título II del CCCat, nace con la finalidad de proteger a las personas menores e incapaces generalmente cuando surgen conflictos entre ellas y las personas que precisamente deben velar de forma natural por sus intereses y garantizar su protección. En concreto, el artículo 224-1 del CCCat establece los supuestos en los que se puede designar a un defensor o defensora judicial, y el primero de ellos se centra en los “casos de conflicto de intereses entre los menores e incapacitados y sus representantes legales o curadores”.

Normalmente, este defensor o defensora judicial es un abogado o abogada designado por el turno de oficio cuando las personas menores o incapaces no tengan capacidad para designar asistencia letrada propia.

Aunque la figura del defensor judicial es conocida, raramente se utiliza en el ámbito penal, aunque una Fiscal entrevistada mantiene que ha tenido que pedir la designación de defensores judiciales en casos muy graves, en los que la madre no quiso declarar en juicio en el que su hijo menor era víctima de delitos sexuales cometidos por su padre. Sin embargo, la conclusión es que, a pesar de la utilización reiterada del artículo 416 de la LECrim en procedimientos de violencia de género en los que existen hijos e hijas menores, y por tanto, en los que seguramente entran en conflicto los intereses de los progenitores respecto de los de hijos e hijas, no se utiliza la figura del defensor judicial, a pesar de su previsión legal, quedando en todo caso su aplicación relegada a asuntos muy graves y siempre a criterio del Ministerio Fiscal.

Añade la Fiscal que la participación del defensor o defensora judicial también podría ser solicitada por un familiar del o de la menor, por ejemplo, por un hermano mayor y después se valoraría. De hecho, el propio artículo 224-2 del CCCat establece que la participación del defensor o defensora judicial puede ser interesada de oficio (por el/la Juez/a) por el Ministerio Fiscal, por el propio menor y por cualquier persona capaz de comparecer en juicio. Pero la falta de información respecto a la posibilidad de realizar la petición así como la escasa utilización de la figura fuera del ámbito civil, comporta que raramente se utilice.

Este desconocimiento viene propiciado por el hecho de que, antiguamente, dada la jurisprudencia del TS (STS de 6 de noviembre de 1934), solo se designaba a un o una defensora judicial cuando los conflictos de intereses eran de carácter patrimonial, aunque reformas posteriores ampliaron esta figura al ámbito de la protección personal de la persona menor o incapaz. Sin embargo, atendiendo a los comentarios de las entrevistas, es evidente que en el ámbito de la violencia de género, ni los órganos judiciales ni la fiscalía los nombran de oficio, ni abogados o abogadas lo solicitan, porque si comparecen en el procedimiento, lo harán en la defensa de los intereses de las demás partes: del padre, de la madre, etc.

Teniendo en cuenta esta realidad, de las entrevistas surge la propuesta de que la designación de esta figura sea automática, particularmente en los procedimientos de violencia de género en los que aparezcan menores. Sin embargo, esta propuesta también tiene detractores, que piensan que así como el procedimiento supone una doble victimización de las mujeres víctimas de violencia de género, también podría pasar con las personas menores si acabaran compareciendo como parte procesal. Además, la aparición de esta figura en un juicio supone, al fin y al cabo, la confrontación directa del o de la menor respecto de las personas que más ama (sus progenitores) y por tanto, si bien jurídicamente podría ser una solución beneficiosa para el niño, la realidad es que el conflicto familiar no se solucionaría. Por tanto, la designación de esta figura exige una gran cautela y requeriría el seguimiento de un protocolo específico para garantizar que, en cada caso concreto, se evaluará que los beneficios que se obtendrán son cuantitativa y cualitativamente superiores a los perjuicios que se pueden causar.

De hecho, parte de los entrevistados indican que, contando con la figura del Ministerio Fiscal, no es necesario hacer uso del defensor o defensora judicial; otros, por el contrario, mantienen que es totalmente necesario debido a que la Fiscalía no interviene si la madre no desea continuar con el procedimiento aunque hijos o hijas sí que lo desearían.

Aparece todavía una tercera opción, de carácter minoritario, pero no menos importante, que consiste en que los y las menores sean valorados por profesionales expertos independientes y externos al ámbito judicial para evitar su participación directa en el procedimiento. De este modo, la voluntad de la persona menor quedaría reflejada en los informes que presenten el equipo de profesionales al Juzgado, una vez se hubiera valorado la mejor solución partiendo de las concretas necesidades y el estado físico y psicológico del o de la menor.

6.11. Valoración del riesgo de violencia

La reforma que la Ley 17/2020 ha efectuado en la Ley 5/2008, de los derechos de las mujeres a erradicar la violencia machista, añade expresamente en su artículo 31 que la evaluación del riesgo, tanto policial como médico-forense y las

de las unidades de valoración forense integral, “deben incluir el riesgo sufrido por los hijos e hijas de la mujer” (apartado 5). Prevé además que en las unidades de valoración forense integral participen necesariamente profesionales del ámbito de la familia que valoren los riesgos para los y las menores derivados del régimen de visitas y custodia que se establezca, incluso con carácter preventivo (apartado 7).

Las entrevistas del ámbito policial indican que la evaluación del riesgo policial no incluye el riesgo de violencia que pueden sufrir los hijos e hijas menores de edad, dado que la herramienta que utilizan actualmente no lo prevé. Ahora bien, en función del nivel de riesgo detectado sobre la víctima, se despliegan medidas policiales de seguimiento que afectan también a sus hijos e hijas; por ejemplo, ante un riesgo alto hay dotaciones policiales que vigilan a las puertas de la escuela donde la mujer lleva o recoge a sus hijos o hijas. La evaluación del riesgo se hace constar en el atestado, estratificado en niveles —inapreciado, bajo, medio, alto, muy alto—, para que el/la juez/a instructor lo conozca y pueda desplegar también medidas judiciales; y si existen cambios en las circunstancias del caso concreto, se revalúa el riesgo.

Las entrevistas a agentes de Mossos informan de que, salvo los servicios policiales centrales de Sabadell, este cuerpo no puede acceder al sistema integral VioGen de la Secretaría del Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, un sistema que incluye un protocolo de evaluación del riesgo también para los hijos e hijas de las víctimas, pero que están trabajando en un convenio para posibilitar este acceso, que les permitiría volcar toda la información disponible y realizar, por tanto, un seguimiento y protección mejores para las víctimas y sus hijos e hijas, en cualquier parte del territorio nacional.

Desde el ámbito judicial y de la abogacía se critica que la evaluación policial del riesgo solo valora el riesgo de sufrir violencia física, sin tener en cuenta los daños psicológicos, por lo que víctimas con agresiones psicológicas graves reciben una evaluación de riesgo bajo. También respecto a la evaluación médico-forense, una de las magistradas coincide en que la valoración médico-forense de las víctimas se centra en el daño físico y que, ante la ausencia de lesiones físicas, no se hacen constar las afectaciones psicológicas. Dice que cuando intentó

promover las valoraciones médico-forenses urgentes del riesgo de violencia de género se encontró con reticencias por parte de profesionales de la medicina forense de su partido judicial, quizás por falta de entrenamiento en el uso del protocolo, o por falta de tiempo; sin embargo, indica que la evaluación médico-forense del riesgo es una buena herramienta que permite hacer una foto fija de los motivos que llevan a la víctima a denunciar, aportando información muy útil a los/las instructores/as.

En la misma línea responden otros profesionales del ámbito judicial; así, tienen en cuenta que la valoración objetiva del riesgo depende del o de la titular del órgano judicial, que acaba valorando la concurrencia de indicios, tales como las declaraciones de las víctimas, la documentación médica que presentan y el reconocimiento médico-forense, las evaluaciones policiales del riesgo y, en su caso, la médico-forense urgente; así como otros factores del riesgo tales como la denuncia de una situación de violencia prolongada en el tiempo, la retirada de denuncias previas por el acogimiento de la víctima a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, la falta de aceptación de la ruptura por parte del agresor, el consumo de sustancias tóxicas, la existencia de antecedentes penales, etc.

En cuanto a las evaluaciones del riesgo realizadas por las unidades de valoración forense integral (UVFI), los y las profesionales entrevistadas indican su gran utilidad en la práctica, sobre todo cuando intervienen profesionales del ámbito de la familia que valoran los riesgos para los y las menores del régimen de visitas y custodia. Dentro del protocolo técnico de estas UVFI se posibilita la emisión de un informe urgente, que se entrega en el plazo de 30 días, abordando la conveniencia de suspender el régimen de visitas en función del perjuicio que pueda tener sobre las personas menores. Por tanto, consideran estas evaluaciones del riesgo como un gran avance de cara a la atención de las personas menores que, a pesar de no ser víctimas directas de la violencia, pueden igualmente sufrirla, y a las que una posible continuación del régimen de visitas con el agresor puede afectarles. Ahora bien, en la actualidad, estas UVFI solo están desplegadas en las capitales de provincia y en Tortosa.

Desde la abogacía se admite que las UVFI son una herramienta de asistencia técnica efectiva, pero que están infrautilizadas por los Juzgados. Consideran que

estas valoraciones forenses integrales, incluidas sus evaluaciones del riesgo sobre la víctima y sus hijos e hijas, deberían solicitarse de oficio por los órganos judiciales o por la Fiscalía en tanto que representantes de las personas menores, y siempre que se detecte una situación de riesgo. Destacan también que en casos en los que la víctima no quiere declarar, el juzgado automáticamente dicta el sobreseimiento del procedimiento sin solicitar ni la evaluación del riesgo médico-forense urgente ni la de la unidad de valoración forense integral y, por tanto, sin valorar el riesgo objetivo.

Por su parte, la Fiscalía critica que las UVFI no presten un servicio de guardia y echan de menos disponer de informes de estos equipos multidisciplinares. La Fiscalía insiste en que la mayoría de casos de violencia sobre la mujer se denuncian a finales de semana, seguramente por temas de conciliación de la mujer; en consecuencia, el proceso se inicia durante el fin de semana en el juzgado de instrucción, que es el que presta el servicio de guardia y donde no están las UVFI, y, por tanto, esto dificulta la valoración de la situación familiar por parte del/de la juez o jueza, que puede que no pueda adoptar la medida más idónea. También critican que las UVFI no se han desplegado en el resto de partidos judiciales de Cataluña donde existe un juzgado VIDO. La Fiscalía no hace ninguna mención de las evaluaciones médico-forenses urgentes del riesgo, que sí se pueden solicitar en sede de guardia.

Desde el ámbito de los Servicios Sociales, ponen de relieve que la evaluación del riesgo que mayoritariamente se realiza es puntual, sin tener en cuenta el riesgo a largo plazo ni el dinamismo que los factores evaluados pueden tener. Con relación a la validez del riesgo detectado, ponen el acento en la metodología que utilizan los y las profesionales a quienes se les pide la valoración; así, una valoración basada únicamente en el juicio clínico del evaluador comportará una valoración errónea, ya que cada profesional lleva su “mochila” de estereotipos, dado que como toda persona, también han sido socializadas en el mismo contexto cultural y patriarcal.

Por último, la abogacía advierte de que la sección especializada en violencia de género de la Audiencia Provincial de Tarragona está muy sensibilizada respecto a las valoraciones y predicciones del riesgo, de modo que, además de solicitarla

directamente en sus procedimientos, está incitando al resto de juzgados a que las soliciten, lo que consideran es una buena práctica.

6.12. Conocimiento y coordinación de los servicios

Este es un aspecto fundamental de acuerdo con la quinta hipótesis planteada. La coordinación y el trabajo en red entre los diferentes ámbitos y profesionales que intervienen en la prevención, la detección, la atención y la recuperación de la violencia de género es fundamental para garantizar el éxito y el impacto de la intervención (Instituto Catalán de las Mujeres, 2021). El trabajo en red es un método de intervención que intenta actuar sobre las relaciones de forma interconectada y avanzando progresivamente hasta tener constituido un espacio común, abierto y diversificado de iniciativas y propuestas. Además de las comisiones, que ayudan a impulsar y realizar el seguimiento y la evaluación de las actuaciones sobre violencia machista y que fomentan la colaboración y el trabajo en red, una herramienta básica para la coordinación del proceso de intervención son los protocolos de intervención en violencia de género. Estos incluyen un conjunto de medidas y mecanismos de apoyo, coordinación y cooperación destinados a las instituciones públicas y otros agentes implicados, que definen las formalidades y la sucesión de actos a seguir para su correcta ejecución.

Los protocolos son una herramienta de coordinación básica, pues son el material profesional para establecer el procedimiento de las actuaciones y garantizar la prevención, detección, atención y recuperación de las mujeres que se encuentran en situación de violencia machista y permiten garantizar la atención coordinada; establecer los mecanismos de coordinación y cooperación que permitan una transmisión de información continuada y fluida entre los organismos implicados; aplicar metodologías de intervención que eviten la revictimización; garantizar los recursos necesarios; diseñar circuitos de atención adecuados a las distintas situaciones de violencia; y establecer un único y consensuado sistema de recogida de datos para garantizar el conocimiento integral de la realidad (Observatorio de la Violencia de Género, Instituto Catalán de las Mujeres, 2019).

Por lo que se refiere al trabajo de campo, la opinión sobre el nivel de coordinación entre profesionales y servicios varía según la persona entrevistada y en función del ámbito de actuación, aunque, en general, la coordinación entre servicios del mismo ámbito de intervención se valora positivamente. Dentro del ámbito judicial, por ejemplo, los/las profesionales destacan una buena coordinación, apuntando los beneficios que para esta tarea ha aportado la instauración de los Servicios de Acompañamiento a la Víctima del Delito en las instalaciones de los Juzgados. Por su parte, los cuerpos policiales también destacan una buena coordinación con los servicios del ámbito social y la intervención especializada y viceversa. Una psicóloga afirma que "trabajamos mucho con la red de recursos local, comarcal y regional y asistimos a las mesas y formaciones sobre VG y menores".

Sin embargo, la coordinación entre los servicios judiciales y el resto de servicios de la red (servicios sociales, sanitarios, educativos, policiales, etc.) no está tan bien valorada y hay mayor diversidad de opiniones. La mayoría de profesionales entrevistados/as coinciden en que la raíz del problema está en la falta de información que los/las diferentes profesionales tienen sobre la existencia, funciones y competencias de los otros servicios fuera de su ámbito de actuación. Sobre todo, una trabajadora social y una psicóloga destacan "la falta de coordinación entre los servicios asistenciales y los judiciales".

En el ámbito policial, por ejemplo, los profesionales entrevistados destacan la falta de coordinación con Fiscalía y Juzgados. Señalan que "cuando los procedimientos llegan al Juzgado, Mossos deja de estar al caso de muchos aspectos porque el procedimiento judicial ya no les deja intervenir y entonces se dificulta, incluso se pierde, el seguimiento y acompañamiento a las víctimas". Esto provoca que deban ser muy proactivos para enterarse de los aspectos que van sucediendo y condicionando el curso de cada caso.

Desde el ámbito social y de la intervención especializada se critica que los juicios rápidos se aprovechen para cerrar la instrucción y dar paso al Juzgado de lo Penal, ya que este tipo de juicios no dan tiempo para realizar una valoración integral y global del fenómeno violento; así lo expresa una trabajadora social: "Al no haber tiempo para aportar todas las pruebas del proceso de la violencia, solo

se valora el hecho violento que acaba de suceder, sin tener en cuenta el historial de violencias vividas por la víctima y sus hijos/as". Las profesionales entrevistadas explican la experiencia del Magistrado y la Jueza de Mataró, donde se coordinaron con el Servicio de Intervención Especializada (SIE) para que antes de cada juicio el SIE aportara un certificado y un informe con la verbalización literal de la mujer sobre el itinerario de violencia que había vivido. Este caso lo ponen como ejemplo de buena práctica puesto que facilita el trabajo de los letrados y letradas: les aporta más información y poder ir un poco más allá del hecho puntual que se ha denunciado.

Asimismo, la magistrada de violencia sobre la mujer señala que para la Administración de Justicia "es muy costoso contactar con los servicios sociales". Comentan que no disponen de la información necesaria que les indique a dónde deben dirigirse en función del caso, ni de ningún mapa de la red asistencial, aunque reconocen que a nivel policial sí existe una buena coordinación. En definitiva, echan de menos mayor implicación del cuerpo de Mossos d'Esquadra y de los servicios sociales con el VIDO. Destaca que "desde Mossos d'Esquadra no contactan con VIDO para conocer qué ha resultado de la guardia". También señala que "en ninguna ocasión un responsable de servicios sociales ha acudido al juzgado para indicar cómo deben solicitar determinados recursos, cómo deben comunicarse entre sí o con quién deben contactar". Es más, ponen de manifiesto que desde el juzgado envían oficios informativos a servicios sociales y con frecuencia no reciben respuesta o contestan diciendo que la información no está disponible.

6.13. Las dificultades en la exploración de las personas menores

Recordemos ahora que la cuarta hipótesis de este proyecto era que los profesionales eran conscientes de la victimización que sufrían los y las menores cuando se inician los procesos, y así se ha constatado sobradamente en las diversas entrevistas realizadas. Estos daños adicionales derivan de la participación de las personas menores en el proceso, del hecho de que a menudo es necesario que intervengan en reiteradas ocasiones, por ejemplo,

para narrar los mismos hechos en diversas instancias, y, en concreto, el momento de la exploración de los y de las menores se identifica como uno de los que presenta mayor riesgo de revictimización en el proceso.

En este sentido, la ley sobre el Estatuto de la Víctima del Delito insiste en la necesidad de atender a las necesidades especiales de las víctimas y especialmente cuando se trata de menores. Su artículo 26 insta a tomar las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en todo lo posible, las medidas que puedan ser una nueva fuente de perjuicios; en concreto, la norma prevé que "las declaraciones recibidas durante la fase de investigación sean registradas con medios audiovisuales para poder ser visualizadas en el juicio y en condiciones determinadas por la LECrim". Asimismo, establece que la declaración puede recibirse por medio de expertos (art. 26.1.b)), una fórmula que alguna de las personas profesionales entrevistadas ha confirmado que se utiliza, es decir, que los informes de expertos pueden sustituir a la declaración de las personas menores.

En el segundo párrafo del mismo artículo 26 se prevé literalmente la designación de un defensor o defensora judicial de la víctima que le represente en la investigación y en el proceso penal, cuestión que ha recibido opiniones contradictorias en las entrevistas sobre si evitaría o no la revictimización en los supuestos de exploración, como ya se ha valorado en un apartado anterior.

Si bien la ley no prevé que esta figura pueda representar a los menores en este supuesto, probablemente por las características propias de una exploración, en cambio el preámbulo se refiere a la necesidad de adoptar medidas para evitar la revictimización durante el proceso. En este sentido, se señala que hay que tener en cuenta que para evitar esta, debe "reducirse el número de declaraciones y reconocimientos médicos al mínimo necesario, y garantizar a la víctima su derecho a hacerse acompañar, no solo por el representante procesal, sino de otra persona de su elección". En las entrevistas, se ha expresado por profesionales tanto de la abogacía como de la judicatura que las declaraciones de menores de 12 años nunca se dan para evitar su victimización, y en ocasiones, se evita también la de menores que tienen más de 12 años por la misma razón.

En el ámbito de la exploración de las personas menores, existen varios elementos relevantes que han aflorado de las entrevistas. En primer lugar, como ya se ha dicho, existe una conciencia general de que explorar a los y las menores, en palabras de un fiscal, “es mucho más complicado de lo que parece”, ya que hay que “valorar la conveniencia, la edad, la capacidad para verbalizar la violencia, la madurez, etc.”, y también que este reconocimiento judicial supone una revictimización, lo que provoca que a veces no se les explore “porque no es conveniente” o porque “puede ser perjudicial” para el o la menor. En segundo lugar, el principal problema que se da en la exploración de las personas menores es el del conflicto de lealtades que se genera respecto de sus progenitores. Dice un abogado: “el niño no quiere quedar mal con nadie, ni con mamá ni con papá (...) ¿Y qué hace? Es inteligente y piensa: yo debo sobrevivir, y como debo sobrevivir, no me posicionaré”, mientras que un fiscal remacha diciendo que dado que progenitores y abogados/as respectivos tendrán conocimiento del contenido de la declaración de las personas menores, esta no es del todo fiable o sincera. Aparte, como dice un abogado, “qué mala jugada que le hagas decir al niño lo que los adultos no sabemos arreglar”. También influye el hecho de que la práctica de esta exploración no se realiza en las mejores condiciones: “*Se les está haciendo entrar en sala, el mismo día del juicio, con los padres por ahí nerviosos, antes del juicio de violencia, son muy influenciables, pueden estar coaccionados, o intimidados*”, o también se critica que es una audiencia demasiado breve para ser significativa. Incluso se pone de manifiesto la falta de sensibilidad de algunos órganos judiciales, que dan el acta resultado de la exploración a la propia persona menor para que sea ella quien la entregue al/a la abogado/a del padre o de la madre. En suma, y en esto coinciden varios/as profesionales, todos estos elementos hacen que de la exploración del menor, tal y como se está realizando, no se puedan sacar conclusiones claras: “La gran mayoría de exploraciones del menor no sirven para nada”, y, por supuesto, supone una clara victimización de los y las menores.

Otro de los elementos que generaba malestar entre los y las abogadas era que esta audiencia se lleva a cabo sin la participación de la representación letrada de las partes del proceso, es decir, de los progenitores, quienes reciben un acta redactada por el juez o jueza del caso. Aceptan que los progenitores no deberían

entrar, para evitar dicho conflicto de lealtades del o de la menor, pero sí que deberían estar presentes la defensa letrada respectiva del padre y de la madre, aunque sin derecho a intervenir, ya que por otra parte, la información que reciben, el acta, se basa exclusivamente en la percepción que la jueza o el juez [sic].

Este tema fue analizado por la STC 64/2019, de 9 de mayo, en la que se cuestionó la constitucionalidad del artículo 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Dicho artículo regula las comparecencias ante el órgano judicial o del letrado o letrada de la Administración de Justicia en los expedientes de jurisdicción voluntaria; en concreto, cuando el expediente afecte a menores, prevé que la exploración puede realizarse en un acto separado, sin interferencia de otras personas, con la posibilidad de que asista el Ministerio Fiscal, y con el auxilio de profesionales especialistas cuando sea necesario. La duda de constitucionalidad versaba sobre si la obligación de redactar un acta detallada del resultado de la exploración judicial de las personas menores y hacerla llegar a las partes para que puedan formular alegaciones podía suponer un atentado contra el derecho a la intimidad de la persona recogido en el artículo 18 de la CE.

El Tribunal Constitucional (TC) consideró que el acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho de la persona menor de edad a ser “oída y escuchada” en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectada, y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, un derecho que, como hemos visto, se encuentra en varios convenios internacionales (artículo 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, el art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 1996, la Carta Europea de los derechos de los niños de 1992) y nacionales, tales como el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción resultante de la modificación efectuada por la LO 8/2015, de 22 de julio.

De acuerdo con el argumentario de la sentencia, el derecho de la persona menor de edad a ser oída y escuchada se encuentra vinculado con su derecho a la tutela judicial efectiva, pero puede colisionar, al mismo tiempo, con otro derecho de las mismas personas menores: su derecho a la intimidad, que tiene por

finalidad garantizar un ámbito reservado de su vida, tanto personal como familiar, frente al conocimiento de los demás, sean estos los poderes públicos o particulares. En cualquier caso, la interpretación o ponderación entre estos dos derechos siempre debe ir guiada por el principio del interés superior del menor, que, como reconoce el Tribunal Constitucional, es un interés prioritario pero al mismo tiempo un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, todavía hay que tener presente otro derecho en conflicto, que es el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes del proceso (art. 24 de la CE), en este caso de los progenitores, que exige que puedan acceder a toda la documentación del proceso y el respeto al principio procesal de contradicción. El Tribunal Constitucional pondera el interés prevalente del menor con el interés de sus progenitores, de menor rango, para dar solución a la duda planteada, es decir, si el traslado del acta con el contenido detallado de la comparecencia de la persona menor a las partes atenta contra el derecho al secreto y a la intimidad de estas personas, y entiende que hay que centrar la atención en el momento previo, cuando se realiza la exploración y en la actuación del juez o de la jueza o del/de la letrado o letrada de la Administración de Justicia. Según la Sentencia, es durante la exploración, realizada a puerta cerrada cuando es necesario preservar la intimidad de la persona menor, velando por que sus manifestaciones se circunscriban a las cuestiones que tengan una relación estrecha con el expediente; en este sentido, pone también el acento en la función tuitiva de la Fiscalía en defensa y garantía de los intereses de las personas menores. Por tanto, el contenido del acto únicamente debería detallar las manifestaciones de la persona menor explorada imprescindibles porque son significativas y estrictamente relevantes para la decisión del expediente (Fundamento Jurídico 8).

6.14. La revictimización a consecuencia de las medidas de protección de las víctimas

Parece contradictorio que las mismas medidas destinadas a ofrecer protección a las víctimas durante la instrucción del procedimiento y durante la ejecución de las penas impuestas acabe repercutiendo en un nuevo episodio de victimización para las víctimas y menores a su cargo. Sin embargo, de acuerdo con las

entrevistas realizadas, a menudo la consecuencia de la intervención judicial es que mujeres y menores deben cambiar de domicilio o residencia, de escuela, de amistades, de entorno, para garantizar su seguridad personal o, al menos, para asegurar la efectividad de las medidas adoptadas. Que víctimas y menores tengan que modificar sus hábitos o de residencia, para asegurar la incomunicación o la separación entre unos y otros reitera la victimización. Algunas de las profesionales entrevistadas expresaban de forma gráfica que la fórmula para proteger a la víctima es invisibilizándola, ya que a la mujer y a las personas menores se les aparta de su entorno, del círculo de familia y amigos, y “al intentar protegerlas, las estamos castigando”. Es más, esto puede influir de forma negativa en la conformación de la propia identidad del o de la menor y en el estigma que comporta ser hijo o hija de una madre víctima de violencia.

6.15. La adecuación de los espacios arquitectónicos: una asignatura pendiente.

Algunos de los actos que generan victimización secundaria ya no proceden del victimario sino de los agentes institucionales que intervienen en el proceso, así como de los servicios relacionados con las víctimas (como las oficinas de atención a las víctimas del delito o los médicos forenses) y otros agentes externos, entre los que pueden encontrarse los medios de comunicación, que afectan también negativamente a las expectativas e intereses de las víctimas.

De forma específica, es necesario hacer aquí referencia a la previsión explícita de estas cuestiones en el Preámbulo del Estatuto de la Víctima, cuando en la parte VII afirma: “Las medidas de protección buscan la efectividad frente a represalias, intimidación, victimización secundaria, daños psíquicos o agresiones a la dignidad durante los interrogatorios y declaraciones como testigo, incluyendo desde medidas de protección física hasta otras, como el uso de salas separadas en los tribunales, para evitar contacto de la víctima con el infractor y cualesquiera otras, bajo discrecionalidad judicial, que exijan las circunstancias”.

Las entrevistas conducidas con profesionales y agentes que intervienen en los procesos han puesto de manifiesto que existe un elemento concreto que afecta especialmente a las víctimas y a las personas menores: la preparación

arquitectónica y la disposición de los espacios en los propios edificios judiciales (salas de espera, espacios de declaraciones, etc.). La falta de espacios confortables y adaptados a las necesidades de víctimas y menores, donde las partes puedan esperar su turno para declarar ante la jueza, el juez o los y las profesionales correspondientes, acaba ocasionando el encuentro entre agresores, víctimas y menores en los espacios comunes de los juzgados, a menudo en los pasillos o frente a las puertas del juzgado. No se trata de un mero encuentro fortuito sino de encuentros con la pareja o la expareja, provocados por el propio orden en la citación judicial, que se producen en el momento en el que las partes acuden a relatar los hechos vividos y cómo les ha afectado. Estos encuentros incrementan innecesariamente la tensión, la angustia y el desconcierto de las personas poco antes de prestar declaración ante el juez. En alguna entrevista se señala que con demasiada frecuencia los propios archivos judiciales se convierten en salas de espera improvisadas en las que se recluye a la víctima hasta el momento de prestar declaración, mientras el presunto agresor deambula libremente por los espacios del juzgado.

Esta cuestión es especialmente relevante cuando los y las menores acuden también a los espacios de los juzgados. Las psicólogas del servicio de acompañamiento a las víctimas ponen de relieve la falta de un espacio y un servicio específico de acogida de menores a disposición de los progenitores que acudan al edificio del juzgado acompañados de sus hijos e hijas. Las deficiencias en este punto son diversas e incluyen tanto la falta de un espacio adaptado a las necesidades de los y las menores, en el que se disponga de juguetes u otros utensilios para entretener a los niños durante las esperas, a menudo largas, como la carencia de elementos necesarios para su cuidado, incluyendo agua, alimentos, pañales o ropa de repuesto, si no se los proporciona el propio progenitor, que a menudo ha acudido al juzgado sin saber qué hacer con el o la menor y desconociendo que los tiempos de espera en el juzgado suelen ser largos. Tampoco se dispone de personal capacitado para atender a los o las menores mientras la madre está declarando, de modo que a menudo son funcionarios o funcionarias, o los operadores del servicio de acompañamiento los que, sin estar específicamente facultados a tal efecto, guardan a las y los menores mientras la madre presta declaración. Algunos abogados y abogadas

entrevistados afianzaron esta idea, indicando que sea por colapso de trabajo o por falta de recursos, niños y niñas no reciben la misma atención que sí se dispensa a las mujeres por parte del equipo de atención a la víctima y que, en consecuencia, sería necesario un servicio similar para los y las menores en el que se les pudiera también informar y asesorar de forma adecuada a su edad y de modo que les fuera comprensible.

Por otro lado, durante los interrogatorios y declaraciones como testigos y víctimas es necesario evitar la victimización secundaria recurriendo a los mecanismos de protección física, al uso de salas separadas en los tribunales y otros instrumentos para evitar el contacto de la víctima con el agresor previstos en el artículo 25.2 del Estatuto de la Víctima. Así, cabe recordar que durante el enjuiciamiento deben adoptarse medidas que tiendan también a proteger a las víctimas, de forma que se recomienda que se tomen medidas a) para evitar el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, pudiendo utilizarse las tecnologías de las comunicaciones; b) para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante el uso de tecnologías de la comunicación adecuadas; c) para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que sean irrelevantes con el hecho delictivo; y que d) se celebre la vista oral sin presencia de público.

Los profesionales entrevistados manifestaron que, sin embargo, el uso de estos mecanismos “no es habitual y la utilización de pantallas para evitar la confrontación visual o el uso de sistemas de videoconferencia desde salas o edificios anexos es excepcional”. Se trata, según ponía de manifiesto una de las juezas entrevistadas, de una "asignatura pendiente”.

6.16. Falta de recursos materiales y personales

Los y las profesionales entrevistados ponen énfasis en que uno de los problemas de origen con los que se encuentra la gestión de los casos de violencia machista es la falta de recursos disponibles por parte de las administraciones públicas, de lo que se deriva que no se atiende a las víctimas de la forma debida y que se produzca un colapso general que lleva a que su protección sea, en la práctica, deficiente.

En este sentido, es recurrente la opinión de que esta problemática no incide por igual en todo el territorio, sino que el hecho de que los recursos se distribuyan de una manera tan descompensada entre las diferentes ciudades y poblaciones catalanas comporta que en determinadas ciudades —fundamentalmente, en la capital catalana— se disponga de mayores recursos y, por tanto, la gestión de la violencia machista sea mucho más efectiva, creando unas distinciones territoriales muy relevantes.

En el ámbito judicial, esta falta de recursos se pone de manifiesto tanto en el ámbito material como en el personal.

En el ámbito material, habría que disponer de un mayor número de juzgados VIDO e, incluso, de juzgados de familia, lo que permitiría que los casos de violencia machista en los que existe una separación o divorcio previa o simultánea se resolvieran con más celeridad y de esta forma se podría evitar la descoordinación con los servicios sociales y otros servicios asistenciales e, incluso, la que se produce entre los propios juzgados VIDO y de familia en los que, a menudo, no se dispone de una resolución del juzgado de familia respecto a la separación o divorcio cuando se produce el episodio de violencia.

También en la propia disposición de las salas de las que se dispone actualmente se produce un grado de hostilidad muy grande. Ya se ha comentado que, en la práctica, los archivos judiciales se convierten en salas de víctimas improvisadas, lo que choca con la libertad ambulatoria de los acusados, y el uso de mamparas es excepcional, lo que pone a las víctimas en situación de especial vulnerabilidad. Habría que solucionar esta situación potenciando salas amigas, sistemas de videoconferencia en las salas de al lado o edificios anexos o, incluso, salas de espera especiales para que los/las menores no tuvieran que vivir situaciones comprometidas.

En el caso de los órganos judiciales, el elevado volumen de casos de violencia machista a los que deben dar respuesta choca con el reducido número de titulares especializados en la materia, lo que comporta que, en la práctica, no se fundamenten suficientemente las resoluciones por un tema de eficiencia, o que se dicten resoluciones contrarias a la ley y contradictorias entre sí, como el

otorgamiento de guarda y custodia compartida a favor del agresor dentro de las medidas civiles de un procedimiento de violencia o, incluso, un régimen de visitas a favor del padre agresor cuando existe una prohibición de aproximación o comunicación de este con sus hijos/as. Al reducido número de jueces/zas especializados en VIDO, se suma la rotación de los profesionales de estos juzgados, siendo muy pocos los magistrados o magistradas que ocupan una plaza como titulares con carácter estable, lo que dificulta aún más su formación, especialización y destreza a la hora de resolver los casos de violencia de género, especialmente cuando existen hijos e hijas menores.

En cuanto a la fiscalía, el escaso número de fiscales de que se dispone comporta, por un lado, que en muchas ocasiones no puedan estar presentes en los procedimientos en los que existen hijos o hijas menores víctimas, por tener que asistir a otro procedimiento —como ya se ha dicho anteriormente, en los casos graves siempre acuden—, un aspecto que hace que este colectivo se lleve una crítica recurrente; por otra parte, porque implica que fiscales especializados/as en violencia de género deben dedicarse a otras cuestiones, al margen de su especialización. Sin embargo, como hemos avanzado, este problema no tiene la misma incidencia en el conjunto del territorio catalán, sino que se agrava en las poblaciones más pequeñas. En este sentido, llama la atención que en Barcelona no se encuentran con estos problemas ya que, al tener un mayor volumen de fiscales especializados/as, se pueden centrar únicamente en los casos de violencia machista y siempre los hay disponibles para atender el procedimiento al margen de la gravedad de los hechos.

La escasez de recursos personales en los puntos de encuentro, y de otros servicios de la red asistencial se concreta, en lo que se refiere a los primeros, y como ya se ha mencionado, en largas listas de espera, que pueden hacer que la frecuencia de las visitas sea menor que la dictada, y que el punto de encuentro sea más lejos y distinto al que se asignaría por residencia; en cuanto a los segundos, en la red asistencial el colapso se concreta en falta de personal, las rotaciones de los y las profesionales que trabajan y la falta de estabilidad en el puesto de trabajo. Esta carencia de recursos es una de las causas que desde el ámbito judicial apuntan como motivo para no obtener retorno de la información por parte de estos servicios.

6.17. El agresor como padre del menor: rehabilitación y recuperación

Los primeros programas de intervención con hombres que ejercen violencia se crearon en Estados Unidos a finales de los años setenta y principios de los ochenta por iniciativa de distintos profesionales comprometidos y comprometidas con el movimiento feminista y la lucha contra la violencia machista. Rápidamente, estos programas se extendieron por Canadá, el norte de Europa, el sur de América y Australia. En España, no fue hasta mediados de los años noventa cuando aparecieron las primeras experiencias documentadas, de la mano del equipo del profesor Enrique Echeburúa (1997), en el País Vasco. En un primer momento, estos programas eran minoritarios y de carácter voluntario, pero con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004 proliferaron los programas de intervención ligados al sistema judicial con vistas a la obligación de hacer tratamiento a los hombres condenados por violencia machista.

Estos tipos de programas se han diversificado y han aumentado considerablemente en los últimos años, de modo que en estos momentos tenemos programas de distinto tipo con diferentes perspectivas teóricas, metodologías de intervención, etc. Existen además programas en centros penitenciarios, programas vinculados a las medidas penales alternativas y programas comunitarios o de asistencia voluntaria. Sin embargo, los enfoques son diversos y se mueven entre los cognitivo-conductuales, clínicos o psicopatológicos y/o los enfoques de género que son de orden más estructural y no consideran el problema como un caso clínico que se rehabilite con terapia individual, sino trabajando sobre los pensamientos y emociones que el sistema patriarcal condiciona en el aprendizaje y la socialización de la masculinidad.

Los y las profesionales de la intervención psicosocial entrevistadas coinciden en la ausencia de intervención hacia los hombres agresores y resaltan las diferencias que existen en el conjunto del territorio catalán, ya que, según dice una psicóloga “en Barcelona hay mucha más experiencia, así como modelos y prácticas que en estos momentos se están implementando”. Comentan, sin embargo, que el Departamento de Bienestar y Familia está desarrollando un proyecto piloto a nivel comunitario de intervención directa que será trasladado

también a Tarragona. Además, resaltan algunos de los programas innovadores que se están implementando en el País Vasco y que "trabajan con hijos, niños, hombres... para cambiarles la figura masculina referente y ofreciéndoles un aprendizaje de masculinidad diferente". Esto se debe a que "muchas veces los niños escuchan *"vas a ser igual que tú padre"*".

Aunque la mayoría de las profesionales entrevistadas están a favor de una intervención individualizada y conductual que favorezca las relaciones y los vínculos paterno-filiales "saludables", también se resalta la necesidad de trabajar desde el ámbito social y promoviendo el cambio del sistema. Al respecto, las profesionales del ámbito de la atención social coinciden en la necesidad de realizar un trabajo de sensibilización social porque detectan que los programas voluntarios no funcionan mucho, ya sea porque los agresores no asisten a los programas, ya sea porque existen un alto índice de abandono. Según comenta una trabajadora social, "el problema es que los hombres deben reconocer unas conductas que no son penales, pero que socialmente no están bien vistas, y muchos hombres no están dispuestos a realizar este reconocimiento, a reconocer que son hombres maltratadores o agresores".

En esta línea, se destaca también la necesidad de promover más programas de carácter socioeducativo. Según comenta una de las profesionales del Servicio de Intervención con Familias con Niños y Adolescentes en situación Riesgo (SIFIAR), "debería haber más espacios como este, que tienen el objetivo de disminuir las situaciones de riesgo en niños y niñas y adolescentes mediante actividades dirigidas a los progenitores, tutores o guardadores para que estos fomenten sus capacidades para la crianza y favorezcan el desarrollo integral del niño y adolescente en cada etapa evolutiva". Según la educadora social, este programa funciona muy bien, pero al mismo tiempo destaca que mayoritariamente son las madres las que asisten, mientras que a los padres les cuesta asistir.

6.18. Formación y sensibilización de profesionales en materia de violencia de género

En general, los y las informantes del ámbito judicial entrevistados consideran que las juezas y jueces de VIDO reciben mucha formación y que están muy especializados en la materia. Sin embargo, la mayoría de profesionales del ámbito asistencial opinan que, además de la formación jurídica, debería proporcionarse una formación más integral y multidisciplinar para aprender a empatizar y sensibilizar más a jueces/zas y otros operadores jurídicos en el fenómeno la violencia machista, así como en la atención a las hijas e hijos menores.

En este sentido, las personas entrevistadas explican que a menudo pueden sentir frustración e, incluso, enfado cuando las mujeres que han denunciado expresan la intención de retirar la denuncia, se niegan a declarar en contra de la pareja, incumplen la orden de alejamiento o deciden volver a convivir con su agresor: “Estas emociones negativas, en gran medida, se dan por la falta de comprensión sobre el ciclo de la violencia y pueden interferir en la adecuada interpretación de la situación de violencia vivida por la madre y los hijos e hijas, así como en la elección de las medidas civiles y penales que se interpondrán a continuación”, señala una psicóloga. En este sentido, los y las profesionales señalan que el Colegio de Abogados ofrece formación continuada en la materia, pero, según una trabajadora social, “al ser voluntaria no garantiza el impacto en la práctica profesional porque no todo el mundo la cursa”. También añaden que el tipo de intervención que se realiza sobre la víctima depende más de la sensibilidad personal del letrado o letrada que la atiende que de una formación en perspectiva de género adecuada. Además, parece que la formación en perspectiva de género depende del territorio, ya que dicen que en Barcelona existe más sensibilización y concienciación de juezas y jueces.

En las entrevistas realizadas aflora también la carencia de juzgados especializados en VIDO. Esto, según dice una trabajadora social, “conlleva que muchos casos de violencia de género acaben por ser tratados en el Juzgado de lo Penal, que no está tan especializado en perspectiva de género ni en violencia de género y esta cuestión podría influir en que se den más o menos Órdenes de

Protección”. Además, según una jueza entrevistada, “un 70 % de los casos que atiende en su penal son de violencia doméstica y violencia de género... por ejemplo, lesiones de padres contra las hijas (...). También influye que muchos de los casos se denuncian los fines de semana, es decir, fuera del horario de guardia de los juzgados de VIDO, por lo que la investigación y adopción de las medidas correspondientes serán llevadas a cabo por jueces/zas sin formación específica en violencia de género”.

La mayoría de las personas entrevistadas critica que la formación en violencia de género solo sea obligatoria para los juzgados especializados en violencia de género. Igualmente, afirman que esta formación se centra solo en la LO 1/2004, y consideran que debería atenderse al concepto de violencia de género que proporciona el Convenio de Estambul.

Por otra parte, los agentes del ámbito policial, social y de la intervención especializada, así como una profesional de la judicatura, remarcan la falta de formación y capacitación de los jueces/zas para realizar las exploraciones judiciales de los y de las menores y la falta de perspectiva de infancia, puesto que no se pone la mirada en el niño, sino en el adulto. De la misma forma, y paradójicamente, algunos/as abogados/as critican la falta de formación de los cuerpos policiales. Al respecto, según comenta una agente del cuerpo de Mossos d'Esquadra entrevistada: “Dentro del Instituto de Seguridad Pública ya tienen una asignatura que forma en violencia de género. Después, cuando acuden a comisarías y sobre todo si están recogiendo denuncias en los Grupos de Atención a la Víctima (GAV), reciben una formación específica para poder recogerlas y asistir a víctimas de violencia machista”. Además, señala que "hay cursos especializados por cada grupo de víctimas vulnerables". También dice que "se puede realizar un reciclaje constante a través de instituciones como el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, el Instituto Catalán de las Mujeres, etc." Resalta la idea de que actualmente los GAVs vuelven a ser los grupos encargados de recoger la denuncia y realizar el seguimiento de los casos. Igualmente, se encargan del seguimiento en las casas de acogida, los traslados si las mujeres deben ir a juicio, el acompañamiento para la recogida de efectos en el domicilio, etc. Insiste en que “el GAV es un servicio integral, pero lo que puede ocurrir es que la víctima vaya a denunciar en un horario en que este no

esté disponible y, por tanto, la denuncia sea recogida por un agente sin formación especializada en violencia de género”.

Por otra parte, se destaca la función que los cuerpos policiales realizan en el trabajo preventivo en los institutos y en las escuelas sobre la violencia de género y sobre la aceptación de la diferencia.

6.19. El cuidado profesional en la atención a menores

Según la OMS (2013), la violencia machista constituye un problema de salud pública a nivel mundial con relación a los daños causados sobre las víctimas y su entorno. La atención y la intervención profesional en situaciones dentro del ámbito de la VG supone también un impacto directo y un malestar para las trabajadoras y trabajadores del ámbito socio-jurídico que se exponen a esta problemática acompañando a personas. Por tanto, es básico estudiar y trabajar sobre las consecuencias de este impacto con relación al *burnout* que sufren muchas trabajadoras, porque no solo condiciona su salud individual, sino también la de su equipo y, por extensión, la de la propia organización. Esto, además, se pone de manifiesto a través de las formas de abordar la atención sobre las mujeres y los hijos e hijas víctimas de violencia de género, convirtiéndose, a menudo, en diversas maneras de provocar victimización secundaria. De hecho, uno de los mayores riesgos de la victimización secundaria es, precisamente, contribuir a la ocultación e invisibilización de la violencia de género si profesionales y organizaciones no se dotan de mecanismos e instrumentos para su detección. Por eso, es necesario que tanto el o la profesional como la organización que presta el servicio revisen su posicionamiento frente a la violencia contra las mujeres. Asimismo, se debe evitar aumentar el malestar de las mujeres afectadas minimizando la gravedad de los hechos o haciéndoles repetir lo que les ocurre en cada uno de los servicios en los que es atendida, involucrándose en exceso en la intervención o cayendo en actitudes de descalificación, descrédito, falta de empatía, imposición de ritmos y/o actuaciones, etc. Estas reflexiones teóricas se ven reflejadas en las opiniones expresadas en las entrevistas.

El Equipo Socioeducativo de Atención a la Violencia Machista (ESVIOM) señala los continuos cambios de personal como un problema que incrementa el sufrimiento de las propias profesionales, porque no pueden atender como consideran adecuado los numerosos casos que atienden. Las psicólogas comentan que "cuidando las formas de trabajar y a los profesionales, también se cuida mejor a la mujer y a sus hijos e hijas... Una cosa lleva a la otra y viceversa".

En este sentido, los y las trabajadoras del ámbito psico-social señalan que con las nuevas modificaciones de la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, cada vez tienen más cobertura para poder asistir a hijas e hijos. Esta mejora la identifican con relación a la protección del o de la menor, pero también con relación a sí mismas como profesionales: "con la nueva ley podemos intervenir en casos que antes no podíamos. Esto es bueno porque mejora la protección del o de la menor y también la de los profesionales que lo atienden", reflexiona una psicóloga.

Algunas informantes del Servicio de Acompañamiento a la Víctima del Delito señalan que "a veces debemos hacer de cuidadoras de los hijos de las víctimas". Esta tarea la realizan por voluntad propia, pero no forma parte de sus competencias ni funciones, y por tanto reivindican su derecho a estar protegidas, dado que si al o a la menor le pasara algo durante este rato, ellas serían las responsables, y además podrían denunciarlas. Según comenta una psicóloga, "con la buena voluntad profesional de atender a un menor, a menudo ha habido denuncias al Colegio profesional y profesionales que han sido inhabilitadas o multadas".

Ven la supervisión como una herramienta para trabajar con los equipos y con los o las profesionales, y para entender y acercar los diferentes lenguajes o significados de la forma de hacer y pensar sobre el fenómeno de la violencia de género entre profesionales de diversos sectores; así lo ilustra una psicóloga: "Una abogada que entienda el lenguaje de las trabajadoras sociales, por ejemplo, y una psicóloga que entienda el lenguaje de la abogada".

Resaltan también la necesidad de entender el "lenguaje" de las mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos y/o hijas. Precisamente, una de las funciones de las abogadas de los SIES es ayudar a que la mujer, los niños y los/las adolescentes entiendan el lenguaje jurídico de la sentencia y el judicial, es decir,

el del proceso. Igualmente, una psicóloga manifiesta que “sería muy interesante que los jueces y juezas aprendieran cómo se manifiesta una mujer o un niño o niña que sufre violencia de género, para que entendieran, por ejemplo, que el miedo que siente una víctima de violencia de género se puede manifestar de diferentes formas y que porque una mujer se muestre empoderada durante el transcurso de un juicio no significa necesariamente que no tenga miedo o que no esté sufriendo violencia”. Reivindican, en definitiva, acercar los lenguajes desde una triple dimensión: intraprofesional, interprofesional y entre profesionales y víctimas.

6.20. Los modelos jurisdiccionales de protección de las víctimas: prevalencia de la jurisdicción penal o civil

Nuestro modelo jurisdiccional de protección de las víctimas de violencia machista, centrado en la salvaguardia de la seguridad de la mujer, es eminentemente de tipo penal. La creación *ex novo* del VIDO por la LOMPIVG los configura como órganos penales de primera instancia especializados en los asuntos de violencia sobre la mujer, que conocerán de las causas penales y también de las civiles relacionadas con estas con todas las garantías propias del proceso penal. Por tanto, son competentes para adoptar medidas cautelares de protección de tipo penal que se toman en la mayoría de procesos para salvaguardar la indemnidad de la víctima, como las que pueden integrar una orden de protección ya mencionadas: la prohibición de aproximación, de comunicación, etc., pero que también pueden acordar medidas de tipo civil: uso domicilio común, régimen de visitas, custodia de los y las menores, etc., aunque, como veremos, no lo hacen de forma habitual.

Esta prevalencia de la jurisdicción y las medidas penales, que excluyen la posibilidad de acordar medidas de protección en el ámbito civil y/o policial, más ágiles en la respuesta y más sencillas en el procedimiento, contrasta con otros modelos de protección de Estados europeos que permiten también la intervención de la jurisdicción civil, a veces de forma exclusiva, como Alemania o Austria, a veces también con la participación de la policía.

Estos sistemas ubican la violencia de género generalmente en el ámbito de los conflictos familiares, por lo que la resolución se encomienda al derecho privado de familia. Se trata, en la mayoría de casos, de medidas de menor duración, que se adoptan en procedimientos más sencillos y rápidos que el penal y donde se vinculan las pretensiones de protección de las víctimas con las del ámbito familiar, tales como el divorcio o el régimen de alimentos y visitas de los hijos e hijas. Incluso, si es necesario, se permite que la policía pueda también adoptar medidas de muy corta duración, como la orden de expulsión del alojamiento o el alejamiento del domicilio común, que proporcionan a la víctima tiempo suficiente para solicitar ante el tribunal de familia medidas de protección más estructurales y definitivas. En estos países que aplican preferentemente medidas de naturaleza civil, la normativa penal existente sirve generalmente de apoyo, ya sea como remedio frente al incumplimiento de las medidas de seguridad acordadas para el agresor, ya sea como recurso subsidiario, poco frecuente, de tipo protector.

Dejando a un lado los casos más graves, estos modelos tienen la ventaja de que agilizan los procedimientos y dan respuestas rápidas, en particular, en el ámbito de las medidas civiles que impactan de forma directa sobre los y las menores. Así, si la víctima pudiera resolver en primer lugar y de forma ágil el conflicto familiar, estaría en mejores condiciones de tomar conciencia y adoptar decisiones más adecuadas de cara a una futura denuncia penal. La práctica demuestra que apostar por la denuncia de forma inicial resulta muchas veces ineficaz y genera frustración a las víctimas que, mayoritariamente, ven cómo se les está desmontando su proyecto vital, y cuyas preocupaciones principales son la situación de los y las menores, la disponibilidad que podrán tener del domicilio habitual o la definición final del régimen de alimentos, y no una posible condena al agresor, hasta el punto de que, en ocasiones, sufren por si se le acaba condenando. Probablemente, un cambio en el enfoque de la intervención jurisdiccional en esta línea permitiría también tomar una mayor conciencia de la situación de los y las menores y de las necesidades de protección que requieren como víctimas directas o indirectas de la violencia machista.

De las entrevistas realizadas en los distintos ámbitos jurídicos que participan en el proceso se deduce que, en general, el hecho de que el VIDO sea un órgano

de la jurisdicción penal hace que la violencia reciba un tratamiento jurídico fundamentalmente penal, y la materia civil se deje como un añadido; en palabras de un juez, "el proceso civil ha sido siempre "el hermano pobre" de la violencia".

Sin embargo, en la práctica se detecta que, aunque los VIDO tienen también atribuidas competencias civiles para dar una respuesta integral y coordinada, a menudo las medidas civiles que se acuerdan son escasas en relación con el número de medidas penales adoptadas. Este hecho perjudica especialmente a los y las menores víctimas de la violencia machista, ya que, como se ha dicho anteriormente, las medidas civiles proveen una protección más perfeccionada y adecuada a la situación que sufren.

Al hilo de algunas de las entrevistas realizadas a diferentes operadores jurídicos que llevan años de experiencia en los juzgados de VIDO (magistrados/as, Ministerio Fiscal, abogados y abogadas del turno de oficio de VG), se ha reflexionado sobre los beneficios de estos modelos comparados, en la medida en que agilizan los procedimientos y dan respuestas rápidas no solo en el ámbito de las medidas de protección de las víctimas sino también, y en particular, en el ámbito de las medidas civiles que impactan de forma directa sobre los y las menores. También se ha destacado que podría ser una vía para descargar los juzgados de aquellos asuntos relacionados con la violencia de género pero que pueden resolverse con medidas de tipo civil, como el régimen de visitas, el uso del domicilio común o la custodia de los y las menores. Sin embargo, ante agresiones graves a la integridad de las víctimas, es el derecho penal el que ofrece a las partes respuestas más adecuadas y completas, amparadas por todas las garantías propias del proceso penal y de los derechos de defensa, como las relativas a la aportación de la prueba, las pretensiones de protección o el principio de contradicción de las partes.

7. Conclusiones

Una vez analizados los resultados, y contrastándolos con las hipótesis formuladas al inicio del proyecto, podemos llegar a una primera conclusión general, de corte más introductorio, que se verá desarrollada y concretada posteriormente en las diferentes conclusiones relativas a ámbitos más puntuales.

A la vista, pues, de las cinco hipótesis formuladas, podemos afirmar que se confirma la impresión inicial del equipo de investigadoras e investigadores en relación con la existencia de una situación de vulnerabilidad y desprotección en la práctica de las víctimas menores en casos de violencia machista.

Efectivamente, en cuanto a la primera hipótesis, el decidido y extenso despliegue normativo, de todos los ámbitos —internacional, de la Unión Europea, estatal, autonómico— que establecen medidas destinadas a proteger a las víctimas de violencia machista no es suficiente para poner fin a la vulnerabilidad y desprotección de estas víctimas, una situación que resulta más desgarradora en el caso de las personas menores.

En esta línea, se confirma también la segunda hipótesis, en el sentido de que los y las profesionales solo perciben y tratan a las personas menores como víctimas si, de forma previa, su madre ha sido reconocida como víctima. Es decir, no existe un reconocimiento de la persona menor como víctima autónoma, con sus derechos y necesidades específicos, sino como un elemento accesorio al proceso principal, muy a menudo invisible o invisibilizado, y, por tanto, sujeto a un riesgo constante de revictimización.

Esto no significa, enlazando ya con la tercera hipótesis, que las y los profesionales que intervienen en situaciones de violencia machista ignoren las medidas civiles y penales dirigidas a proteger a estas y estos menores. Sin embargo, no son plenamente conscientes de los desajustes y conflictos que estas medidas generan en su aplicación, ya que actúan dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Por otra parte, y pasando a la confirmación de la cuarta hipótesis, las y los profesionales reconocen que el hecho de que los y las menores hayan sido invisibilizados y tratados como elementos accesorios en relación con la situación de violencia de la madre durante el proceso provoca

una situación de victimización secundaria, frente a la cual, a menudo, no disponen de una respuesta óptima ni uniforme.

Por último, en cuanto a la última hipótesis, relativa a la relación entre profesionales de los diferentes ámbitos de intervención en la violencia machista, la conclusión final es que existe una falta evidente de coordinación, generada a menudo por el hecho de que cada uno actúa dentro de su ámbito y desconoce lo que se hace en otros ámbitos, hasta el punto de no aprovechar, en ocasiones, recursos existentes. Esta descoordinación perjudica la situación de las víctimas, y en particular, de las víctimas más vulnerables, es decir, las personas menores, pero repercute también en las/los mismas/os profesionales, que no sacan provecho de los recursos y la información que el propio sistema les ofrece.

7.1. Las personas menores, las grandes olvidadas de los procesos por violencia machista

A raíz de las entrevistas realizadas, podemos concluir que todavía hoy las personas menores son las grandes olvidadas en los procesos penales, conclusión que tiene que ver con su consideración o no de víctimas en los casos que nos ocupan. En el marco normativo previo a 2004 y las modificaciones penales anteriores, la víctima de la violencia de género era estrictamente la mujer que se enfrentaba a las agresiones por quien era o había sido la persona con la que había mantenido una relación de afectividad. Esto hacía que los y las menores y otros sujetos no fueran considerados víctimas directas, y, por tanto, no tenían esta consideración ni durante los procesos por violencia, ni tampoco en cuanto a los derechos, o al acceso a los servicios y recursos de los que disponían las víctimas. Además, los poderes y servicios públicos, y los operadores jurídicos y agentes judiciales en particular, tampoco recibían una formación especializada por el papel totalmente secundario de las menores en los procesos.

Con la aprobación del Estatuto de la Víctima, se establecen una serie de derechos que también afectan a las menores. A raíz de su consideración como víctimas, aunque indirectas en este estatuto, y la tendencia a ampliar el marco conceptual de la violencia, cada vez más deberá promoverse la adopción de

medidas que tengan en cuenta sus derechos, que se atienda a las necesidades especiales que pueden tener y que se asegure una participación en el proceso sin causar o producir revictimización, en línea con lo que establece el artículo 26 del Estatuto de la Víctima del Delito de 2015.

7.2. La necesidad de insistir en el interés superior del menor

De acuerdo con las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, el interés superior de la persona menor debe aplicarse como un concepto dinámico y que es necesario evaluar adecuadamente en cada contexto, pero sin dejar nunca de tener una consideración primordial, lo que significa que no puede estar al mismo nivel que las demás. Las circunstancias especiales de las personas menores, de dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz, hacen que tengan menos posibilidades que las personas adultas para defender sus intereses propios. Por tanto, las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tenerlo en cuenta, ya que si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.

Sin embargo, la aplicación práctica del principio de interés superior del menor en el ámbito de la intervención en casos de violencia de género denota carencias relevantes, especialmente cuando este interés colisiona con los intereses de sus progenitores. En estos supuestos, se produce a menudo la confusión entre unos y otros intereses, y al límite, un desconocimiento o incluso una carencia de consideración de las auténticas necesidades de las personas menores, que acaban siendo determinadas finalmente por sus padres y madres

7.3. La importancia de la asistencia en la denuncia

Se confirma la importancia que tiene el acompañamiento a la mujer y a sus hijos e hijas en el momento de la denuncia, y es necesario, por tanto, garantizar que la mujer contará con el asesoramiento especializado adecuado. Esto significa, por un lado, que los agentes policiales que la atiendan en Comisaría deben estar formados y capacitados en violencia machista y que en la redacción de la denuncia se hará mención de todos los episodios de violencia sufridos de modo que la denuncia sea lo más completa posible; por otra parte, que la mujer víctima debe poder disponer de asistencia letrada especializada que pueda asesorarla y

resolver sus dudas en el momento de poner denuncia y que pueda atenderla también en sede judicial.

En relación con los y las menores, es importante que sus necesidades y derechos se tengan en cuenta desde ese momento inicial del proceso. Y, además, es necesario habilitar los espacios para garantizar que no se vean nuevamente victimizados cuando acuden con sus madres a dependencias policiales y judiciales.

7.4. Una revisión de las medidas cautelares civiles y penales de la orden de protección

El artículo 44 de la LOMPIVG posibilita que los juzgados de VIDO tengan atribuido el conocimiento de las cuestiones civiles relacionadas con los hechos derivados de la violencia de género. Asimismo, la orden de protección, como instrumento legal que confiere una protección integral a la víctima, da la posibilidad al juzgado de VIDO o, en su caso, al juzgado de guardia, de dictar, junto con las medidas penales, otras de naturaleza civil en una misma resolución judicial (auto), cuando existan indicios fundamentados de la comisión de un delito, además de la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima.

7.4.1. Medidas Civiles

Las medidas civiles concretas que comporta la orden de protección (art. 544 ter.7.1º de la LECrim) son la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, la fijación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos e hijas, la determinación del régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al o a la menor de un peligro o de evitar perjuicios, siempre que no hayan sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas contempladas en el artículo 158 del Código Civil español (CCe). La remisión al artículo 158 del CC, en el Derecho Civil de Cataluña, se entendería hecha respecto del artículo 236-3 del Código Civil de Cataluña (CCCat).

Hay que precisar que las medidas civiles de la orden de protección previstas en el apartado 7.º del artículo 544.ter de la LECrim, son medidas distintas y con autonomía propia, a pesar de su parecido con las previstas en los artículos 63-65 de la LOMPIVG, de protección contra la violencia de género. Igualmente, como indica el mismo artículo, estas medidas son compatibles con las medidas previstas en el art. 236-3 del CCCat, que puede dictar un juez, tanto en un proceso civil como penal, con "el fin de apartar al menor de un peligro o de evitar perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas" (art. 158.6 del CCe).

7.4.1.1. Es necesario dictar de oficio medidas civiles en la orden de protección

Respecto a las medidas civiles, la Disposición Final 1.13 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, modificó el artículo 544.ter 7 de la LECrim añadiendo que, cuando existan hijos e hijas menores, el VIDO o juzgado de guardia deberá pronunciarse, en todo caso, incluso de oficio, dentro de la Orden de Protección respecto a las medidas cautelares civiles que afectan a menores que convivan con la víctima. Esta modificación legislativa prima el interés superior de los y las menores y su protección integral frente al principio de rogación propio de los asuntos civiles, ya que establece la obligación legal de que la autoridad judicial se pronuncie sobre la pertinencia de la adopción de las medidas civiles siempre que existan personas menores.

Valoramos muy positivamente este cambio legislativo porque, por un lado, supone el reconocimiento de la necesidad de protección de los y las menores como víctimas, al margen de la madre víctima de violencia de género. Y, por otra parte, porque implica la obligación del juez de pronunciarse respecto de las medidas civiles de protección que afecten a los o a las menores "en todo caso", con independencia de que estas hayan sido solicitadas por sus representantes legales y/o el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, aunque han transcurrido 5 años desde esta modificación del artículo 544.ter. 7 de la LECrim, de las entrevistas realizadas se concluye que, en la práctica judicial, las órdenes de protección no siempre se pronuncian

específicamente sobre las medidas civiles que afectan a los y las menores, y por tanto, la previsión legal no se cumple.

Hay que poner de relieve que la petición de medidas civiles respecto de los hijos y de las hijas por parte de la madre, en tanto que su representante legal, tiene un papel decisivo en la valoración de su necesidad y la posible adopción en la orden de protección. Hacer recaer fundamentalmente sobre la madre la decisión sobre si es necesario solicitar o no medidas de protección respecto a sus hijos e hijas supone no tener en cuenta la situación de especial vulnerabilidad en la que a menudo se encuentra la madre y su desconocimiento sobre la trascendencia que sus palabras, comportamientos o decisiones tendrán en la gestión del conflicto. A esto hay que añadir que el corto plazo de 72 horas en el que debe dictarse la orden de protección es un obstáculo a la hora de obtener la información suficiente que permita valorar el riesgo y adoptar las medidas civiles pertinentes para la protección de los y las menores.

7.4.1.2. La modificación de medidas civiles en la orden de protección: una cuestión pendiente

La última redacción del artículo 544.ter 7 de la LECrim estableció que, en la orden de protección, la jueza o juez acordará medidas cautelares civiles siempre que previamente no se hayan acordado estas medidas por un órgano de la jurisdicción civil, se sobreentiende que siempre que traten sobre una misma cuestión.

Con esta precisión parece que el legislador ha querido evitar una concurrencia desordenada, pero nada impide que las medidas adoptadas por un juez civil en un proceso de familia anterior puedan ser completadas o, incluso, si la situación lo requiere, modificadas por el VIDO, puesto que la decisión judicial civil sobre estas medidas no tiene valor o efecto de cosa juzgada. Consideramos que esta limitación tiene todo el sentido si quien dicta la orden de protección es un juzgado de guardia. Sin embargo, no debería ser así si quien dicta la orden de protección es el VIDO, porque si después será este juzgado quien conocerá y podrá acordar las medidas definitivas sobre estas mismas cuestiones, de acuerdo con el artículo 87.ter.2 de la LOPJ, no parece razonable impedir que pueda modificar o

decidir mantener, según sea necesario, las medidas previamente adoptadas por un juez civil en un proceso de familia. Es más, si el VIDO considera procedentes las medidas dictadas por un juez civil puede incluso acordar su ejecución.

De lo que han manifestado los/las jueces/zas del VIDO, podemos concluir que, en la práctica, sí entran a modificar las medidas civiles cuando se produce una incompatibilidad entre la ejecución de estas medidas y de las nuevas medidas penales adoptadas en la orden de protección. Pero, fuera de este supuesto, los jueces y juezas de VIDO no suelen acordar medidas civiles, en tanto que, dada su naturaleza penal, tienen muy clara la excepcionalidad de las materias del ámbito civil que tienen atribuidas.

Criticamos esta diferente actuación y justificación de los VIDO porque, precisamente, la razón de la última modificación del art. 544.ter.7 de la LECrim responde a la voluntad de que un mismo órgano judicial pueda, de forma coordinada, dictar medidas penales y civiles para conseguir la protección integral de las víctimas, lo que, por lo que se deduce de las entrevistas realizadas, no se produce en la práctica. Sin embargo, hay que coincidir con la apreciación hecha por jueces y juezas de VIDO, en el sentido de que la literalidad de la norma legal no es suficientemente clara.

7.4.1.3. La protección de los y las menores exige dictar órdenes de protección con medidas exclusivamente civiles

Es una cuestión pacífica entre los juzgados de VIDO que solo adoptan medidas civiles cuando se hayan dictado las correspondientes medidas penales. En la práctica, tal y como se desprende de las entrevistas, en la orden de protección solo se adoptan las medidas civiles necesarias y aconsejables, y proporcionales dadas las circunstancias del caso, para proteger y dotar de mayor seguridad a la mujer y/o a los y las menores víctimas de la violencia de género.

Esta práctica supone desconocer que, cuando existen víctimas menores, los VIDO "deben pronunciarse en todo caso, incluso de oficio" (art. 544.ter.7 de la LECrim), y es precisamente en estos casos en los que no se adoptan medidas penales cuando las medidas civiles, menos intrusivas, pueden resultar de mayor utilidad para la protección de los/las menores.

7.4.1.4. Es hora de avanzar: un maltratador no puede ser un buen padre

De las entrevistas realizadas se desprende que en el marco de la orden de protección no se suele adoptar la medida consistente en la privación de la potestad parental, y solo en contadas ocasiones se acuerda su suspensión.

En este sentido, podemos diferenciar que, cuando el o la menor es víctima directa de una agresión física por parte del progenitor y esta tiene suficiente gravedad, sí se solicita la suspensión o privación de la potestad parental por parte del/de la abogada o abogado de la madre víctima o el Ministerio Fiscal, y los magistrados de VIDO suelen otorgar la suspensión. Por el contrario, si el menor, a pesar de ser víctima junto a su madre, no es el sujeto pasivo de la agresión, sino que su consideración de víctima viene dada por el hecho de que ha presenciado o es capaz de intuir actos de violencia hacia su madre, las personas entrevistadas han expresado que no es habitual que se acuerde la suspensión de la potestad parental.

Persiste la idea estereotipada de que el padre sigue siendo un buen padre y de que la limitación de derechos del padre respecto a las hijas e hijos puede ir en contra del interés superior de la persona menor de mantener una relación con él. En este sentido, las sentencias judiciales siguen ignorando las consecuencias que el fenómeno de la violencia de género tiene sobre el desarrollo social de los y las menores víctimas, incluso en contra de lo establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional.

En caso de que la privación o suspensión de la potestad parental tenga lugar en el posterior procedimiento civil, podemos concluir que las sentencias favorables a su concesión responden a 3 situaciones principales: que el padre agresor esté en prisión, al menos hasta que este obtenga la libertad condicional; que exista un maltrato físico directo y probado hacia sus hijos o hijas menores; y, por último, que exista un incumplimiento reiterado de los deberes que comporta la responsabilidad parental, en concreto, por la falta de relación entre el progenitor agresor y los menores, imputable al progenitor.

Por último, de la práctica judicial se desprende que la violencia psicológica hacia los menores no suele comportar la privación/suspensión de la potestad parental del agresor. Ahora bien, si estos daños psicológicos son el resultado de la

conducta violenta habitual para con su madre, el peso que tiene esta habitualidad en la violencia lleva a conceder en algunos casos la suspensión o privación de la potestad parental.

7.4.1.5. La vulnerabilidad de los menores en los regímenes de custodia y visitas

La adopción de estas medidas por el VIDO debe tener siempre como objetivo acomodar el ejercicio de estos derechos/deberes paternofiliales a la nueva situación de hecho provocada por la violencia de género.

En cuanto a la guarda o custodia, el artículo 233-11.3 del CCCat impide atribuir la guarda, ni individual ni compartida, al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia machista o existan indicios fundamentados de que se han cometido actos de violencia machista, de los que las hijas o hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

No obstante lo establecido en este artículo, las entrevistas indican que en la práctica se siguen otorgando guardas compartidas con el padre agresor puesto que se considera que el padre como los hijos e hijas tienen derecho a relacionarse, de acuerdo con el principio del interés superior del menor.

En este sentido, podemos concluir que cuando las pruebas no permiten acreditar la violencia, se produce un cierto automatismo en la atribución de la guarda compartida, sin entrar a diferenciar que, si bien la prueba puede ser insuficiente para una condena penal, en cambio sí que es suficiente para considerar que existen indicios de violencia machista que permitan adoptar medidas civiles, como la de atribuir en exclusiva la guarda a la madre.

Además, el hecho de que la mujer se acoja a la dispensa de declarar no debe llevar directamente a considerar que los actos de violencia machista de los que sus hijos e hijas son víctimas no se han producido. Por tanto, creemos que la dispensa de declarar a la que se acoge la madre víctima no puede ser motivo suficiente para que jueces y juezas descarten automáticamente la atribución de una guarda exclusiva a favor de la madre, ni para que no tengan en cuenta todo el resto de circunstancias que rodean el episodio de violencia y cómo afectan estas a los hijos e hijas.

Acordada por el VIDO la medida provisional que atribuye la guarda o custodia en exclusiva a la mujer víctima, a continuación deben adoptarse las medidas civiles pertinentes en cuanto al régimen de comunicación y estancia, es decir, se debe establecer cuál será el régimen de visitas del progenitor agresor con los y las menores.

El VIDO debe ser especialmente cuidadoso a la hora de fijar el régimen de visitas, ya que debe conjugar el interés superior de las personas menores, la protección de la madre víctima y el derecho del padre agresor a relacionarse con sus hijos e hijas. Hemos detectado que en la práctica judicial no es habitual suspender el régimen de visitas para los progenitores agresores, en base a que pueden ser buenos padres o que debe prevalecer el interés del o de la menor, entendido como el derecho a relacionarse con su padre, sin tener en cuenta que el padre no es un buen referente educativo para sus hijos e hijas.

De las entrevistas realizadas se desprende que, en su mayoría, se tiene en cuenta la situación de violencia detectada entre los progenitores a la hora de fijar la medida relativa al régimen de comunicación y estancia. Especialmente cuando se ha adoptado una medida de alejamiento o se han prohibido las comunicaciones entre víctima y maltratador, se establece que el derecho de visitas se articule a través de familiares o bien mediante un punto de encuentro familiar, o que el derecho de visitas se supervise o se tutele por profesionales de los servicios sociales. Solo en casos excepcionales y especialmente graves, como cuando se ha atentado contra la vida de la madre, no se otorga o suspende este régimen de visitas, por considerar que no es favorable para el correcto desarrollo de los y de las menores permitir que el padre agresor siga relacionándose con hijos e hijas.

En concreto, hemos detectado que el hecho de que las visitas se articulen a través del punto de encuentro, si bien la mayoría de profesionales de los diferentes colectivos lo valora muy favorablemente, también pone de relieve la carencia de recursos en la provincia de Tarragona para que se pueda sacar el mayor provecho (en este sentido, nos remitimos al apartado donde se analiza esta herramienta de forma específica).

Que las y los profesionales hayan dicho que existen casos en los que las hijas o hijos de padres que cumplen pena privativa de libertad por delito grave de violencia machista quieren relacionarse con él porque le ven como referente, en lugar de querer ir con la madre, es síntoma de que algo se está haciendo mal. Probablemente, creemos que esto se debe a un abandono de los y las menores en todo el proceso, y de no tenerlos en cuenta como parte afectada en el conflicto.

En ocasiones, el otorgamiento de un régimen de visitas a favor del padre agresor persigue precisamente que hijos e hijas no idealicen la figura paterna, dado que la falta de relación con él les puede llevar a proyectar una figura paterna muy distinta a la real, e, incluso, puede suceder que quieran ir a vivir con él una vez terminada la pena; es lo mismo que ocurre a menudo en los casos de separación y divorcio, cuando el progenitor que tiene la guarda de los hijos/as debe hacer frente a los conflictos cotidianos habituales e hijos e hijas acaban idealizando al otro progenitor. Así, “si retiras visitas y rompes la relación entre padre e hijos/as, a veces los hijos/as idealizan al padre y acaban culpando a la madre. Puede llegar a ser contraproducente”.

Al margen de la adopción de un régimen de visitas entre el padre agresor y sus hijos e hijas, también se establecen medidas que permiten que el o la menor se relacione con sus abuelos y abuelas y otros parientes de la familia del padre agresor. Esto que, aparentemente, puede parecer una medida favorable al interés de la persona menor, en línea con el artículo 236-4 del CCCat, desde los Servicios Sociales nos hacen saber que puede afectar negativamente a su desarrollo y recuperación psicológica. El motivo es que estos familiares pueden llegar a justificar el comportamiento del padre, culpabilizar algunas actitudes de la madre e incluso hacer comentarios de desprecio, a la vez que puede ser una vía empleada por el padre para mantener una relación indirecta con sus hijos e hijas.

Al margen de todo lo anterior, hay que tener en cuenta otro dato: según la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer del Ministerio de Igualdad de 2019, entre un 70 % y un 80 % de las mujeres que han sufrido algún episodio de violencia de género no lo denuncian. Si estas mujeres se acaban separando de su pareja, irán a un juzgado de familia que resolverá sin ser consciente de la

posible situación de violencia de género, quedando en consecuencia invisibilizados y olvidados los derechos y necesidades de las personas menores en aspectos como, por ejemplo, la fijación del régimen de visitas, al no tenerse en cuenta la situación de violencia.

7.4.1.6. La prestación de alimentos al margen de las necesidades de cada caso

La prestación de alimentos a favor de los/las menores, prevista en el artículo 544.ter.7 de la LECrim, es una de las medidas civiles que habitualmente se adoptan dentro de una orden de protección. El VIDO adopta a todos los efectos esta medida civil para asegurar que el cambio de circunstancias que ha ocasionado el episodio de violencia de género no altera el deber del progenitor agresor de hacer frente a las necesidades de sus hijos e hijas y el derecho de estos últimos a recibir la cuantía necesaria para su manutención.

Más allá del reconocimiento de esta prestación, el problema surge en lo que respecta a la determinación de su cuantía. En este punto podemos concluir que, en general, jueces y juezas de VIDO acuerdan prestaciones de alimentos estándar, por falta de tiempo y recursos para profundizar en el caso concreto y poder así acordar una pensión adecuada a las necesidades acreditadas por los/las abogados/as. A la falta de tiempo y recursos que se alega, se suma el hecho de que las medidas adoptadas en la orden de protección son medidas cautelares, por tanto, provisionales, y se tiene la confianza de que la cuantía acordada en concepto de alimentos podrá actualizarse en el correspondiente procedimiento civil de familia.

7.5. Adopción y prórroga de las medidas civiles en una orden de protección

7.5.1. La escasa adopción de medidas civiles ex novo en la orden de protección

El artículo 544 ter. 7 de la LECrim regula la posibilidad de que en la orden de protección el juez de VIDO o en funciones de guardia pueda acordar, al margen de las de naturaleza penal, medidas civiles. No obstante, para que así sea, es necesaria la solicitud previa de la víctima, su representante legal y, en el caso de existir hijos o hijas menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Ministerio Fiscal; por tanto, no se pueden acordar de oficio. A este respecto hay que tener presentes las siguientes consideraciones.

a) En primer lugar, el supuesto en el que un juzgado del orden jurisdiccional civil ya hubiera acordado medidas civiles con carácter previo, es decir, en un proceso civil anterior a los hechos que hubieran dado lugar al proceso judicial por violencia de género. En estos casos, que normalmente se producen con posterioridad a la sentencia de divorcio, la respuesta legal es clara, siendo plenamente válidas las medidas previamente acordadas por el órgano civil, a todos los efectos.

Ahora bien, el criterio general anterior puede excepcionarse ante hechos graves que hagan necesaria la adopción de medidas sobre la base de los artículos 65 y 66 de la LOMPIVG y del artículo 158 del CC (o 236-3 del CCCat), que facultan al juzgado de VIDO (o de guardia) para acordar la suspensión del régimen de visitas o de la patria potestad. Adicionalmente, la nueva versión del art. 544.ter.7 de la LECrim permite, para aquellos casos en que los hijos o hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia de género, que el órgano judicial suspenda el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los y las menores dependientes de él (excepto resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial).

b) En segundo lugar, la posibilidad de que la orden de protección acuerde únicamente medidas cautelares civiles. En la práctica no es extraño que se acuerden órdenes de protección que solo contemplen medidas penales, sin pronunciamiento alguno sobre la posible adopción de medidas civiles, sobre todo cuando no las ha pedido la víctima, pero no a la inversa.

Con todo, cabe destacar que a nivel legislativo no existe una norma expresa en este sentido y, por tanto, nada obsta para que el juzgado de VIDO, incluso de oficio, pueda establecer solo medidas civiles en la orden de protección, especialmente y de nuevo cuando detecte una situación de riesgo para la persona menor (arts. 544 ter de la LECrim, 158 del CC y 236 del CCCat), aunque en estos supuestos específicos tampoco suelen adoptarse.

c) Por último, el referido artículo 544 ter. 7 de la LECrim no ha querido dejar sin atender la circunstancia en la que, a pesar de la existencia de personas menores convivientes y dependientes de la víctima, esta no pida medidas civiles. En estos casos, se exige un pronunciamiento judicial de oficio sobre la pertinencia de la adopción de dichas medidas.

Además, en este contexto cabe recordar que a pesar de la importante reforma de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, con demasiada frecuencia se ignora que las hijas e hijos menores que presencian la violencia de género ejercida sobre sus madres son también víctimas directas de esa violencia. Por este motivo, en estos casos deberían adoptarse medidas civiles que garantizaran su efectiva protección, y no solo reservarlas a los casos en los que los padres agreden físicamente también a los y las menores, como las y los profesionales comentan que ocurre en la práctica.

7.5.2. La prórroga o modificación de las medidas civiles corresponde al juez de VIDO durante la vigencia de la causa penal

De la literalidad del artículo 544 ter. 7 de la LECrim se desprende que las medidas cautelares civiles contenidas en la orden de protección tendrán una duración máxima de 30 días, transcurridos los cuales perderán su vigencia, a menos que la víctima o su representación legal incoe un proceso de familia —

que normalmente será con la interposición de una demanda de divorcio— ante la jurisdicción civil, lo que permitirá extender su validez 30 días más después de haber presentado la correspondiente demanda. Y añade la norma que en este plazo será necesario que el juez de primera instancia que resulte competente ratifique las anteriores medidas civiles, las modifique o, en su caso, las deje sin efecto. El contraste de esta regulación con la realidad práctica nos permite advertir dos conclusiones:

Por un lado, que la prórroga de las medidas civiles derivadas de una orden de protección no es automática ni tiene una duración de 30 días como dice la ley, sino que una vez el abogado o abogada pida su ratificación o modificación en la demanda civil que presente ante el Juzgado de VIDO (siempre que se mantenga viva la causa penal relativa a la violencia de género relacionada), estas se prorrogarán hasta el momento en que se produzca la vista oral del juicio civil.

Por otra parte, llama la atención la referencia que la ley hace al "juez de primera instancia" para conocer de la prórroga de las medidas civiles de la orden de protección. En este punto hay que aclarar que la demanda debe presentarse ante el juzgado de VIDO (que ciertamente es quien conoce de la primera instancia del proceso civil derivado de la violencia de género de conformidad con los artículos 87 ter de la LOPJ y 49 bis de la LEC) . Así, el juzgado de VIDO mantendrá la competencia civil respecto al conflicto de familia mientras la causa penal se mantenga viva.

Por tanto, podemos concluir de lo que nos han dicho las profesionales del ámbito jurídico entrevistadas que mientras la causa penal esté abierta, la adopción y modificación de las medidas civiles acordadas en un proceso de violencia de género será en todo caso a cargo del juzgado de VIDO, quien se encargará de los aspectos de familia durante toda la vida de la causa penal. Esto significa que en los casos en que el enjuiciamiento de la causa penal deba conocerlo el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, estos órganos judiciales se encargarán de las medidas penales, pero cualquier decisión que afecte a las medidas civiles seguirá correspondiendo al juzgado de VIDO, que es el órgano en el que se presentó la demanda de divorcio.

En cambio, en cuanto a las medidas penales derivadas de la orden de protección, cabe destacar que en caso de que la causa penal pase a la fase de enjuiciamiento, el órgano penal que la conozca será quien decida sobre su mantenimiento o modificación. Esto puede dar lugar a decisiones contradictorias entre el juez o jueza de VIDO, que se queda la cuestión de familia, y el juez o jueza penal, que seguirá conociendo de la causa penal derivada de la violencia. Un ejemplo se da cuando el órgano enjuiciador dicta una sentencia de condena y adopta medidas penales que incluyen el alejamiento obligatorio o la prohibición de comunicación, o incluso la inhabilitación o privación del ejercicio de la patria potestad, mientras que, por su parte, el juzgado de VIDO ha establecido un régimen de visitas estándar o custodia compartida. En este caso, es necesario modificar las medidas civiles que tendrán que adaptarse a la realidad del proceso penal.

En este contexto, es criticable también que la falta de conocimiento de la situación civil/familiar por el juzgado de lo penal (órgano enjuiciador) hace que en ocasiones adopte medidas penales incoherentes con las civiles previamente acordadas por el juzgado de VIDO y que probablemente variarían si hubiera tenido conocimiento de dicha situación familiar; por ejemplo, el buen funcionamiento de la custodia compartida de los niños y niñas, que puede verse afectado por una prohibición de aproximación o de comunicación.

7.5.3 La modificación de las medidas civiles una vez finalizada la causa penal es competencia del juez del orden civil

Una de las cuestiones que no contemplan los textos normativos, pero que sí se plantea en la práctica, es la de la modificación de las medidas civiles una vez dictada la sentencia penal, es decir, cuando la causa penal ha dejado de existir. En estos casos, debe entenderse que en la medida en que se deja de cumplir uno de los requisitos esenciales del artículo 87 ter. 3 de la LOPJ, deja de estar justificada la atracción de la competencia civil de los juzgados de VIDO, correspondiendo la referida modificación a un juzgado de instancia o de familia del orden civil.

7.6. La privación de la patria potestad por la vía penal

A partir de las entrevistas efectuadas hemos constatado que la mayoría de los entrevistados consideran que no es habitual que se impongan medidas penales de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad. Los motivos expuestos son los siguientes:

- Ni los letrados o letradas ni el Ministerio Fiscal solicitan estas medidas, y por tanto, los jueces o juezas no las valoran y no aparecen en las resoluciones penales.
- Los/las jueces/zas o magistrados/as no las aplican si no tienen claro que las personas menores han sido víctimas directas de violencia física. Se mueven por inercia dentro de unos umbrales mínimos de protección que solo se superan en esos casos de violencia física directa hacia las personas menores.
- En tercer lugar, se pone de relieve que la carencia de mecanismos de comunicación efectivos entre los juzgados del orden civil y los del penal impide que los juzgados del penal conozcan las medidas civiles concretas ya existentes para poder mantener cierta coherencia entre los dos órdenes jurisdiccionales.

Por tanto, resulta necesario un mayor conocimiento de estas medidas penales que facilite su aplicación por parte de los operadores jurídicos. Además, es necesario facilitar la coordinación entre jueces/zas de los diferentes órdenes, civil y penal, a fin de que el juez o jueza penal pueda conocer las medidas que han sido adoptadas en el orden civil respecto de los hijos e hijas menores y resolver de forma coherente.

7.7. Infrautilización de los puntos de encuentro familiar

De las respuestas de los entrevistados podemos concluir que los puntos de encuentro familiar son un recurso importante y útil para mantener o recuperar el contacto entre el menor que ha sido víctima directa o indirecta de la violencia machista y su progenitor u otros familiares. Se trata, sin embargo, de un recurso poco conocido por los operadores jurídicos, y las profesionales que lo gestionan

consideran que este desconocimiento provoca que esté infrautilizado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que algunas experiencias negativas de las que han informado abogados —básicamente, la obligación de desplazamientos para acudir a los puntos de encuentro, o plazos temporales largos para poder acceder a ellos— pueden influir también en una menor utilización del recurso.

7.8. La priorización del enjuiciamiento de la violencia puntual en detrimento de la posible violencia habitual

De las entrevistas se desprende que la razón principal que explica que efectivamente exista una priorización del enjuiciamiento de la violencia puntual en detrimento de la posible violencia habitual no es otra que un problema de prueba en el marco del juicio rápido, donde se dirimen la mayoría de los conflictos planteados en el Juzgado de Violencia sobre la mujer. La actuación judicial se centra en lo que se puede demostrar con mayor facilidad y que efectivamente coincide con los hechos más cercanos en el tiempo.

Esta priorización de la violencia puntual se ve favorecida por la carencia de profesionales especializados durante las guardias del fin de semana y la falta de visión estratégica de las acusaciones que pasan por alto los hechos que pudieran dar lugar a una condena por maltrato habitual.

Visto esto se extraen dos propuestas:

1. La introducción de personal especializado en las guardias del fin de semana.
2. La transformación del juicio rápido a diligencias previas siempre que sea necesario, para dar tiempo a los profesionales a elaborar informes y proponer y practicar las oportunas pruebas.

7.9. Es necesaria una mayor intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de violencia de género

Entre las funciones que tiene atribuidas la institución del Ministerio Fiscal destaca su intervención, en calidad de órgano público, en aquellas causas en las que

puede verse afectado el interés social. Esto es precisamente lo que sucede en los conflictos de violencia de género con presencia, directa o indirecta, de menores de edad. En estos casos, la participación del Ministerio Fiscal en la tutela de los derechos e intereses de estos menores es incuestionable, interviniendo a iniciativa propia, es decir, de oficio, o a instancia de cualquiera de las partes; no hay que perder de vista que en ningún caso actuará como órgano decisorio, puesto que no tiene atribuida la función jurisdiccional que el artículo 117.3 de la Constitución española atribuye de forma exclusiva a jueces/zas y magistrados/as.

7.9.1. La participación del Ministerio Fiscal en la adopción de una orden de protección: relevante pero improbable.

El legislador ha querido dar protagonismo al Ministerio Fiscal en el procedimiento para adoptar una orden de protección, legitimándolo para instar su solicitud al margen de la víctima o persona que tenga alguna de las relaciones del artículo 173.2 del CP, pero también le ha reconocido como organismo receptor de solicitudes de otros sujetos igualmente legitimados, para su inmediata remisión al juez competente (art. 544 ter. 3 y 4) de la LECrim).

El procedimiento de adopción de una orden de protección será rápido, como máximo, 72 horas, y sencillo. En cumplimiento de estos requisitos la ley prevé que una vez presentada la solicitud, se celebre una comparecencia llamada audiencia urgente con la finalidad de escuchar a todas las partes del conflicto — también al solicitante, cuando no coincidiera con la víctima— , y el Ministerio Fiscal, antes de pronunciarse sobre la adopción y, en su caso, contenido, de la orden de protección. Por tanto, es este el momento procesal en el que el Ministerio Fiscal debe pronunciarse sobre las medidas que correspondan para proteger el interés de los y de las menores. Sin embargo, tal y como se ha indicado en el apartado de los resultados, esto es muy improbable en la práctica.

7.9.2. La poca presencia del Ministerio Fiscal en los procesos de VIDO con menores significa pocas medidas civiles por la protección de estos menores

La participación del Ministerio Fiscal en los procesos de VIDO con presencia de menores es muy escasa. Esto explica que la subsistencia de las medidas civiles de la orden de protección acabe dependiendo en demasiadas ocasiones de la actuación de los/las abogados/as. Esta dejadez, a menudo involuntaria, del Ministerio Fiscal de las funciones que le son propias perjudica esencialmente a los y las menores, a quienes debe representar en cualquier caso y, por tanto, también en los supuestos de violencia de género, y repercute en una menor adopción de medidas civiles.

Paralelamente, esta falta de implicación del Ministerio Fiscal muchas veces incide de forma directa en la fase de instrucción de la causa penal por violencia de género, lo que tiene como consecuencia que toda la carga de la prueba recaiga en el/la abogado/abogada de la víctima.

7.9.3. La intervención del Ministerio Fiscal frente al abandono de la madre del procedimiento con menores afectados

El abandono, por parte de la madre, del proceso de violencia de género a menudo se efectúa sin tener en cuenta la afectación que esto puede llegar a tener en los intereses de sus hijos/as menores. Otorgar un papel decisivo a la madre respecto de si es necesario solicitar o no medidas de protección para con sus hijos/as supone no tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, fruto del episodio de violencia del que ha sido víctima y la influencia directa que su estado psicológico tendrá sobre sus palabras, actuaciones o decisiones respecto a la gestión del conflicto. Por este motivo, en base a los arts. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 544.ter.7 de la LECrim, en estos casos debería potenciarse la intervención del Ministerio Fiscal para garantizar la protección de los y las menores a través de la solicitud de las oportunas medidas civiles, así como su posterior seguimiento.

7.9.4. Es necesaria más participación del Ministerio Fiscal en los procesos de VIDO para garantizar los derechos e intereses de los y las menores

En definitiva, el Ministerio Fiscal debería tener una participación mucho más activa en los procesos de VIDO y, en particular, en la adopción de las medidas civiles derivadas de una orden de protección, tomando la iniciativa cuando fuera necesario y haciendo un seguimiento mucho más eficiente y cercano, a fin de velar por el interés superior del menor, especialmente cuando se den supuestos de conflicto con los intereses de cualquiera de sus progenitores.

7.10. La ineficacia de regular el deber de declarar para el esclarecimiento de los hechos y la importancia del Defensor o Defensora Judicial

A partir de las entrevistas efectuadas consideramos que la dispensa a declarar prevista en el artículo 416 de la LECrim no resulta eficaz para el esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, tal y como han planteado las personas entrevistadas, obligar a declarar a la mujer que se retira del procedimiento como acusación particular, siguiendo las nuevas instrucciones del Tribunal Supremo, tampoco resulta una verdadera solución, puesto que habría que valorar sus motivos. De lo contrario, no existe ninguna garantía de que la declaración obligada de la mujer sea veraz y fidedigna, en especial, cuando los motivos que le llevaron a retirar la acusación particular respecto a su agresor fueron el miedo o la presión familiar.

Cuando la actuación de los progenitores es contraria a los intereses de los hijos o hijas, como por ejemplo en el caso de la dispensa del deber de declarar de la madre, no hay acuerdo en las entrevistas: hay quien cree que el o la menor debería constituirse como parte procesal independiente y tener su propia representación con procurador/a y defensor/a judicial; hay quien se muestra reticente a esta solución, porque no existen recursos suficientes y porque puede comportar una doble victimización para la persona menor; y finalmente, hay quien cree que la defensa de las personas menores es una función que debería asumir la Fiscalía, y no sería necesario, por tanto, recurrir a la Defensora o Defensor de la persona menor.

Por último, respecto a la propuesta relativa a la atención de los y las menores por parte de profesionales externos, nos preguntamos si no se estaría invadiendo el espacio de los equipos técnicos y de los forenses que ya trabajan en los Juzgados y cumplen funciones similares, si bien no tan concentradas en la figura de la persona menor.

7.11. Valoración del riesgo de violencia

Las valoraciones del riesgo de violencia policial y médico-forenses no incluyen el riesgo para los hijos e hijas de la mujer víctima de violencia machista, aunque esta inclusión sea un mandato legislativo, de acuerdo con la reforma de la Ley 17/2020.

Estas valoraciones, policial y médico-forense, se centran en el daño físico y en el riesgo de sufrir violencia física, sin tener en cuenta, por tanto, las agresiones psicológicas ni los daños psicológicos o riesgo de violencia psicológica.

Se destaca el avance que supone de cara a la atención de los y las menores las evaluaciones del riesgo de violencia realizadas por parte de las unidades de valoración forense integral (UVFI), sobre todo cuando en estas unidades intervienen profesionales del ámbito de la familia. Ahora bien, a pesar de ser consideradas como una herramienta técnica efectiva, las UVFI están infrutilizadas por los Juzgados y la Fiscalía.

Las UVFI deberían dar asistencia también en sede de guardia dado que la mayoría de casos de violencia llegan a los juzgados durante el fin de semana, a fin de asistir al juez/a instructor/a a adoptar la medida familiar más idónea.

Actualmente, las UVFI están desplegadas en los partidos judiciales de capitales de provincia y en Tortosa, y es necesario que se creen nuevas UVFI en los partidos judiciales donde radiquen juzgados de violencia exclusivo sobre la mujer.

7.12. Coordinación y trabajo en red entre los servicios de los distintos ámbitos de la intervención

Nuestra investigación ha puesto de manifiesto que la coordinación entre servicios del mismo ámbito de intervención funciona, pero no ocurre lo mismo cuando la coordinación está entre los servicios de diferentes ámbitos de intervención. Sobre todo, se destaca la falta de coordinación entre el ámbito de la atención social y el judicial, pues los/las profesionales del ámbito judicial se quejan por no recibir suficiente información sobre el seguimiento de cada caso y los/las profesionales del ámbito asistencial por no tener acceso al ámbito judicial. Al respecto, se subraya la necesidad de legitimar los informes de los servicios sociales para que su práctica profesional se valore y se tenga en cuenta en las decisiones judiciales.

Además, en violencia machista, el trabajo en red debería implicar realizar una evaluación diagnóstica y una planificación de la intervención conjunta entre los y las diferentes profesionales y disciplinas que intervienen en cada una de las fases de la intervención para llegar a alcanzar una verdadera intervención integral. Por eso, es fundamental impulsar el trabajo interprofesional e interdisciplinar, que permita crear enfoques y estrategias de acción colaborativas, que crucen e interconecten los límites de las diversas disciplinas y factores que intervienen tanto en las causas como en las consecuencias de la violencia de género. En este sentido, convendría asignar un o una profesional referente por cada servicio implicado y realizar seguimiento y evaluación continua de los diferentes casos y de forma relacional y coordinada.

7.13. La exploración de las personas menores: revictimización y conflicto de intereses

La intervención de las personas menores en el proceso, y especialmente su exploración, es uno de los momentos del proceso donde existe mayor riesgo de revictimización. A pesar de lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima, existen muchos elementos en los que la ley permite un margen de interpretación y de flexibilidad bastante amplio, y que, por circunstancias como la falta de tiempo o de recursos, pueden dar lugar a situaciones en las que el ejercicio del derecho

de las personas menores a ser oídas y escuchadas suponga una nueva victimización.

Los profesionales manifiestan ser conscientes de este riesgo de revictimización y, entre los daños adicionales, destacan el conflicto de lealtades que la exploración genera en la persona menor, que se encuentra en el dilema de tener que escoger entre sus progenitores, quienes, además, acabarán conociendo el contenido de sus declaraciones.

Es comprensible la preocupación que genera en las partes del proceso el desconocimiento del resultado de la exploración de la persona menor, pero es necesario evaluar cuidadosamente si esta exploración es necesaria, para evitar en todo caso el riesgo de producir revictimización, y más cuando se ha expresado en las entrevistas que, realizada en las actuales condiciones, puede resultar inconcluyente y, por tanto, inútil.

En caso de ser necesaria u obligatoria, debe realizarse en un ambiente cordial, en un acto aparte del proceso, con las garantías y las cautelas que menciona la STC 64/2019, y, a ser posible, alejada del día en que tenga lugar el proceso principal. Asimismo, sería recomendable la asistencia obligatoria de la Fiscalía en defensa de ese interés superior del menor, y de profesionales con experiencia para hacer esta comparecencia menos traumática.

7.14. La revictimización derivada de las medidas de protección de las víctimas

Hay que establecer un diseño de la ejecución de las medidas y las penas que no haga recaer sobre las víctimas el peso o las consecuencias de los hechos delictivos, o, como explícitamente se señala en el artículo 26, que las medidas o la celebración del juicio no sean una nueva fuente de perjuicios para las víctimas. Esto pasaría por un diseño de las medidas de protección que no requiriera que sean la mujer y los menores víctimas de violencia quienes tengan que salir de su entorno habitual para garantizar la protección de su integridad física y emocional.

7.15. Los espacios arquitectónicos como agentes revictimizantes

La arquitectura y disposición actual de los espacios judiciales no garantizan la protección de la intimidad y el bienestar de víctimas y menores. Por este motivo, siguiendo en propuestas ya formuladas por otros investigadores (Iturbe y Martínez, 2020) resulta indispensable protocolizar el acompañamiento a víctimas y menores en los espacios judiciales, asegurando tanto unos espacios adecuados a las necesidades de las personas, como un equipo de profesionales que puedan atender correctamente a víctimas y a menores, asesorando a las madres en los momentos previos a la declaración, y proporcionando un entorno de bienestar y tranquilidad a los y las menores durante el tiempo en que sus madres realizan las gestiones necesarias.

Durante los interrogatorios y declaraciones como testigos y víctimas, no se recurre de forma habitual a los mecanismos de protección física, al uso de salas separadas en los tribunales y otros instrumentos que eviten el contacto de la víctima con el agresor; y es excepcional el uso de sistemas de videoconferencia desde salas o edificios anexos.

7.16. Desequilibrios territoriales y carencia de recursos

La falta de recursos de que disponen las administraciones públicas en la gestión de los casos de violencia machista suponen que la atención y protección de las víctimas sea, en la práctica deficiente. Además, los recursos se distribuyen de forma descompensada territorialmente, por lo que se crean distinciones territoriales relevantes en la actuación e intervención ante los casos de violencia machista que conllevan agravios en ciudades o poblaciones catalanas más pequeñas.

En cuanto a los recursos personales, existe una falta grave de profesionales de todos los ámbitos con relación al elevado volumen de casos de violencia machista a los que debe darse respuesta. A esta limitación en la cantidad de profesionales de los que se dispone se suma la carencia de especialización, que

se convierte en uno de los problemas fundamentales en la protección de las víctimas de violencia de género y sus hijos e hijas.

En el ámbito material es necesario un mayor número de juzgados de VIDO y de juzgados de familia, así como la potenciación de salas amigas, sistemas de videoconferencia y otras medidas que eviten el contacto de la víctima con el agresor.

7.17. No hay suficiente intervención en el padre agresor

Sobre la intervención, rehabilitación y recuperación de padres agresores, salen distintos puntos de vista en nuestro estudio. Algunos informantes quieren que los recursos se destinen a las víctimas y no a los agresores, y otros piensan que la rehabilitación y recuperación de los agresores debe ser un objetivo imprescindible y prioritario en la prevención de la violencia de género. Aún así, la mayoría de las profesionales entrevistadas en esta investigación defienden la intervención como herramienta encaminada a la prevención de nuevas victimizaciones. Además, se plantea la opción de intervenir y recuperar al hombre-pareja maltratador igual que se trabaja con el padre maltratador.

En este sentido, todos los y las profesionales entrevistadas coinciden en que falta una intervención hacia los hombres agresores y también resaltan las diferencias que existen en el conjunto del territorio catalán, ya que en Barcelona hay mucha más experiencia, así como modelos y prácticas que en estos momentos se están implementando. Aunque la mayoría de las profesionales entrevistadas están a favor de una intervención individualizada y conductual que favorezca las relaciones y los vínculos paterno-filiales “saludables”, se resalta la necesidad de trabajar desde el ámbito socioeducativo para promover el cambio del sistema.

7.18. Acercar los lenguajes de las distintas disciplinas mediante la formación

La falta de perspectiva de género en el ejercicio profesional frente al fenómeno de la violencia de género, que se fundamenta precisamente en la desigualdad entre hombres y mujeres, tiene efectos negativos tanto en lo que se refiere a la

victimización secundaria como en lo que respecta a las propias emociones y malestares de los y las profesionales respecto al ejercicio profesional.

En esta línea, las propuestas para mejorar el abordaje del fenómeno de la violencia de género se centran en la necesidad de formar a los y las profesionales. Así lo subraya también la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, que tiene la vocación de ampliar, reforzar y actualizar la Ley 5/2008, y que entre las modificaciones más significativas destaca como relevante la necesidad de la formación de profesionales.

En relación con el ámbito de la abogacía, la formación especializada tiene carácter obligatorio para el ejercicio del turno de oficio en los VIDO. Se trata de un curso habilitador que se organiza e imparte desde el Consejo de la Abogacía de Cataluña (Cicat), pero sería necesario que esta formación abarcara también una formación más integral y multidisciplinar para que los abogados aprendan a empatizar con las víctimas.

Además, la formación se centra solo en la LO 1/2004, y los resultados muestran que debería atenderse al concepto de violencia de género que proporciona el Convenio de Estambul. Se destaca, pues, la necesidad de una formación en materia de igualdad y también en violencia de género más extensa y transversal, acomodada al Convenio de Estambul y que interseccione con otros tipos de violencia machista, como matrimonios forzados, etc. También se identifica la necesidad de una mayor formación en perspectiva de infancia.

También se ha detectado un problema de carencia de juzgados especializados en VIDO, lo que comporta que muchos casos de violencia de género acaben por ser tratados en el Juzgado de lo Penal, que no está tan especializado ni en violencia de género ni, en general, en perspectiva de género. El grado de especialización en este ámbito podría estar relacionado con que se den más o menos Órdenes de Protección.

Como propuestas de mejora, se apunta la necesidad de crear espacios de correflexión y cocreación que favorezcan una formación multidisciplinar, interseccional e integral, a todos los niveles (no solo cursos de formación jurídica, sino a nivel social, psicológico...) tanto para tratar con los implicados en el

conflicto como para aprender a gestionar la carga que comporta atender a los casos de violencia de género por los/las propios operadores/as socio-jurídicos/as.

En suma, se apunta que la formación para los agentes judiciales debería ser en términos de perspectiva de género, violencia de género e infancia y también en relación con mejorar su conocimiento sobre lo que hacen el resto de servicios de la red. Igualmente, sería necesario que los y las profesionales de la intervención social se formaran en la parte jurídica. En definitiva, se trataría de acercar los lenguajes de las distintas disciplinas.

7.19. La supervisión: una herramienta para cuidar a las y los profesionales para que puedan cuidar a las víctimas

La investigación ha puesto en evidencia que se pueden dar reacciones negativas por parte de los profesionales por la falta de comprensión sobre el ciclo de la violencia que sufren las mujeres víctimas de violencia de género y esto provoca a menudo que los profesionales lo vivan como un fracaso del sistema o de su propia función.

Además, las dificultades que les supone mantener la distancia emocional respecto a los casos de violencia que están siguiendo se manifiesta también como una forma de malestar. Esta dificultad, que se basa en la empatía con los implicados en situaciones de violencia, contribuye en gran medida al cansancio y *burnout* en el ámbito laboral. Asimismo, la falta de recursos, sobre todo de personal, también contribuye a su malestar.

Para mejorar estas situaciones, las principales soluciones que se proponen se asemejan a la conclusión precedente: la formación, la coordinación y la supervisión, ya que permiten promover el trabajo en equipo y consecuentemente el cuidado y el autocuidado dentro de los propios servicios y organizaciones. La supervisión se ve como una herramienta para trabajar con los equipos y con los y las profesionales, y para entender y acercar los diferentes lenguajes o significados de la *forma de hacer y de pensar* sobre el fenómeno de la violencia de género. Así pues, defienden también la necesidad de acercar los lenguajes,

desde una triple dimensión: intraprofesional, interprofesional y entre profesionales y víctimas.

7.20. Déficit de la prevalencia del modelo jurisdiccional penal de protección de las víctimas

La LOMPIVG configura los juzgados de VIDO como órganos especializados penales de primera instancia, que también pueden acordar medidas de tipo civil; sin embargo, como hemos constatado, estas últimas suelen quedar en un segundo plano.

Por tanto, se ha valorado cuáles serían las consecuencias de un cambio en el enfoque de la intervención jurisdiccional, que permitiera un acceso preferente a la vía civil, al Juzgado de Familia, para resolver la situación familiar de la víctima poniendo fin a la convivencia, adoptando las correspondientes medidas y enfocando cómo tratar la relación a partir de ese momento de los menores con el padre. Solo con posterioridad, es decir, cuando la víctima hubiera resuelto el problema y consiguiera salir del círculo de la violencia, y probablemente estuviera más fuerte, podría afrontarse el proceso penal.

Sin embargo, este cambio en la práctica podría chocar con dos problemas ya existentes, que ponen en entredicho su idoneidad.

Por un lado, en la actualidad, la falta de recursos implica que en muchas poblaciones pequeñas no haya juzgados especializados de familia. Esto comportaría que si la jurisdicción civil conociera primero los asuntos de violencia machista, en muchas localidades acabarían siendo los juzgados de primera instancia los que deberían resolver los conflictos de violencia, y, por tanto, vendría a contradecir uno de los objetivos del cambio, es decir, que fuera un juzgado especializado en familia el que adoptase las medidas civiles derivadas de la violencia de género.

Por otra parte, es un hecho constatable la saturación que a día de hoy sufren los juzgados de familia. Además, es una realidad que con frecuencia los episodios más graves de violencia machista se producen, precisamente, una vez la mujer interpone la demanda civil de separación o divorcio. En este sentido, el colapso

de los juzgados de familia tiene una gran incidencia en los casos de violencia machista, puesto que, en muchas ocasiones, ni siquiera se han adoptado las medidas civiles del procedimiento de familia —ya sean provisionales o definitivas— en el momento en que deben adaptarse estas medidas al episodio de violencia.

8. Propuestas

8.1. Los intereses de las víctimas menores tienen un valor prevalente, también durante las exploraciones

1. Hay que reconocer plenamente el carácter de víctimas de las personas menores y, por tanto, reconocer que deben ser titulares de los derechos y garantías que les reconoce tanto la normativa internacional como la ley sobre el Estatuto de la Víctima del Delito.

2. Hay que dotar el principio del interés superior de la persona menor de contenido real, y por tanto, que todas las actuaciones, declaraciones y exploraciones que se realicen lo tengan en cuenta, y por tanto, se evalúen en función de este interés, que, además, es de rango superior al resto de intereses en juego.

3. En particular, en cuanto a las exploraciones de las personas menores, es necesario evaluar cuidadosamente si esta exploración es necesaria y establecer criterios claros en cuanto a la conveniencia o no de realizarla, que vayan más allá de la edad de la persona menor, especialmente cuando se valora que el resultado puede ser inconcluso y atendiendo al riesgo claro de revictimización. El derecho de la persona menor a ser oída y escuchada no puede convertirse en un elemento de presión y de victimización secundaria.

4. En caso de que la exploración sea necesaria u obligatoria, debe realizarse en un ambiente cordial, en un acto aparte del proceso, alejado del día del proceso principal y con todas las garantías, entre ellas, la asistencia obligatoria de la Fiscalía y otros profesionales para su acompañamiento. Asimismo, cabe recordar que la persona menor también es titular del derecho a la intimidad, y, en consecuencia, el contenido del acta de la exploración únicamente debe contener aquellos aspectos estrictamente determinantes para la decisión del proceso.

8.2. Asistencia en el momento de la denuncia

1. Se recomienda extender la práctica consistente en que desde el momento de presentar la denuncia en Comisaría la víctima de violencia de género cuente con

el asesoramiento de un abogado o abogada especialista en violencia de género. Esta asistencia jurídica debe asesorar a la víctima sobre el funcionamiento del procedimiento, sobre las medidas civiles y penales que puede solicitar en Comisaría y también ante el juez. Es importante que sea el mismo o la misma profesional quien acompañe a la víctima en las diversas instancias. También recomendamos que el abogado o abogada ponga mayor énfasis en las medidas de carácter civil.

2. Es importante que los y las agentes que atienden a la víctima en Comisaría estén siempre formados/as y capacitados/as en esta especialidad.

8.3. Valoración del maltrato habitual

Resulta indispensable que los y las profesionales que reciben la denuncia de una víctima de violencia de género superen inercias existentes y se planteen evaluar si, ante un supuesto de maltrato puntual, se esconde una situación de violencia y abuso reiterado de la que también pueden haber sido víctimas directas o indirectas los menores que conviven con la mujer.

Esto implica, por un lado, que los y las profesionales que asesoran a la mujer se planteen indagar si concurre esta situación, pero también es necesario disponer de equipos especializados y de los recursos humanos adecuados, para garantizar que también durante el fin de semana y las guardias se cuenta con profesionales que pueden evaluar a las víctimas y los menores y solicitar y recibir, si procede, los informes disponibles en el ámbito social (SIEs) con información sobre episodios previos de violencia de los que no tiene constancia el juzgado.

Por otra parte, cuando existan indicios de que el maltrato no es meramente puntual sino que se prolonga en el tiempo, jurídicamente debería reconducirse al tipo de maltrato habitual contra la mujer y/o los hijos, descrito y penado en el artículo 173.2 del CP. Resulta recomendable reconvertir el juicio rápido en unas diligencias previas del procedimiento abreviado para disponer de más tiempo para la investigación de los hechos y conseguir una condena y medidas adecuadas para la protección de las víctimas.

8.4. Vigencia de las medidas civiles de la orden de protección

1. Siempre que haya menores, el juzgado de VIDO debería pronunciarse sobre las medidas civiles, incluso en aquellos casos en los que no se acabe adoptando una orden de protección.

2. Hay que enfatizar que la orden de protección puede contener medidas exclusivamente civiles, que son las que se encargan fundamentalmente de proteger el interés del menor. La lentitud de la justicia comporta que las medidas cautelares civiles adoptadas en una orden de protección acaben teniendo en la práctica una duración en el tiempo mucho más larga de la prevista inicialmente (30 días, prorrogables a 30 días más), alejándose así del carácter provisional que las caracteriza.

8.5. Prohibición de la guarda compartida en casos de violencia machista

Los juzgados VIDO deben valorar si, al margen de los indicios que puedan llevar a dictar una sentencia condenatoria en el ámbito penal, existen suficientes indicios desde un punto de vista civil para aplicar el artículo 233-11.3 del CCCat y, por tanto, no otorgar la guarda ni exclusiva ni compartida a favor del progenitor presunto agresor.

Con esta propuesta se pretende que los juzgados de VIDO tomen en especial consideración la actual redacción del artículo 233-11.3 del CCCat, que prevé de forma específica como supuesto de hecho los indicios de haber cometido actos de violencia machista o familiar como motivo suficiente para no otorgar la guarda, ni exclusiva ni compartida, a favor de este progenitor, al margen de que el procedimiento acabe o no con sentencia condenatoria. Así, el VIDO debería pronunciarse sobre la atribución o no de la guarda y custodia a favor del progenitor presunto agresor en la orden de protección.

8.6. La suspensión de la potestad parental en la orden de protección

Hay que concienciar a los órganos judiciales y a la fiscalía de la importancia de valorar la adopción de la medida cautelar civil de suspensión de la potestad parental en la orden de protección cuando exista una situación de riesgo para las víctimas. Desde el punto de vista del interés superior de la persona menor, es más conveniente suspender temporalmente el ejercicio de la potestad parental del progenitor agresor, que siempre tiene la posibilidad de recuperarla más adelante, que permitir que siga relacionándose con sus hijos o hijas.

8.7. Inhabilitación penal para el ejercicio de la potestad parental

1. Las acusaciones deben valorar la opción de solicitar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad para el progenitor que ha ejercido la violencia en aquellos casos en los que el o la menor ha sufrido o ha sido testigo directo de situaciones de maltrato habitual en el ámbito familiar o cuando ha habido episodios graves de violencia hacia la madre, en especial, en casos de homicidio o asesinato de la madre, tanto consumados como en grado de tentativa. En casos menos graves deberá valorarse también la aplicación de esta pena atendiendo al riesgo de revictimización para el o la menor.

2. En caso de aplicación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y siempre que el progenitor agresor pueda recuperar el ejercicio siendo el hijo o hija aún menor de edad es muy importante que la propia oficina judicial controle la liquidación de la condena (documento donde se deja constancia del tiempo de cumplimiento y la fecha de extinción de la pena) y ordene tanto una valoración del riesgo de reiteración de conductas agresivas como el interés del o de la menor en reanudar el contacto con el progenitor. A partir de aquí, el/la abogado/a podría acudir a la vía civil y presentar una solicitud de modificación de medidas para extender la privación de los derechos de parentalidad o bien, alternativamente, reiniciar el reencuentro entre el menor y su progenitor recurriendo a los servicios de puntos de encuentro. Todo esto es necesario solicitarlo antes de la extinción de la pena.

3. A nivel legislativo, sería interesante que una futura reforma legal posibilitara la aplicación de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como accesoria a una pena no privativa de libertad.

8.8. Potenciar los puntos de encuentro familiar

En caso de que se plantee la recuperación de la relación paternofamiliar tras el cumplimiento de una privación del ejercicio de la patria potestad es importante establecer un proceso de aproximación progresiva y pautaada entre el o la menor y su padre mediante visitas tuteladas y supervisadas por especialistas, a través de los puntos de encuentro.

Con este fin es necesario, por un lado, ofrecer a los operadores jurídicos la información pertinente sobre el funcionamiento de este recurso, a fin de que puedan solicitar o decretar su uso cuando resuelven sobre las medidas relativas al contacto entre los y las menores con sus progenitores y otros familiares. Por otra parte, es necesario también dotar a los puntos de encuentro con recursos humanos suficientes para atender todas las solicitudes de las familias, y hacerlo en un lugar lo más cercano posible a su lugar de residencia habitual, de modo que el desplazamiento a los puntos de encuentro no suponga una carga adicional a situaciones ya de por sí complejas.

8.9. La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de violencia machista con menores víctimas

1. Es imprescindible destinar más recursos a la Administración de Justicia para mejorar la atención de las víctimas que se ven inmersas en un procedimiento de VIDO y, en particular, de sus hijos e hijas menores. En el caso de las personas menores, la mejora pasa por dedicar una mayor partida presupuestaria a Fiscalía, que a menudo debe atender diferentes ámbitos de actuación con recursos insuficientes. Es necesario reforzar especialmente los juzgados que no se encuentran en la capital catalana y en poblaciones que no tienen la condición de ciudad.

2. El Ministerio Fiscal debería tener una participación mucho más activa en los procesos de VIDO con presencia de menores, a fin de dar debido cumplimiento

a la obligación que tiene atribuida de velar por los intereses de este colectivo tan vulnerable.

3. Cuando la mujer no quiere declarar, no puede hacerse recaer la responsabilidad de una hipotética condena del padre en la declaración de los hijos e hijas, y menos aún cuando no existe el apoyo de la madre. La Fiscalía, que es quien vela por el interés de los y las menores, no puede decidir si el o la menor debe declarar, puesto que es un derecho que corresponde a los progenitores.

4. Sería aconsejable que, cuando en el caso de violencia machista haya menores víctimas, interviniera la Fiscalía de Menores de manera diferenciada a la intervención de los y las fiscales de violencia, para que las personas menores estuvieran siempre protegidas y se velara por su interés superior. Así se podrían diferenciar e individualizar los intereses de las personas menores respecto a los de la mujer en el proceso y nos aseguraríamos de que siempre, con independencia de lo que haga la madre, haya una petición y pronunciamiento aparte.

5. Sería deseable que en las mesas de coordinación y otros espacios equivalentes hubiera representación de la Fiscalía en beneficio de la mejora y agilización de los procesos de comunicación y coordinación con todos los intervinientes.

8.10 La figura del Defensor o Defensora Judicial

1 Consideramos recomendable contar, en determinados supuestos, y en especial cuando los y las menores tienen menos de 12 años, con la figura de un Defensor o Defensora Judicial que garantice en todo momento el respeto por el interés superior del o de la menor, que podría ser de designación automática en los procedimientos de violencia de género. Pensamos que la participación de esta figura en el proceso puede favorecer que el órgano judicial se pronuncie sobre las medidas civiles que pueden llevar a la suspensión o a la privación de la patria potestad, también cuando no se acuerden medidas penales respecto a la madre. En casos especialmente graves, como por ejemplo en caso de feminicidio, el Defensor o Defensora Judicial serviría de enlace con el

procedimiento correspondiente en el que deba determinarse quién debe ejercer la tutela de la persona menor y contribuir a valorar entre las diferentes opciones en beneficio, siempre, de esa persona menor.

2. El Defensor o Defensora Judicial velaría porque no se otorgara la custodia compartida o regímenes de visitas de carácter ordinario cuando los o las menores han sido víctimas directas o indirectas de la violencia denunciada por la madre.

8.11. Valoración del riesgo de violencia

1. Se recomienda que las evaluaciones del riesgo policial y médico-forense urgente contemplen protocolos de valoración del riesgo de violencia sobre las personas menores en cumplimiento de la Ley 17/2020. Estos protocolos deberían basarse en un juicio profesional estructural.

2. Recomendamos igualmente la implantación de las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) en el resto de partidos judiciales de Cataluña con juzgados exclusivos de VIDO.

3. Desde la Secretaría de Relaciones con la Administración de Justicia del Departamento de Justicia, del que depende el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cataluña, deberían iniciarse programas de difusión sobre los servicios que prestan sus profesionales, así como las UVFIs respecto a las predicciones del riesgo, no solo a operadores jurídicos, sino también a la Fiscalía y a la abogacía.

8.12 Coordinación de los servicios

1. Se deberían aprovechar las mesas y los circuitos/protocolos territoriales para el abordaje de la violencia machista. La participación de diferentes agentes en estos espacios aumenta el conocimiento mutuo de las tareas y funciones de los demás profesionales y conecta los recursos y servicios disponibles en la red, lo que permite visualizar todos estos servicios como un sistema ordenado, como un equipo.

2. Habría que fomentar más espacios (se podrían aprovechar las mesas y los circuitos) para pensar, reflexionar y cocrear herramientas para la prevención, detección e intervención en violencia de género, así como los modelos teóricos que las sustentan desde una vertiente transdisciplinar, que implica crear enfoques holísticos y globales a partir del reconocimiento de la multiplicidad de la producción de conocimiento que existe sobre la problemática y que tiene en cuenta la forma en que cada perspectiva localizada influye en darle sentido.

3. Debe promoverse el trabajo en red entre los servicios y profesionales de los diferentes ámbitos, especialmente entre el ámbito de la intervención social y el jurídico. En este sentido, sería conveniente designar una o un profesional referente por cada servicio implicado, para poder realizar el seguimiento de los diferentes casos. Además, es necesario incorporar jueces/zas y médicos/as forenses en los circuitos de la red.

4. Es necesario fomentar la coordinación con los servicios de atención a la infancia, como ha hecho el cuerpo de Mossos, que firmó en 2010 un protocolo de coordinación con Atención a la Infancia, que actualmente está en fase de revisión para ampliar los supuestos.

5. En cuanto a las Mesas participativas, aunque trabajan mucho la coordinación con los referentes locales, se echa de menos *feedback* con determinados servicios. Sobre todo con los de infancia (como por ejemplo con EAIA-Equipo de Atención a la Infancia y la Adolescencia) y educativos, probablemente por saturación de los servicios.

8.13. Coordinación de los juzgados de VIDO y de la jurisdicción civil

1. Si el juzgado de familia pudiera acceder a toda la información del proceso penal, posibilitaría que el juzgado de violencia sobre la mujer se centrara exclusivamente en el aspecto penal y la jurisdicción civil abordara toda la cuestión de familia.

2. Muchas veces existen denuncias previas que no han prosperado por falta de colaboración de la víctima y que tienen como consecuencia la resolución

ordinaria del conflicto por la vía civil. La jurisdicción civil que resuelve el conflicto de familia debería poder conocer estas circunstancias para dar una respuesta adecuada y evitar posibles complicaciones futuras, por ejemplo, en la concesión de una custodia compartida. Adicionalmente, sería una buena práctica que el abogado o abogada preguntara a la víctima que quiere divorciarse sobre la existencia de denuncias previas, aunque no hubieran prosperado y, en caso afirmativo, lo pusiera en conocimiento del juzgado civil que debe resolver el divorcio.

8.14. Formación de profesionales en violencia de género

1. Es necesario reformular las metodologías educativas y que la formación no sea solo teórica, sino también vivencial. De este modo, los y las profesionales podrán entender y comprender la forma en que se socializan en género y cómo los estereotipos son interiorizados y consecuentemente, trasladados, inevitablemente, a su propia intervención jurídica y/o social.

2. Es necesaria la formación vivencial en el Juzgado Civil, donde a menudo preguntan a los y las interventoras sociales si creen que el progenitor y agresor es “un buen padre”. Responder a esta pregunta es complejo y delicado desde el punto de vista ético-profesional, dado que el significado de ser un “buen o mal padre” es relativo al contexto sociocultural y está sujeto a estereotipos, precisamente, de género.

3. Es necesario impulsar una formación que más allá de los conocimientos sobre la teoría y la normativa, sea capaz de fomentar la sensibilización desde la crítica y la autocrítica profesional, para buscar nuevas herramientas y modelos que permitan “escuchar” a las madres e hijos/as víctimas de violencia de género de una manera menos estigmatizadora y culpabilizadora y, por tanto, más justa tanto para las víctimas como para las y los agentes socio-jurídicos/as que las cuidan y atienden.

4. Es necesario repensar y formar a los operadores jurídicos en el uso de un lenguaje más comprensible y cercano a las víctimas. Esto se destaca especialmente en el caso de las sentencias, ya que se trata de un instrumento muy utilizado por las y los profesionales del ámbito psico-social a la hora de

promover el cuidado y la recuperación de la mujer y sus hijos o hijas. Que las víctimas puedan entender el contenido de la sentencia puede evitar malestares diversos: frustración, decepción respecto al sistema judicial, autculpabilización, etc., derivados de malentendidos sobre las causas jurídicas que han motivado la resolución, a la vez que permite mejorar la recuperación de la mujer y sus hijos e hijas en la medida en que aumenta su capacidad de empoderamiento y resiliencia.

8.15. Preparación arquitectónica de los juzgados para evitar la revictimización de menores

1. Recomendamos que en los edificios judiciales se creen salas específicas en las que las víctimas puedan esperar su turno para declarar ante el juez, evitando el contacto visual con el agresor o con otros familiares, y que estas dependencias sean espacios confortables, sin tener que acudir a los espacios destinados al archivo de expedientes.

2. Resulta indispensable protocolizar el acompañamiento de víctimas y menores en los espacios judiciales, asegurando tanto espacios adecuados a las necesidades de estas personas, como profesionales que puedan atender correctamente a víctimas y a menores, asesorando a las madres en los momentos previos a la declaración, y proporcionando un entorno de bienestar y tranquilidad a los y las menores durante el tiempo en que sus madres realizan las gestiones necesarias.

3. En particular, en relación con los niños, resulta necesario disponer de espacios donde se pueda atender a los menores de edad por parte de profesionales capacitados/as. Debe tratarse de espacios adecuados, con ventilación, y con recursos para que la estancia del menor no sea un elemento victimizador. Además, en caso de que el o la menor pueda entenderlo, sería interesante contar con un servicio de profesionales que puedan explicar a los y las menores de forma adaptada y comprensible la situación en la que se encuentran.

8.16. Rehabilitación y recuperación del agresor

1. Hay que trabajar con los agresores desde la labor sensibilizadora, que, en el ámbito procesal, podría consistir en añadir a las sentencias algún tipo de redactado donde se manifieste el rechazo de todo tipo de violencia, de modo que cuando el penado la lea, le ayude a responsabilizarle y sensibilizarle. En este sentido, se propone incorporar un tipo de "cláusula de estilo".

2. Es necesario analizar y revisar los prejuicios y estereotipos que aparecen en las sentencias jurídicas, para evitar minimizar los actos de violencia de género de los agresores. Parece que ya existe un grupo de juezas que están realizando ese trabajo.

8.17. Dar preferencia a la jurisdicción civil antes de recurrir a la jurisdicción penal

Probablemente, si la violencia de género se abordara primero desde los juzgados de familia, habría más conciencia y visibilización de la situación de los y las menores y, de este modo, se dictarían más medidas civiles y más adecuadas a su protección. Además, si la vía penal se abordara en un momento posterior, y la mujer hubiera logrado salir del ciclo de la violencia, estaría más fuerte para afrontar todas las fases del proceso penal, dotado de las garantías que le son propias, con menos abandonos y desistimientos que repercuten en la situación de las personas menores.

Por tanto, dejando de lado los casos más graves de violencia, se podría considerar una reforma del reparto competencial entre las jurisdicciones para que primero se planteara el conflicto en la vía civil —en el Juzgado de Familia o, en su caso, Juzgado de Instancia— para resolver la situación familiar de las víctimas, adoptando las correspondientes medidas civiles o, incluso, con carácter cautelar, las destinadas a su protección urgente (alejamiento o prohibición de comunicación, por ejemplo). La respuesta penal, en aplicación del *ius puniendi* del Estado, debería producirse posteriormente, una vez resuelto el conflicto familiar y una vez determinadas las medidas a adoptar en relación también con los y las menores. El resultado positivo de esta propuesta pasa por

ampliar el número de Juzgados de Familia, a fin de que sean estos juzgados especializados y no un juzgado de instrucción los que conozcan de los casos de violencia machista.

Somos conscientes de la dificultad de adecuar nuestro sistema jurisdiccional, que tiene un enfoque estrictamente penal en el ámbito de la violencia machista, a esta propuesta, pero precisamente la violencia machista se tipifica en el seno de una relación de afectividad, en la que con frecuencia la pareja tiene hijos e hijas menores víctimas y donde el derecho penal no debe ser ni puede ser la única vía para resolver el problema, como, por otra parte, asume una parte importante de la corriente feminista.

8.18. Buenas prácticas

En el transcurso de la investigación realizada hemos detectado algunas buenas prácticas, fruto de la experiencia de los y las profesionales que han elaborado procedimientos o pautas de actuación para dar coherencia y mejorar la efectividad de la normativa relativa a la intervención en violencia machista, y que, de rebote, se muestra útil para proteger a los niños y a los y las adolescentes que también son víctimas de esta, para ampararlos más allá de la ejecución de las medidas, y garantizar su protección en su doble vertiente de víctimas y de personas menores.

Creemos que estas buenas prácticas deben valorarse muy positivamente, y deben darse a conocer, ya que pueden servir de modelo y se podrían adoptar y hacer extensibles a otros servicios, profesionales y cuerpos en todo el ámbito de Cataluña. Si bien ya están descritas en otras partes de la memoria, en tanto que propuestas queremos resaltar, en concreto, las siguientes buenas prácticas:

- La experiencia de coordinación entre la judicatura y el Servicio de Intervención Especializada (SIE) para que antes de cada juicio, el SIE aporte un certificado y un informe con la verbalización literal de la mujer sobre el itinerario de violencia que ha vivido. Esta buena práctica facilita el trabajo de los letrados y letradas, porque les aporta más información y

permite ir más allá del hecho puntual que se ha denunciado y valorar la existencia del maltrato habitual, con la repercusión que esto puede tener a la hora de identificar también a las personas menores como víctimas, y adoptar las medidas correspondientes.

- La sensibilización de los tribunales que deban enjuiciar la violencia de género respecto a las valoraciones y predicciones del riesgo, de forma que soliciten directamente esta valoración en sus procedimientos, sin esperar a que se solicite por alguna de las partes.
- El protocolo de coordinación firmado en 2010 entre el cuerpo de Mossos d'Esquadra y los servicios de atención a la infancia, con el objetivo de dar una mayor protección a las víctimas menores, y que actualmente está en fase de revisión para ampliar los supuestos, que sería aconsejable que se ampliara y extendiera a otros servicios sociales como buena práctica de coordinación.

9. Normativa

9.1. Normativa estatal

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. GAZ núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. DOGC núm. 5123, de 2 de mayo de 2008.

Decreto 357/2011, de 21 de junio, de los servicios técnicos de punto de encuentro.

Ley 4/2015, de 28 de abril, del Estatuto de la Víctima. BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. BOE núm.175, de 13 de julio de 2015.

Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE núm. 134, de 05/06/2021.

9.2. Normativa internacional

ONU: Asamblea General, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Resolución aprobada por la Asamblea General, 18 de diciembre de 1979, A/RES/34/180, disponible en:

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> Fecha de consulta: 12.12.2021

ONU: Asamblea General, Convención de los Derechos del Niño, 20 de noviembre 1989, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> Fecha de consulta: 12.12.2021

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación General N.º 19: La violencia contra la mujer. CEDAW, 29 enero 1992, disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> Fecha de consulta: 12.12.2021

ONU: Asamblea General, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer: Resolución de la Asamblea General 48/104 de 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/104, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286> Fecha de consulta: 12.12.2021

ONU MUJERES; Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995), organizada por la ONU (A/CONF.177/20/Rev.1). Disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> Fecha de consulta: 13.12.2021

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General núm. 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado, 20 julio 2009, CRC/C/GC/12, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/4ae562dc2.html> Fecha de consulta: 12.12.2021

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General núm. 13 (2011): Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 abril de 2011, CRC/C/GC/13, disponible en: <https://www.refworld.org.es/docid/4e6da4d32.html> Fecha de consulta: 12.12.2021

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 mayo de 2013, CRC/C/GC/14, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/51ef9aa14.html> Fecha de consulta: 12.12.2021

Convenio núm. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica o Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011. Disponible en <https://rm.coe.int/1680462543> Fecha de consulta: 12.12.2021

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la

Decisión Marco 2001/220/JHA del Consejo. Disponible en <http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/recce/directiva2012-29-ue.pdf>
Fecha de consulta: 13.12.2021

10. Bibliografía

Amorós, C. (2008). Conceptualizar es politizar. En P. Lourenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho* (p.15-25). Tirant Lo Blanch.

Añón Roig, M.J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, 39, p. 127-157.

Añón Roig, M.J. (2016). Violencia de género. A propósito del concepto y de la violencia contra las mujeres. *CEFD*, 33.

Álvarez Álvarez, H. (2009). La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar. En M. De Hoyos Sancho (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Ed. Lex Nova.

Aragoneses Martínez, M.A. (2006). Análisis de la Protección Penal y Procesal contra la violencia doméstica desde el Código Penal de 1995 hasta la Ley Orgánica 1/2004. *La Ley*, 6457.

Aranda Rodríguez, R. (2008). Medidas civiles contra la violencia de género en la LO 1/2004. *RJUAM*, 17.

Giménez Costa, A. (dir.) (2020). *Las respuestas del derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*. Aranzadi.

Barrère, M. A. y Morondo, D. (2005). La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE. En M. A. Barrère, y A. Campos (coord.), *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: Una relación a debate* (p.143-160). Dykinson.

Barrère, M.A. (2008). Género, discriminación y violencia contra las mujeres. En P. Lourenzo, M. L. Maqueda y A. Rubio (coord.), *Género, violencia y derecho* (p. 27-48). Tirant Monografías.

Bodelón González, E. (1998). Cuestionamiento de la eficacia del Derecho Penal en relación con la protección de los derechos de las mujeres. En *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (p.185-201). Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

Carreras Vázquez, C.M. (2017). La prueba testifical de menores de edad víctimas de violencia de género. *Revista General de Derecho Procesal*, 42.

Castillejo Manzanares, R. (2020). Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género. *Diario La Ley*, 9713.

Comas D'Argemir, M. (2004). Ley integral contra la violencia de género: una ley necesaria. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 4.

Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada. (2019). *Protocol tècnic de funcionament de les unitats de valoració forense integral (UVFI)*. CEJFE.

http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/debat/debat_bat_uvfi_CA.pdf

Cortada Cortijo, N. (2016). Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género. En A.M. Romero Burillo (dir. y coord.) y C. Rodríguez Orgaz (coord.), *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. Aranzadi.

Delgado Martín, J. (2007). *Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: Comentarios, jurisprudencia, instrumentos internacionales, esquemas explicativos, normativa complementaria*. Ed. Colex, 1.ª edición.

Del Olmo Del Olmo, J.A. (2013). La reconciliación entre el agresor y la víctima de un acto de violencia de género durante la vigencia de una prohibición de acercamiento: un caso de conflicto entre las normas legales y la realidad social. En C. Alonso Salgado y R. Castillejo Manzanares (dir.), *Violencia de género y justicia*. Servicio de publicaciones e intercambio científico de la Universidad de Santiago de Compostela.

Fernández Díaz, C.R. (2020). Efectos y defectos de las penas limitadoras de la patria potestad en el Código Penal español. Especial referencia a los casos de violencia de género. *Revista General de Derecho Penal*, 22.

Flexa Muñoz, J.A. (2020). La STS 389/2020, de 10 de julio: el antagonismo definitivo entre el derecho a la dispensa del artículo 416.1 LECRIM y el ejercicio de la acusación particular. *Diario La Ley*, 9741, Sección Tribuna.

Franco Serrano, M.T. (2020). La declaración testifical de parientes. La dispensa a declarar de la víctima del delito. Tratamiento jurisprudencial. *Diario La Ley*, 9717, Sección Dossier.

García Aburuza, M.P. (2010). La violencia doméstica desde el ámbito civil. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11.

García Ortiz, L. y López Anguita, B. (2006). *La violencia de género: ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*. Cuadernos de Derecho Judicial IV-2006.

García Rubio, M.P. (2009). Marco civil en la violencia de género. En M. De Hoyos Sancho (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Edit. Lex Nova.

García Rubio, M.P. (2004). Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la orden de protección. *La Ley*, Año XXV, 6041.

Institut Català de les Dones. (s.d.). *Coordinació i treball en xarxa*. Generalitat de Catalunya. Coordinació i treball en xarxa. Institut Català de les Dones (gencat.cat)

Guilarte Martín-Calero, C. (2009). Guarda y custodia de menores y régimen de comunicación y estancia en violencia de género. En M. De Hoyos Sancho (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Edit. Lex Nova.

Gutiérrez, C., Coronel, E. y Andrés, C. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *LIBERABIT*, 15 (1), p. 49-58.

Gutiérrez Romero, F.M. (2007). Medidas judiciales de protección seguridad de las víctimas ¿novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal? *La Ley*, 6716.

Herrero Álvarez, S. (2020). El ajeteo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio. *Diario La Ley*, 9698.

Iturbe Ferré, N., y Martínez Catena, A. (2020). Declaració de la víctima del delict: vivència subjectiva i obstacles contextuals. *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Generalitat de Catalunya*.

Jiménez Muñoz, F. de B. (2008). En defensa de la mediación familiar en violencia de género. *Revista de derecho de familia*, 39.

Jimeno Bulnes, M. (2009). Violencia de género: aspectos orgánicos y competenciales. En M. De Hoyos Sancho (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Ed. Lex Nova.

Jimeno Bulnes, M. (2009). Jurisdicción y competencia en materia de violencia de género. Los juzgados de violencia sobre la mujer. Problemática a la luz de su experiencia. *Justicia: revista de derecho procesal*, 1-2.

Larrauri, E. (2005). ¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?. En J.I. Echano (dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (p. 157-182)*. Cuadernos Penales José María Lidón, 2. Universidad de Deusto.

Larrauri, E. (2007). *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Trotta.

Laurenzo Copello, P. (2007). Violencia de género y Derecho Penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivista. *Cuadernos de derecho judicial, (Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004)*, 9, p. 31-74.

López Chacón, M.J. (2020). Reflexiones sobre la STS 389/2020, de 10 de julio, en cuanto a la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de un delito de violencia de género (1). *Diario La Ley*, 9729, Sección Tribuna.

Magro Servet, V. (2015). Medidas incluidas en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a

la infancia y a la adolescencia, afectantes a la violencia de género. *La Ley Derecho de familia, La Ley, 6045*.

Maqueda, M. L. (2008). ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico. En P. Lorenzo, M. L. Maqueda, y A. Rubio. (coord.), *Género, violencia y derecho* (p. 363-408). Tirant Monografías.

Martínez García, E. (2005). La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. En E. Martínez García y J. Boix Reig. (coord.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 diciembre)*. Iustel.

Martínez López-Puigcerver, A. (2008). La mujer y sus apellidos: de la alegría de transmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre). *La Ley, 6974*.

Merino Sancho, V. M. (2020). Evolución y estándares internacionales de protección frente a la violencia de género. En A. Giménez Costa (dir.), *Las respuestas del derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar* (p. 21-42). Aranzadi.

Moral Moro, M. J. (2008). Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral contra la Violencia de Género. *Revista jurídica de Castilla y León, 14*.

Morillas, D., Patró, R. y Aguilar, M. (2014). *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson.

Murfula Lafuente, V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Dykinson.

Oliveras Jané, N. (2020). Igualdad de género y violencia de género en el ordenamiento jurídico español. En A. Giménez Costa (dir.), *Las respuestas del derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar* (p. 95-133). Aranzadi.

Pereda, N. y Tamarit, J. M. (2013). La victimización de las personas inmigrantes. En N. Pereda y J.M. Tamarit. (ed.), *Victimología. Teórica y Aplicada* (p. 273-294). Huygens.

Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Trotta.

Ramírez Ortiz, J.L. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 1*.

Reynal Querol, N. (2020). Algunas notas acerca del testimonio de la víctima en los casos de violencia de género. En M. J. Espuny y Tomas, D. Vallés Muñío, E.

Velo Fabregat (coords.), *La investigación en Derecho con perspectiva de género*. Dykinson.

Ribot Igualada, J. (2001). Prevención de los malos tratos ¿Un papel para el Derecho civil?. *La ley*.

Román Llamosí, S. (2019). Los delitos de violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Revista de Derecho vLex*, 179.

Román Martín, L. (2020). El marco internacional de protección de las víctimas de violencia de género en el ordenamiento jurídico español. En A. Giménez Costa (dir.), *Las respuestas del derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar* (p. 71-94). Aranzadi.

Salvador Concepción, R. (2014). La perspectiva de género de la LOPIVG tras casi diez años de su vigencia. *Diario La Ley*, 8348, Sección Doctrina.

Santos Requena, A.A. (2007). Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 45 a 49 de la competencia objetiva. *Indret*, 2.

Serrano Hoyo, G. (2004). Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXII.

Serrano Masip, M. (2013). La víctima de la violencia de género frente al deber de denunciar y declarar en el proceso penal. *Revista General de Derecho Procesal*, 29.

Solé Resina, J. e Ysás Solanes, M. (2011). Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo. García Rubio y Valpuesta Fernández (dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado* (p. 731-759). Ed. Tirant lo Blanch.

Tasande Calvo, J.T. (2005). Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 664.

Tirado Garabatos, C. (2004). Medidas civiles para el cese de la violencia. Coordinación entre la jurisdicción civil y penal. *Encuentros para el cese de la Violencia doméstica*, CGPJ.

Toledo Vázquez, P., y Pineda Lorenzo, M. (2016). Violencias sexuales: un marco conceptual, teórico y ético. En Creación Positiva, *L'abordatge de les violències sexuals a Catalunya*. Grupo de investigación Antígona (UAB) y la ONG Creación Positiva.

Torres Reviriego, M.R. (2015). La orden de protección para las víctimas de violencia de género. En C. Nietos Morales (coord.), *La crisis en las familias, infancia y juventud en el siglo XXI*. Dykinson.

Torres Rosell, N. (2020). El Derecho penal frente a la violencia de género. En A. Giménez Costa (dir.), *Las respuestas del derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*. Aranzadi.

Vargas Gallego, A. (2011). Algunas cuestiones acerca de la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM). El papel de la Fiscalía. *Themis*, 10.

Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2011). La discriminación en el ejercicio de la patria potestad. En García Rubio y Valpuesta Fernández (dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado* (p. 805-832). Tirant lo Blanch.

Villacampa Estiarte, C. (2008). La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo. En C. Villacampa (dir.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Tirant lo Blanch.

Villacampa Estiarte, C. (2018). *Política criminal española en materia de violencia de género: Valoración crítica*. Tirant lo Blanch.

Villamarín López, M.L. (2020). A propósito de la reciente STS 389/2020, de 10 de julio: reinterpretando el art. 416 LECrim en el ámbito de la violencia familiar. *Diario La Ley*, 9732, Sección Tribuna.

Zurilla Cariñana, M.A. (2011). Violencia doméstica: medidas civiles en relación con los hijos menores. En Zurilla Cariñana y Dominguéz Martínez (coord.), *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico* (p. 65-88). Septem Ediciones.

11. Anexo: Guión de la entrevista semiestructurada

GUIÓN DE ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA PROFESIONALES dentro del proyecto de investigación del CEJFE: "Medidas de protección de los y las menores víctimas de violencia machista: una reforma pendiente en la atención a la víctima"

Presentación

De quien entrevista: explicación del proyecto, objetivos, financiación, anonimato, grabación, etc. Se hace mención expresa de que la persona entrevistada ha firmado y devuelto el documento del consentimiento informado. Agradecer su colaboración.

Se recuerda a la persona entrevistada que las preguntas son abiertas, con el fin de que sea esta la que identifique y comente los problemas de aplicación de la legislación vigente, y en especial, los vacíos, contradicciones, o solapamientos que se producen, ya sea en la ley, ya sea en la práctica

GUIÓN DE ENTREVISTA

1.- Intervención general

¿Cómo te llegan los casos de violencia de género en los que intervienes?

¿Con qué personas de la familia y del entorno del menor acostumbrabas/necesitarías tener contacto para valorar su situación?

¿En qué consiste tu intervención dentro de los casos de violencia de género en los que intervienes?

2.- Intervención por ámbitos (civil, penal, etc.)

El objetivo de este punto es, por un lado, detectar los solapamientos, contradicciones y/o huecos legales que la aplicación de la legislación múltiple, distinta y multinivel relativa a la protección de las víctimas generará en cuanto a su aplicabilidad práctica. Y, por otro, dar visibilidad a las carencias y necesidades que operadores jurídicos y profesionales han detectado en su ejercicio.

2.1. Cuestiones procedimentales:

- ¿En qué momentos se habla / se escucha / se explora al o a la menor, y quién lo hace? ¿Qué incidencia tiene la exploración del o de la menor durante el desarrollo de la causa? ¿Y en la adopción de medidas cautelares; órdenes de protección; y la sentencia que, en su caso, se acabe dictando?

-¿Qué problemas se derivan de la aplicación del art. 49 bis LEC? En concreto, nos referimos a la tramitación y decisión por parte de un juez o jueza penal de la problemática civil derivada de la violencia de género, a través de las reglas propias del proceso civil --> ¿cómo se conjuga la tramitación por un mismo juzgado de lo penal de cuestiones propias del proceso penal y de las que es necesario gestionar a través del proceso civil? ¿Ha detectado alguna incongruencia? Mientras no se resuelven, ¿qué ocurre con las personas menores? ¿Qué ocurre con las medidas civiles adoptadas por el juzgado de lo penal si la causa penal se alarga en el tiempo (más allá de la prórroga de 30 días)... ¿cómo es la comunicación/colaboración con el juzgado de familia?

-En los casos anteriores, ¿qué problemas se detectan cuando el proceso civil de familia se ha iniciado antes de que el proceso penal y el juez o jueza penal pide la inhibición del juez o jueza civil?

-Si el proceso penal finaliza con sobreseimiento libre o con un fallo absolutorio (o, en su caso, no se adopta la orden de protección), ¿qué ocurre con las medidas civiles que afectan a la pareja, de las que en principio debe seguir conociendo el juzgado de lo penal? ¿Propondría algún cambio al respecto?

-¿Cómo cree que podría mejorarse la coordinación entre los órganos civiles y penales en la protección de víctimas y menores en estos casos?

-¿Puede hacer referencia a la falta de especialización en las instancias superiores y su incidencia?

-Derecho de audiencia: cómo se articula en el procedimiento judicial (diferenciar entre el rápido para dictar una OP y el civil/penal posterior). Diferenciar en función de la edad de los menores. Relación con la exploración judicial de los y las menores, y con los informes técnicos. Prueba preconstituida. Revictimización

2.2. Medidas Civiles:

-Potestad parental (suspensión, privación,...) y su coordinación con los tipos penales. También por qué no se aplica en la práctica esta opción (poquísimos casos): problema de solicitud o de no concesión / Tutela (a medio camino entre el procesal, civil y administrativo: no hay intervención judicial: ventajas y desventajas.

- Guarda/custodia: preguntar específicamente sobre la aplicación práctica de la prohibición de la custodia compartida en casos de violencia machista prevista en el CCCat. Régimen de estancia y visitas: criterios que se tienen en cuenta para adoptar determinadas visitas. ¿Se adopta régimen de visitas al padre encarcelado? Puntos de encuentro familiar o terceros: cuál es su experiencia, cuál funciona mejor.

*Decisiones respecto a cambio de colegio, evaluación psicológica y otras decisiones (sí potestad parental, pero no guarda del agresor),... en relación con la intervención del progenitor agresor.

-Relaciones con otros parientes, en especial diferenciar entre si se decretan visitas con la familia de la madre víctima versus la familia del agresor.

- Alimentos: lo permite la ley, pero, ¿se aplica? / pensiones: no lo permite la ley, ¿injusto? ¡Situación de desprotección y desamparo! Hay que distinguir entre las compensatorias y las indemnizatorias, ¿puede ser como solución? (Fondo garantía de alimentos)

-Domicilio familiar: atribución de uso y disfrute, conjugación del principio de protección a la víctima y el principio del interés superior del menor, pero, ¿cuando hay feminicidio? Y si es de titularidad exclusiva del agresor. ¿Se utiliza la permuta de la vivienda?

- Otras medidas: orden de apellidos, ¿se conoce esta posibilidad? pasaporte, restricciones de movimientos, relacionar con casos de agresor migrante.

-“Cualquier medida que aparte a los menores de un peligro o les evite un perjuicio” (art. 158.4 del CC por remisión del art. 544 ter 7 de la LECrim)

¿Cuáles? ¿Reiteración? ¿Relación con el art. 544 quinquies de la LECrim?
¿Cuál es la vía procesal que en la práctica se utiliza y por qué?

2.3. Medidas Penales:

¿Ha llevado algún caso de violencia en la pareja con hijos/hijas menores?

¿Cómo cree que se tuvo en cuenta durante el proceso la existencia de estas personas menores? /¿cómo cree que influyó en el procedimiento? Condicionó de algún modo a los y las profesionales (por ejemplo, en las medidas cautelares a adoptar, o en la pena solicitada o impuesta...)

¿Ha llevado algún caso donde se haya condenado con una inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad? ¿O una privación de la patria potestad? ¿Cómo lo valora? ¿Cree que la aplicación de esta sanción es positiva para el o la menor? (a corto plazo, a largo plazo). ¿Cree que los/las jueces/zas aplican esta pena siempre que corresponde? (es una sanción conocida por los y las profesionales).

¿Sabe si en este caso el condenado ha participado durante el cumplimiento de la pena que se impusiera (prisión o alternativa) en algún programa reeducativo?

¿Sabe si durante el cumplimiento y al finalizar el cumplimiento de la pena ha habido relación entre el padre y los o las menores?

¿Cree que aparte de la aplicación de esta pena habría que realizar algún otro tipo de intervención? (de acompañamiento, ayuda, a las personas menores)

¿Sabe si el o la menor recibió algún tipo de indemnización en concepto de RC o de ayudas públicas (Ley 95)?

¿Está de acuerdo con el hecho de que el Juzgado de VSD sea competente para juzgar el divorcio, separación, y la relación con los hijos e hijas comunes en el ámbito familiar, o debería limitarse a establecer medidas cautelares para la protección más inmediata que posteriormente se confirmen o no en el Juzgado de familia?

¿Cree que el Juzgado de VSD debe seguir conociendo del procedimiento de divorcio, separación, relación con los hijos/hijas, etc., a pesar de que exista una sentencia absolutoria o se haya sobreesido el procedimiento penal?

¿Qué ocurre cuando se recurre una sentencia con medidas definitivas de prohibición de aproximación y comunicación hacia la víctima y los hijos o hijas menores, y ya no se encuentra vigente la orden de protección? (para pedir la prórroga de la orden de protección deben continuar los motivos por los que se otorgó y para pedir una nueva, debe haber pasado algún hecho nuevo que la justifique). No hay ejecución provisional penal...

¿Se identifica claramente al o a la menor como víctima de la violencia machista en el procedimiento penal? ¿Y los hijos/hijas menores no comunes?

¿Son efectivas las medidas de prohibición de comunicación y aproximación? ¿Se hace extensiva a los/las hijos/hijas menores comunes que han presenciado los hechos? ¿Y los que no los han presenciado? ¿Y los/las hijos/hijas no comunes?

¿Se tienen en cuenta las necesidades de las personas menores afectadas por la violencia machista en el procedimiento penal?

¿Cree que en la comparecencia del 544 ter de la Lecrim se puede ser riguroso teniendo en cuenta las circunstancias en las que se celebra? (no se hacen indagaciones para determinar la pensión, no se valora la situación psicológica y personal de las personas menores para establecer un régimen de visitas adecuado o para saber si la prohibición de comunicación y aproximación debería extenderse a los/las hijos/hijas...) ¿o cree que la necesidad de tener una respuesta urgente por parte de la Justicia justifica esta actuación?

¿Es habitual que se soliciten/adopten medidas de protección de carácter penal respecto de los/las hijos/hijas menores (prohibición de aproximación o de comunicación) cuando sí se solicitan para la mujer?

¿Es habitual en los juzgados de VIDO conceder regímenes de visita ordinarios respecto a los hijos en la comparecencia del 544 ter a pesar de que en el mismo procedimiento se interesen medidas cautelares para garantizar el alejamiento

respecto de la madre? (preguntamos sobre la incoherencia de dar regímenes de visita ordinarios cuando existen indicios de violencia de género y se están medidas de protección hacia la víctima).

Teniendo en cuenta los casos de quebrantamiento de condena en el ámbito de la violencia de género, ¿cree que las medidas penales contempladas tanto de carácter provisional como definitivas son eficaces? ¿Y respecto a los y las menores?

Por su experiencia, ¿puede decirnos si normalmente las víctimas de violencia de género prorrogan las medidas civiles que afectan a los hijos e hijas comunes, interesando unas medidas definitivas en el ámbito civil mediante el procedimiento de divorcio/separación, etc., o se conforman con las penales?

Normalmente, ¿las medidas solicitadas en el ámbito civil en el procedimiento de divorcio, separación, etc., coinciden con las de la orden de protección? ¿Son más restrictivas o son más relajadas?

Art. 46 del CP: inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, incapacidad para obtenerlas durante el tiempo de condena. Privación de patria potestad, incluida la prorrogada.

¿Qué medida cree que se aplica con más frecuencia: la inhabilitación o la privación de la patria potestad? ¿Qué efectos tiene sobre las personas menores? ¿Cree que / sabe si es habitual que esta medida se aplique en su duración máxima? ¿Qué ocurre en los casos en que la persona menor sigue siendo menor de edad cuando finaliza el cumplimiento de la inhabilitación? ¿Existe la posibilidad de recuperar la patria potestad cuando se ha privado penalmente al progenitor? ¿Cree que esta regulación es adecuada?

Art. 48.2 del CP: Prohibición de aproximación a la víctima o familiares

Art. 57.2 y 57.3 del CP límite de 10 años/5, etc.: + ¿qué ocurre con las personas menores que después de que haya pasado este tiempo todavía son menores de edad? ¿Está de acuerdo?

2.4 Medidas Asistenciales:

Dado que el ámbito asistencial es muy diverso (participan diferentes profesionales, de diferentes ámbitos), haría un grupo de discusión o entrevista grupal donde participaría un/a profesional de cada ámbito de la intervención social. Las preguntas serían abiertas con el fin de que sean los propios y las propias profesionales quienes digan y detecten los problemas o dificultades que se encuentran en la intervención. El análisis de este primer nivel de entrevista nos dará pistas para el diseño del guión de la última entrevista grupal interdisciplinar (“El gran debate”). Las preguntas van dirigidas a dar respuesta a las tres categorías de análisis de la investigación (derecho vigente; derecho aplicado y derecho vivido):

¿Qué derechos deben garantizarse desde el servicio donde trabajas y la actividad profesional que desarrollas? (finalidad de la pregunta: averiguar si el/la profesional conoce los derechos que determinan su acción: conocer el “Derecho vigente”)

¿Crees que estos derechos se logran implementar? ¿Por qué? (motivos)

¿Con qué medidas de intervención se intentan/intentas conseguir estos Derechos? (Es necesario que el o la profesional explique el proceso de intervención según cada servicio/ámbito:

-Prevención-investigación

-Detección-diagnóstico

-Información-derivación

Atención-seguimiento y cuidado

Finalidad de la pregunta: conocer el “Derecho aplicado”. Es decir, cómo se aplica —en la intervención y las medidas asistenciales— el Derecho.

¿Qué objetivos crees que buscan alcanzar estas medidas que acabas de describir en la intervención sobre el niño y en las personas que tienen su tutela?

¿Qué impacto consideras que tienen las medidas anteriormente descritas en la consecución de los objetivos que acabas de apuntar? ¿Por qué? Finalidad:

Conocer el “Derecho vivido”. Conocer la opinión/percepción del o de la profesional sobre la eficacia de las medidas asistenciales con relación a la consecución de los derechos de la persona, así como las causas de esta eficacia o ineficacia. Se preguntará, en este sentido, sobre los siguientes ítems generales (y según la disciplina/profesional se incidirá en las principales problemáticas, tales como: si es un/a maestro/a, se le preguntará sobre herramientas para el rendimiento escolar e integración con los/las compañeros/as):

- Coordinación entre servicios/ámbitos
- Recursos humanos/materiales
- Relaciones y/o funcionamiento de los equipos
- Cuidado profesional y/u organizacional

(Interesa que ellos/as lo digan y que no seamos las investigadoras las que condicionemos la respuesta. De esta forma, además, abriremos el abanico a nuevas posibles respuestas que no necesariamente tenemos nosotros en mente y que pueden estar explicando el problema).

3.- Intervenciones de otros profesionales

¿Qué instituciones/profesionales intervienen en el caso? ¿O crees que deberían intervenir en los casos de violencia cuando afectan a menores víctimas?

Asegurarse de que la persona informante tenga en cuenta los diferentes servicios y profesionales que participan en el circuito de la intervención: servicios policiales, servicios de salud, servicios sociales, servicios de protección a la infancia, jurídicos, educativos, servicios especializados, medios de comunicación...).

¿Cómo valorarías la intervención de estos y estas profesionales?

Asegurarse de que afloren tanto los aspectos positivos como los negativos de cada uno de los ámbitos de intervención que el/la informante ha comentado en el apartado anterior

¿Qué otros recursos habrías necesitado?

4.- Experiencia y (auto) cuidado profesional

¿Cómo valorarías la repercusión que tiene la intervención en casos de violencia machista cuando hay menores víctimas?

¿Se ponen a tu alcance recursos para tu cuidado profesional? En caso contrario, ¿crees que sería útil disponer de ellos?

En caso de que se te hayan facilitado estos recursos, ¿los has utilizado?

5.- Recomendaciones y propuestas de mejora de la actuación en los casos de personas menores víctimas de violencia

¿Cómo valorarías con carácter general la intervención que actualmente se está realizando con los/las menores?

¿Qué propondrías para mejorarla?

¿Cómo valorarías con carácter general la intervención que actualmente se está realizando con los/las menores huérfanos específicamente?

¿Qué propondrías para mejorarla?

¿Cómo valorarías con carácter general la intervención que actualmente se está realizando respecto de los/las familiares de la víctima que debe hacerse cargo de los/las hijos/hijas menores?

¿Qué propondrías para mejorarla?

6.- Dada tu experiencia, ¿qué otras recomendaciones o propuestas crees que pueden ser necesarias?