

LA VIOLENCIA VICARIA. REGULACIÓN Y REFORMAS LEGALES

D^a Itziar de Blas Gorordo

**Fiscal de la Sección especializada de Violencia de Género y Doméstica de la
Fiscalía Provincial de Sevilla.**



Centro de
Estudios
Jurídicos

**CURSO VIOLENCIA DE GENERO, VIOLENCIA VICARIA, REGULACIÓN,
PREVENCIÓN Y LAS DIVERSAS FORMAS QUE ADOPTA**

13 de Junio de 2022

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. CONCEPTO DE VIOLENCIA VICARIA

2.1 SIGNIFICADO DE VICARIO

2.2 VIOLENCIA VICARIA COMO VIOLENCIA DE GÉNERO

2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA VIOLENCIA VICARIA

3. VIOLENCIA VICARIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO:

3.1. LOS MENORES COMO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

3.2 MEDIDAS DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA VICARIA

3.2.1 Denuncia de violencia contra los menores.

3.2.2 La orden de protección. Novedades de la L.O 8/2021

3.2.3 Medidas civiles. Artículos 92, 94, 156 y 158 CC

3.2.4 La violencia económica. Reforma del Art. 57 CP

3.2.5 Derecho a ser oído

4. ¿QUÉ NOS QUEDA POR HACER?

4.1 LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

4.2.2 RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA VIOLENCIA VICARIA

4.2.3 COORDINACIÓN JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y FAMILIA

I. INTRODUCCIÓN:

Los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género merecen igualmente la consideración de víctimas de violencia. Esta afirmación es una idea ya asentada en nuestro sistema penal. Y lo son, tanto porque sufren directamente la consecuencia de la violencia física, psicológica o sexual que se ejerce contra sus madres como por el elevado riesgo de que estos menores sufran también maltrato.

La OMS define la violencia como “El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”. Partiendo de esta idea podemos concluir que la violencia contra los niños y niñas se produce no sólo cuando son sometidos a ese uso deliberado de la fuerza o poder, real o en forma de amenaza causándoles daños físicos o psicológicos, sino también cuando ese poder o fuerza se ejerce sobre sus madres.

Diversos estudios venían alertando sobre la necesidad de incluir a los hijos de las víctimas de violencia en el ámbito de las víctimas a proteger consecuencia de los daños irreversibles que para ellos derivan de su permanencia en un entorno de violencia de género. Así, en estudio realizado al respecto en el año 2015¹ se alertaba que “El 96% de los niños y niñas de los expedientes analizados estuvieron presentes cuando su madre era agredida por su padre, instaurándose de esta forma la violencia en sus vidas, de forma cotidiana. Así, un 30% presenciaron golpes, patadas, tirones de pelo, empujones, vieron como su padre cogía a su madre del cuello, las lesiones causadas, etc., y un 96% presenciaron mayoritariamente: insultos, humillaciones, amenazas de muerte, rotura de objetos, percibieron la tensión y la amenaza en el ambiente, así como el sufrimiento de su madre. Resaltando que un 36% de los casos analizados también sufrieron agresiones directas. Sin olvidar que estos niños y niñas conviven con estructuras familiares donde el varón por el mero hecho de serlo, ejerce la autoridad, el dominio y coloca en situación de sumisión a la figura materna y a los hijos e hijas, aprendiendo e interiorizando los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia como medio de resolver conflictos.”. En este estudio se analiza además como una de las formas de violencia contra los menores en el ámbito de la violencia de género, la instrumentalización de los mismos como medio para mantener la relación de dominio propia de este tipo de violencia, especialmente tras la ruptura. Así, el estudio cifra la instrumentalización para controlar a la madre en esas situaciones en un 48,6% de los supuestos analizados y matiza que, “La instrumentalización de los hijos e hijas por parte del agresor se produce en un 50%, teniendo lugar de forma habitual en un 42% de las situaciones. Se da en mayor medida debido a la prohibición de comunicación y aproximación hacia la mujer” y añade: “En la mayoría de las entrevistas realizadas las madres expresaron que, en el cumplimiento del régimen de comunicaciones y estancias, el padre instrumentaliza a los hijos e hijas para seguir ejerciendo violencia, y en dos de los casos para seguir ejerciendo violencia directa”.

¹ MENORES Y VIOLENCIA DE GÉNERO: DE INVISIBLES A VISIBLES Minors and Gender-based violence: from invisibility to visibility Paula Reyes Cano

En España contamos con datos facilitados por el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. De acuerdo con los mismos, a fecha 17 de septiembre de 2021, 1113 mujeres han sido asesinadas en nuestro país por sus parejas o exparejas desde el año 2003. Asimismo, entre el año 2013 y el 18 de septiembre de 2021, 42 niños y niñas han sido asesinados en un contexto de violencia de género.

También los datos facilitados por las Macroencuestas de 2015 y 2019 evidencian los riesgos a los que estos menores están sometidos.

En la Macroencuesta de 2015 se constató que el porcentaje de hijos e hijas menores presentes en los episodios de violencia contra sus madres ascendía al 73,5%, siendo del 70,3% el índice de hijos e hijas que presenciaron o escucharon situaciones de violencia en el caso de las mujeres que han sufrido violencia sexual.

Por su parte, la Macroencuesta de 2019 refleja que el 89,6% de las mujeres que han sufrido violencia física, sexual o emocional de alguna pareja, que tenían hijos en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia y que responden que sus hijos presenciaron o escucharon la violencia contra la madre, dicen que los hijos eran menores de edad cuando sucedieron los episodios de violencia, y el 51,7% de quienes tenían hijos/as menores que presenciaron o escucharon la violencia contra la madre afirman que estos hijos/as sufrieron violencia a manos de la pareja violenta.

Así, a día de hoy se encuentra indiscutiblemente asentada la convicción de que los hijos que conviven con madres que sufren violencia de género son siempre víctimas pues esa violencia les afecta en todas las facetas de su vida y desarrollo, causando daños importantes en su salud psíquica, llegando en los casos más extremos a ser víctimas directas de esa violencia, en muchas ocasiones con la sola intención de causar el máximo daño posible a sus madres. Nos encontramos en este último caso ante la denominada “violencia vicaria”.

II. CONCEPTO:

La **violencia vicaria** (**también denominada violencia por sustitución**) es aquella que tiene como objetivo dañar a la mujer a través de sus seres queridos y especialmente de sus hijas e hijos. Se trata de un neologismo que denomina a una forma de violencia por persona interpuesta, por la que un progenitor ataca a una hija o un hijo con el objetivo de causar dolor a la madre.

Fue la psicóloga clínica argentina Sonia Vaccaro quien acuñó la expresión violencia vicaria, tras desarrollar estudios acerca del tema desde el año 2012:

“Es aquella violencia que se ejerce sobre los hijos/as para herir a la mujer. Es una violencia secundaria a la víctima principal, que es la mujer. Es a la mujer a la que se quiere dañar y el daño se hace a través de terceros, por interpósita persona. El maltratador sabe que dañar o asesinar a los hijos/hijas es asegurarse de que la mujer no se recuperará jamás” (Sonia Vaccaro, 2016).

2.1 ¿ Qué significa vicario?

El concepto vicario hace referencia a la sustitución o reemplazo de un individuo por otro en el ejercicio de una función o en la vivencia de una situación.

Comprendido el concepto, se entiende que la violencia vicaria se va a definir como situaciones en que se va a llevar a cabo algún tipo de agresión sobre una persona o en sustitución de otra, la cual sería el verdadero objetivo, o de manera colateral. La motivación suele hallarse asociada a la venganza

2.2 ¿ Es violencia de género?

La psicóloga clínica y forense Sonia Vaccaro, que acuñó el término en 2012, lo hizo en referencia exclusiva a los casos de violencia machista, al definirla así: “Es aquella violencia contra la mujer que ejerce el hombre violento utilizando como objetos a las hijas o hijos, para dañarla”.

Sin embargo, ha surgido una corriente, encabezada por el profesor de Medicina Legal en la Universidad de Granada y experto en violencia de género, Miguel Lorente, que mantiene la tesis contraria y explica que la expresión violencia vicaria o violencia por sustitución puede atribuirse, por definición, a otros contextos ajenos al maltrato machista, como un secuestro de familiares de la persona amenazada, aunque matiza, las causas son diferentes. “Las víctimas sufren el mismo dolor, pero en el maltrato machista, que un padre mate a sus hijos parte de una violencia estructural y se basa en la identidad del hombre, que busca dominar a la mujer”, afirma el profesor. Por eso, pide hablar de “violencia vicaria en violencia de género”.

2.3 Características de la violencia vicaria:

a) El agresor busca hacer daño a la víctima mediante los hijos u otras personas y objetos a los que ésta le tiene apego y cariño.

Es un tipo de violencia que incluye toda aquella conducta realizada de manera consciente para generar un daño a otra persona, ejerciéndose de forma secundaria a la principal.

Así, el elemento fundamental definitorio de este tipo de violencia y que distingue estos crímenes del parricidio, es el ánimo, que en el caso de la violencia vicaria es causar daño a la pareja o expareja a toda costa, superando incluso cualquier afecto que pueda sentir por los hijos. La violencia vicaria se ejerce contra la mujer y solo indirectamente contra las personas objeto del delito a las que, advierte Sonia Vaccaro, se “cosifica”, considerándolas el autor un mero objeto que utiliza en su objetivo de dañar a la mujer. El único objetivo es destruirle la vida a la mujer. Implica una intención clara de causar un daño infinito y un dolor extremo a la persona a la que no se ha asesinado directamente.

Y es precisamente por esto por lo que se suele hablar de violencia vicaria como una manifestación de la violencia de género. Se sustituye a la persona en la acción directa física o psicológica de la violencia para causar un daño mayor y permanente a la mujer.

El objetivo es la mujer. El maltratador sabe que dañar, asesinar a los hijos/hijas, es asegurarse de que la mujer no se recuperará jamás. Es el daño extremo.

b) Es también, en la mayoría de ocasiones, un tipo de maltrato infantil:

En este tipo de violencia los niños y niñas son también dañados, ya que aún cuando el propósito sea el meramente instrumental de lastimar a la otra persona, afecta a su desarrollo personal e, incluso, en los casos más graves, pone en riesgo su integridad y seguridad.

Es por tanto un supuesto de violencia intra familiar en que el agresor considera a los menores un mero objeto para la consecución de su objetivo. Para el agresor los menores son un medio para alcanzar un fin. Al respecto, el Profesor Miguel Lorente señala “ *La violencia vicaria es una forma de “deshumanización” de los menores. No piensan que están matando a sus hijos, sino que están rompiendo el objeto que tenía dentro al niño que ya han perdido, especialmente en separaciones en las que consideran que el resto de su familia deja de ser de su propiedad. Los agresores dejan de ver a los menores como personas, entienden que son una “representación de su fracaso” y buscan imponerse, defender su imagen y su posición frente a la mujer*”

c) Tiene diferentes manifestaciones:

Aún cuando es lo habitual y representan los supuestos más dolorosos, que se utilice a los hijos menores y en esta cuestión os centraremos, este tipo de violencia puede utilizar cualquier persona u objeto respecto de la que la mujer sienta afecto. Así, encontramos distintas manifestaciones de la violencia vicaria .

1. Daño directo a los hijos/hijas, mascotas, seres queridos.
2. Publicar anuncios eróticos con su nombre con la intención de ridiculizarla y «desprestigiar» su nombre.
3. Desfigurar su rostro para dañar su imagen con ácido, por ejemplo.
4. Daño en objetos preciados o recuerdos.
5. Amenazas con daño a seres queridos.

Centrándonos en la violencia vicaria que se ejerce a través de los hijos, tendemos a pensar en los casos más graves en los que el daño se inflinge a la mujer a través del asesinato o desaparición de sus hijos menores, pero no debemos olvidar, y en esto insisten los estudios más recientes, que todos los actos de manipulación, coacción o violencia de los hombres hacia las mujeres utilizando a los hijos comunes forman parte del concepto de violencia vicaria. Es, por tanto, un tipo de violencia que admite diferentes grados, desde ejercer el control sobre la madre a través de los menores, hasta en los casos más extremos el asesinato.

En este sentido, advierten los expertos que la violencia vicaria adopta diversas formas, físicas y psicológicas “No aparece solo con los casos más graves o mediáticos, está presente en el día a día con amenazas y control hacia la mujer a través de los niños” y

existen signos previos, como cuando los menores vuelven a casa de la madre con prendas rotas tras las visitas o las custodias compartidas con el padre, cuando se interrumpen tratamientos médicos durante el periodo de estancia con el maltratador o cuando éste habla mal de la madre delante de los niños, permite que otros lo hagan en su presencia o utiliza a los menores para que la insulten. Son manifestaciones de la violencia vicaria que el agresor amenace a los niños, que ejerza violencia física sobre ellos o que les ordene que le informen sobre lo que hace su madre insistiendo los expertos que por este motivo no debiendo minimizarse los cambios de conducta o las negativas de los menores al desarrollo de un régimen de visitas.

III. LA VIOLENCIA VICARIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO:

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género no contiene en su redacción originaria ninguna referencia, ni tan siquiera indirecta a la violencia vicaria.

Será más tarde, mediante reforma operada por **Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia** cuando se avance en el reconocimiento de los menores como víctimas de violencia de género por cuanto, aún sin emplear el término violencia vicaria, se incluye en el concepto de violencia de género aquella que con el objetivo de dañar a las mujeres, “se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad”.

El mayor avance en la materia llega con el Pacto de Estado contra la violencia de género aprobado en 2017, que contiene primer reconocimiento normativo del término cuando prevé extender la protección de la ley a quienes hayan padecido violencia “por interpósita persona” reconociéndolo como “el daño más extremo que puede ejercer el maltratador hacia una mujer: dañar y/o asesinar a los hijos/as”. El reconocimiento se contiene concretamente en la medida 139/228, relacionada con la aplicación de los derechos y prestaciones de la Ley Orgánica 1/2004 en casos de violencia “por interpósita persona”. En esta medida se reconoce por primera vez en un texto legal este tipo de violencia cuando se hacen extensivos los apoyos psicosociales y derechos laborales, o las prestaciones de la seguridad social, así como, los derechos económicos recogidos en la Ley Orgánica 1/2004, a quienes hayan padecido violencia vicaria o violencia “por interpósita persona”.

3.1 LOS MENORES COMO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO:

En la base de la lucha contra la violencia vicaria se encuentra el reconocimiento de los menores como víctimas de violencia de género.

•La **Ley Orgánica 1/2004** en su redacción original establecía en su **artículo 1** su objeto:

“ La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, **se ejerce sobre éstas** por parte de quienes sean o hayan sido

sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”

Así, ninguna referencia se hacía a los hijos e hijas como víctimas de violencia de género.

Con la modificación de la Ley Orgánica 1/2004 se pretende avanzar en la adaptación de la normativa española a los compromisos internacionales asumidos por España en su deber de actuar con debida diligencia para prevenir y erradicar todas las formas de violencia previstas en el “Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica” (2011), así como en otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por España, como la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW).

- La primera modificación de la LO 1/04 en la materia que nos ocupa llega con la **Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia** relativa a los artículos 1.2, 61.2, 65 y 66, en relación con hijos e hijas menores de edad y menores sujetos a tutela o guarda y custodia de las víctimas de violencia de género.

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

Concretamente se introducen las siguientes modificaciones:

Uno- Se modifica el **apartado 2 del artículo 1**, para reconocer a los menores víctimas de la violencia de género con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos.

Artículo 1.2 « Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia **a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.**»

Dos. Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de

aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia

Tres. Asimismo, se modifica el artículo 65 con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género.

Cuatro. Por último, se mejora la redacción del artículo 66 superando la concepción del régimen de visitas y entendiéndolo de una forma global como estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores

- Más tarde, y sobre la base de lo dispuesto en el pacto de Estado contra la violencia de género, se dicta el **Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género** que dispone, en su exposición de Motivos, “ La protección de los menores, hijas e hijos de las mujeres víctimas de violencia de género constituye uno de los ejes del Pacto de Estado que exige una respuesta más urgente”. Se adquiere así conciencia de la necesidad de incluir en la especial protección legislativa de las víctimas de violencia de género a los hijos e hijas de las mujeres víctimas. Sobre esta base, el Real Decreto-ley incluye una modificación en el artículo 156 del Código Civil para dar cumplimiento a la medida 148, del Informe de la Subcomisión del Congreso que proponía desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad. En concreto la reforma que afecta al artículo 156 del Código Civil tiene como objetivo que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas de ambos.

- Por último, la nueva **Ley Orgánica 8/21 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, de 5 de junio 2021**, abiertamente apuesta por combatir la violencia sobre la infancia desde una perspectiva integral, incidiendo en la prevención, la socialización y la educación; Para ello introduce numerosas novedades y modificaciones legislativas de gran envergadura, no solo en materia penal y civil, sino también en materia penitenciaria, de protección jurídica del menor, asistencia jurídica y muchos otros ámbitos. Esta Ley da un paso relevante en lo que al concepto de violencia de género se refiere incluyendo sin vacilaciones en el mismo a los hijos, familiares y allegados de la mujer. Así, la disposición final Núm. 10, introduce un nuevo apartado 4 al Art. 1º de la Ley de Medidas integrales (LO 1/2004), extendiendo las formas de violencia contra la mujer también a lo que comprende la violencia vicaria. Sin darle ese mismo nombre, pero sí estableciendo su alcance como Violencia de género, la define diciendo

Artículo 1.4: La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero.

3.2 MEDIDAS DE PROTECCIÓN ANTE LA VIOLENCIA VICARIA:

Sobre la base de esta idea de considerar a los menores hijos e hijas de las víctimas de violencia de género igualmente comprendidos en el ámbito de protección de la legislación específica de violencia de género se van introduciendo progresivamente en nuestro ordenamiento jurídico instrumentos destinados a la lucha y erradicación de toda forma de violencia contra los menores y así también de la violencia vicaria. Veamos cuáles son estos instrumentos de los que disponemos para, como juristas, contribuir a la protección de los menores en este ámbito. Hito fundamental en esta regulación lo representan la **LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia** y la **Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica**, que introducen importantes modificaciones en la materia:

3.2.1.- La posibilidad de denunciar aun cuando no exista violencia directa contra la mujer.

La consideración de los menores como víctimas en el artículo 1. 2 de la Ley de Protección Integral y la posterior modificación del concepto de violencia de género introducido por la nueva Ley Orgánica 8/21 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, de 5 de junio 2021 introduciendo el apartado 1.4 la Ley de Protección Integral implica la posibilidad de denunciar como un supuesto de violencia de género actos que, si bien no se dirigen directamente contra la mujer, sí se dirigen a causarle perjuicio o daño ejerciéndose sobre sus familiares o allegados menores de edad.

La obligación de denuncia:

El **artículo 15 de la LO 8/2021** introduce además la obligación genérica de denuncia de indicios e incluso sospechas de situaciones de violencia sobre una persona menor de edad al establecer

“Toda persona que advierta indicios de una situación de violencia ejercida sobre una persona menor de edad, está obligada a comunicarlo de forma inmediata a la autoridad competente y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, sin perjuicio de prestar la atención inmediata que la víctima precise”.

El **artículo 16**, por su parte, impone un especial deber de comunicación de conocimiento de situaciones de violencia sobre los menores a las personas que, por razón de su cargo, profesión, oficio o actividad, tengan encomendada la asistencia, el cuidado, la enseñanza o la protección de niños, niñas o adolescentes, sin perjuicio de prestar a la víctima la atención inmediata.

Llama la atención que esta nueva regulación impone el deber de denunciar aunque no se presencie directamente la perpetración de un delito violento o no se tratara lesiones que pudieran tener una etiología violenta, sino que basta la apreciación de indicios o sospechas de una situación violenta respecto del menor para que surja el deber de comunicación.

Estas nuevas obligaciones de comunicación habrán de ser interpretadas en todo caso conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, que venía entendiendo que las meras sospechas de un denunciante no debían dar lugar a una investigación policial o incluso judicial (*ATS, Penal sección 1 del 21 de julio de 2021*), pues el sistema constitucional de derechos y libertades, conduce a excluir la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos de relevancia penal meramente sospechosa, es decir, una investigación prospectiva, que no aporte, a partir del conocimiento propio del querellante o denunciante, un indicio objetivo de su realidad. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia.

Competencia de los Juzgados especializados:

Esta nueva posibilidad que se abre de interponer denuncia por hechos enmarcados en el ámbito de violencia de género pero no cometidos directamente contra la mujer plantea la cuestión de la competencia de los juzgados especializados. En estos caso deberíamos distinguir dos supuestos:

A- Aquellos casos en que desde la incoación del procedimiento aparecen indicios de que el delito cometido sobre el hijo u otra persona vinculada con la mujer tiene como objetivo específico causar el mayor daño a ésta por ser o haber sido pareja del agresor, en cuyo caso será el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el competente para la instrucción

B- Aquellos casos en que en los orígenes del procedimiento no existen indicios objetivos de que la intención del agresor fuese la de causar perjuicio a la mujer con la comisión del hecho. En estos casos debemos entender que la competencia inicial sería del Juzgado de Instrucción si bien este debería llevar a cabo la instrucción indagando sobre la verdadera intención del agresor al ejecutar el hecho dando así entrada a la perspectiva de género. Si de la instrucción se derivara que efectivamente lo hizo para dañar a la madre, el Juez de Instrucción debería inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer y éste aceptar esa inhibición.

En estos casos la competencia de los juzgados especializados deriva no sólo del principio de especialidad sino por aplicación de los art. **87 ter 1-a de la L.O.P.J.** y **17 bis de la LECrim.**

De conformidad con el **art. 87 ter 1.a de la L.O.P.J.**, el Juzgado de Violencia sobre la mujer será competente para conocer de la instrucción de la causa si la víctima fuere “descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.” Entendiendo que en los supuestos de violencia vicaria, además del delito de que son víctimas directas los hijos o hijas menores, la mujer es objeto de un atentado a su salud psíquica que es en sí

mismo un acto de violencia de género, ya tendríamos base para fundamentar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Pero es que además, la relación entre el delito cometido directamente sobre el menor y el de lesiones psíquicas sobre la mujer es la del concurso medial del art. 77 del C.P. y en virtud del **art. 17 bis de la L.E.Crim** la competencia corresponde al JVM, en la medida que dispone:

“La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley”, esto es, los delitos conexas cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución y a los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

Esa conexidad medial fue apreciada en el Auto 408/18 de 13 de julio de la Sección 2ª de la A.P. de Castellón en el que se atribuyó la competencia al JVM para el conocimiento de los hechos que consistieron en el intento de agresión sexual a la hija de su ex pareja y el asesinato del abuelo de la menor y padre de la ex pareja del autor cuando intentó evitarlo. La Audiencia entendió, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que todo ello obedeció a la intención del investigado de causar el máximo daño posible a su ex mujer.

3.2.2- LA ORDEN DE PROTECCIÓN.

Como bien sabemos, la Orden de Protección es una resolución judicial que consagra un “estatuto de protección integral” de las víctimas de violencia doméstica, mediante la adopción, por un mismo órgano jurisdiccional, de medidas cautelares penales y civiles, activando además otras medidas de asistencia social. En lo que a protección contra la violencia vicaria se refiere es esencial por cuanto se trata del instrumento básico de protección que va a permitir a los operadores jurídicos, de manera ágil y en un momento precoz del procedimiento, la adopción de medidas de protección de los menores. Lo veremos analizando la evolución de la regulación en la materia:

La necesidad de un “estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal” se había puesto de manifiesto desde antiguo regulándose por primera vez en la **Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica**. Esta norma introduce en nuestro ordenamiento jurídico la orden de protección como instrumento destinado a que, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, la víctima de violencia doméstica pudiera obtener, tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. Si bien es un instrumento de protección para víctimas de violencia doméstica, su uso es preeminente en el ámbito de la protección de víctimas de violencia de género.

En su redacción original el **apartado 7 párrafo 1, del art. 544 ter LECrim**, destinado a las medidas civiles a adoptar en la orden de protección, tenía el siguiente contenido:

7. *Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que **no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.** Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.*

Más tarde, mediante **Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito**, se introduce una importante modificación pasándose de una regulación muy restrictiva, en la que se preveía la posibilidad de acordar medidas civiles solo cuando no hubieran sido previamente acordadas en la jurisdicción civil, a una nueva situación en la que, aun cuando hayan sido acordadas previamente en el procedimiento civil, el juez tiene la obligación de pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de dichas medidas, cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella. Con esta redacción el precepto pasó a tener el siguiente contenido:

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

Así, si bien se mantiene que las medidas de naturaleza civil podrían ser solicitadas siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, se añade la obligación del juez de pronunciarse sobre la pertinencia de estas medidas de naturaleza civil en todo caso, esto es, aunque existiesen medidas acordadas previamente en la jurisdicción civil siempre que existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y además dependan de ella. Por tanto parece que la regla general de que no se pueden adoptar medidas civiles y estas ya han sido acordadas en la jurisdicción civil se exceptúa en el caso de que esas medidas afecten a menores teniendo en ese caso el juez la obligación de pronunciarse sobre la pertinencia de esas medidas civiles ya adoptadas valorando todas las circunstancias concurrentes y por tanto también los incidentes de violencia que resulten índiciariamente acreditados en el procedimiento penal. La referencia a que el juez tiene que pronunciarse sobre la pertinencia de esas medidas debe entenderse referida a la adecuación de las mismas al interés del menor valorando las nuevas circunstancias concurrentes, esto es los incidentes de violencia. Esta obligación que se impone al juez debe entenderse íntimamente conectada con la prevista en el artículo 61 de la ley integral que obliga al juez a pronunciarse en todo caso, cuando existan hijos menores, sobre la suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de visitas y comunicación. Con esta nueva redacción queda para un uso muy residual limitado a los

casos de menores no convivientes o no dependientes de la víctima, la referencia al artículo 158 del código civil.

Más tarde la regulación de la orden de protección sufriría una nueva modificación por **LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia**, en la que se hace visible una honda preocupación por la protección de los menores hijos e hijas de las víctimas de violencia de género en la medida en que ya sin vacilaciones se incluyen dentro del concepto de víctimas de violencia existiendo además una honda preocupación por el fenómeno de la violencia vicaria que se deja ver muy especialmente en la tramitación parlamentaria de esta norma.

Durante los debates se llegó a plantear una modificación del art. 544 ter LECrim, que finalmente no salió adelante y que incluía la previsión de que “Ante la denuncia por violencia de género de una mujer con hijos/as menores de edad a su cargo, y en el caso de que se vaya acordar una orden de protección, el Juez no solo estará obligado a pronunciarse de oficio sobre las medidas cautelares de protección para esos menores, sino también a **no establecer o suspender automáticamente el régimen de comunicación y estancia de los hijos/as con su progenitor hasta la extinción de la responsabilidad penal tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión**”.

Finalmente la **Disposición Final Primera** modifica tanto el apartado 6, relativo a las medidas penales de la orden de protección, como el apdo. 7 del art. 544 ter LECrim, referido expresamente a las medidas civiles. Quedan como sigue:

- Apartado 6. Las medidas de naturaleza penal:

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

En la redacción original del apartado 6 del art. 544 ter LECrim se aludía a que las medidas penales se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima añadiéndose en la nueva redacción la necesidad de atender igualmente a la protección integral e inmediata de las personas sometidas a la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de la víctima.

Esta modificación tiene su origen en la comprensión de los menores como víctimas de la violencia de género y necesitados de protección, entendiéndose que solo es posible hacer efectiva y real la protección de sus madres protegiéndoles a ellos.

- Apartado 7. Las medidas de naturaleza civil:

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

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

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

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.»

La reforma se centra en dos puntos, los párrafos 2 y 3

- El párrafo 2 del apartado 7 del art. 544 ter LECrim en su anterior redacción disponía que las medidas civiles “podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, **determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada,** el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios”.

Sin embargo, con la redacción actual introducida por la LO 8/2021, de 4 de junio, esas medidas “podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, **determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del**

régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios”.

Así, si con la redacción original, dentro de las medidas civiles de la orden de protección se podían regular la custodia y el régimen de visitas, en la actualidad solo se puede determinar la custodia limitándose el pronunciamiento en lo que a las visitas se refiere a su suspensión o mantenimiento de las previamente acordadas, si existieran. Así por tanto, si no existe una resolución judicial previa en la que se haya regulado el régimen de visitas, el juez que acuerda la orden de protección no puede pronunciarse al respecto.

La Fiscalía de Sala de Violencia sobre la Mujer ha interpretado esta modificación en un sentido restrictivo que deduce, no solo de la literalidad del precepto en la nueva redacción dada por la LO 8/2021 sino también del contexto normativo advirtiendo que esta interpretación es la única posible en atención a una realidad social que exige de una respuesta contundente a fin de proteger a los niños y niñas frente a la violencia de género que sufren sus madres recordando además, que cuando se acuerda una medida penal de prohibición de aproximación a la madre el riesgo de instrumentalización y manipulación de los niños y niñas e, incluso, de ejercer la violencia sobre ellos, bien como estrategia para dominar y controlar a la madre, bien para hacerle el máximo daño posible, se incrementa.

- El párrafo 3, por su parte, introduce una novedad en lo que al régimen de visitas se refiere específicamente destinada a la protección de los **hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia** a la que se refiere el apartado 1 de este artículo. En estos casos, cuando se acuerda una orden de protección con medidas penales no se puede establecer un régimen de visitas y, si existiera ese régimen de vistas, estancias y comunicación con los menores por haberse acordado previamente en un procedimiento civil de familia, el juez tiene la obligación de suspenderlo, de oficio o instancia de parte, si los menores **han presenciado, sufrido o convivido con la violencia de género o doméstica**, y solo podrá excepcionalmente no acordar la suspensión, manteniendo el régimen de visitas, a instancia de parte, en resolución motivada y justificándolo en la mejor protección de interés superior del menor, previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

3.2.3.- MEDIDAS CIVILES: LOS ARTÍCULOS 92, 94, 156 Y 158 DEL CÓDIGO CIVIL.

Artículo 92 Código Civil. Régimen de custodia:

La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, en su disposición final segunda, reforma el artículo 92 Código Civil, que regula la **guarda y custodia compartida:**

«Artículo 92.

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

- A) En el **apartado 2** del precepto exige al Juez una resolución motivada sobre el interés superior del menor cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores. Es decir, se requiere una motivación específica sobre la afectación del interés de los menores cuando se adopten estas medidas.

- B) En el **apartado 8** se suprime la necesidad de que el informe del Ministerio Fiscal sea favorable para que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando sólo lo solicite uno de los progenitores.
- C) Se modifica también el **apartado número 9**, para permitir que antes de adoptar alguna de las decisiones sobre custodia, cuidado y educación de los hijos menores, el dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad, para asegurar su interés superior, puedan además de oficio, ser solicitado por el Fiscal, miembros del equipo técnico judicial, o el propio menor.
- D) Se mantiene la previsión del **apartado 7** en el sentido de prohibir la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en proceso penal iniciado por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos o cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. En relación con el inciso primero de este apartado se ha admitido a trámite por el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad el 15 de diciembre de 2020.

Artículo 94. Régimen de visitas:

«Artículo 94.

La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. **Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.** **No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor** o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y **previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.**

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

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad. »

Como vemos, la Ley 8/2021 introduce dos nuevos párrafos cuarto y quinto en el artículo 94 del Código Civil.

A- párrafo cuarto del art. 94 del CC, el legislador por ley determina que el juez no debe establecer un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, el Juez podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial.

El párrafo cuarto del artículo 94 del CC es una presunción legal “iuris tantum” sobre cuál es el interés del menor en casos de procedimientos vivos de violencia de género o doméstica o de indicios de tal violencia. En esos casos no procederá establecer régimen de visitas con este progenitor salvo que se acuerde justificándolo en resolución motivada, previa evaluación de la relación paterno filial y basándolo en que sólo así se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Cuestiones :

-No señala la reforma si la suspensión, o el no establecimiento de un régimen de visitas, se extiende también a la comunicación, pero como es una restricción de un derecho, debemos interpretarlo restrictivamente y por tanto entender que, aún cuando no proceda la fijación de visitas, sí procede fijar un régimen de comunicación.

-Tampoco especifica que se entiende por una previa evaluación de la situación de la relación paterno filial, pero es lógico entender que debe ser realizada por pericial o informe del equipo técnico, pues de lo contrario no tendría sentido la previsión, El juez siempre tiene que resolver fundadamente, y ya el párrafo tercero del artículo 94 establecía, y sigue estableciendo, que la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Si el juez civil o tribunal tiene conocimiento de los indicios en una comparecencia o vista por primera vez, difícilmente va a realizar una adecuada valoración con la prueba que pueda practicarse en dicho acto judicial, sino que en todo

caso conllevaría la práctica de diligencias probatorias finales para concretar mínimamente la existencia de los indicios, como puede ser que se acuerde un informe del equipo técnico, o directamente una cuestión prejudicial penal heterogénea devolutiva.

B- Conforme al nuevo párrafo quinto del artículo 94 del CC no procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

Se establece así una presunción iuris et de iure del interés del menor. Señala que no procede en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior, sin indicar si puede proceder respecto de todos los hijos menores comunes, o sólo respecto de los que pudieran ser víctimas del delito. Ha sido objeto de críticas doctrinales por considerarse incoherente con el reforzamiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y sin límite de edad, si tuvieran suficiente madurez, y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria. Además, la suspensión del derecho de visitas, o su no establecimiento, no debería derivar del hecho de que el padre o madre se encuentren en prisión, sino de la concurrencia de circunstancias que permitirían suspender el régimen de visitas, tomando siempre como referencia el interés superior del menor, y son independientes de la situación de privación de libertad. También se argumenta que es contraria la previsión a los postulados sobre los que se asienta nuestra legislación penitenciaria que consagra, entre otros, la apertura de las prisiones a la sociedad, determinando que las comunicaciones y visitas faciliten que el ingreso en prisión de una persona no suponga ruptura con el entorno social y familiar de referencia. Las comunicaciones y visitas de familiares se encuentran previstas en el artículo 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y artículo 45 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario en el que se indica que: “Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes...” y que “Todos los establecimientos penitenciarios dispondrán de locales especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados de aquellos internos que no disfruten de permisos ordinarios de salida”. El apartado 6 del artículo 45 del Reglamento prevé la posibilidad de fijar comunicaciones de convivencia entre los internos y sus esposas o parejas y los hijos menores de diez años.

Además, el artículo 160 del Código Civil establece que, en caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo, la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor. No obstante, normalmente cuando se investigue penalmente un delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del hijo, y se haya acordado la prisión preventiva o una condena firme por tales delitos, se adoptará la suspensión

cautelar por el juez penal en cuanto a la comunicación y proximidad con el menor del investigado, pero siempre se acordará en caso de que se aprecie indicios de criminalidad y situación objetiva de riesgo.

Respecto de esta previsión, la Fiscalía de sala de Violencia sobre la Mujer, en Dictamen de 14 de marzo de 2022 introduce las siguientes matizaciones.

1. La prohibición del art. 94.5 CC afecta exclusivamente a los presos preventivos o condenados por alguno de los delitos a que se refiere el art. 94.4 CC. El delito de quebrantamiento no está incluido en dicho listado, por lo que, dicho precepto no deviene aplicable sin perjuicio de que en aras a la mejor protección de las mujeres víctimas y de sus hijas e hijos, proceda interesar la suspensión o no autorización de dicha comunicación.

2. Recuerda que el art. 94.5 CC solo prohíbe el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior, por lo que no impide otro tipo de comunicaciones no presenciales.

3. El art. 94.4 y 5 CC hace referencia al régimen de visitas sin mencionar si las limitaciones y prohibiciones reguladas afectan al establecimiento y mantenimiento del régimen de visitas en relación solo con los hijos comunes del interno con la víctima o si, por el contrario, se extiende la prohibición, también, a los hijos que lo son exclusivamente del investigado o condenado. Sin embargo, una interpretación sistemática y lógica del precepto debe llevarnos a que la prohibición solo afecta a las relaciones con los hijos e hijas comunes de investigado y víctima en el caso de violencia de género.

4. Si existe un régimen de visitas previamente acordado, de acuerdo con las Conclusiones de los Fiscales especialistas de 2021 en las que, en relación con el art. 94.5 CC. Se acordó que “ no procederá ni el establecimiento ni el mantenimiento del régimen de visitas previamente acordado y si la situación de prisión provisional o por condena por alguno de los delitos previstos en el apartado anterior, se produce estando vigente un régimen de visitas, sin perjuicio de los procedimientos que insten las partes para modificar las medidas acordadas previamente, el Fiscal deberá interesar de conformidad con el art. 158.6 del CC la suspensión del régimen de visitas”

5. Si no existiera una resolución judicial que estipule el régimen de visitas y lo que se comunica es que se están efectuando visitas con las/los hijas/os menores comunes del investigado/condenado y víctima en el centro penitenciario, lo procedente de conformidad con el art. 158.6 CC será interesar la suspensión de esas comunicaciones por ser contrarias al art. 94.5 CC a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar, que es la finalidad a la que atiende el legislador.

6. En todo caso ambos pronunciamientos deben mantenerse en tanto en cuanto permanezca el investigado/condenado en situación de prisión, provisional o por sentencia firme.

7. La prohibición del art. 94.5 CC solo afecta a aquellos presos que se encuentran internos en los centros penitenciarios y, esta condición la tienen aun cuando disfruten

permisos ordinarios o estén clasificados en tercer grado. En consecuencia, la prohibición extiende sus efectos hasta que el condenado adquiriera la libertad condicional o definitiva.

8. Órgano competente para resolver sobre la suspensión o no autorización de visitas en el centro penitenciario de conformidad con el art. 94.5 CC:

- a. En ningún caso será competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.
- b. En caso de que el progenitor se encuentre en situación de prisión provisional, será competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el Juzgado de lo Penal y la Sección de la Audiencia Provincial que estén tramitando el procedimiento penal en virtud del cual se ha acordado la medida cautelar.
- c. En caso de pena de prisión, será competente el Juzgado de lo Penal o la Sección de la Audiencia Provincial que estén ejecutando la pena de prisión impuesta a un condenado por violencia de género.

Aún siendo esto así, el propio Dictamen prevé, en vista de los problemas que se están dando en la práctica al respecto que, a fin de evitar dilaciones en la resolución de los incidentes con la interposición de recursos, lo cual solo podría perjudicar la efectiva protección de los menores si el Juzgado de lo Penal o la Sección de la Audiencia Provincial que este tramitando el procedimiento penal por el que el progenitor investigado esté en prisión provisional, o esté ejecutando la pena de prisión, a raíz de la comunicación enviada por los directores de los Centros Penitenciarios se consideran incompetentes, el Fiscal debe interesar del Juzgado de Violencia sobre la Mujer la suspensión o prohibición de visitas de conformidad con los arts. 158. 6 y 94.5 CC.

Artículo 156 Código Civil:

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia modifica la redacción del artículo 156 del CC, estableciendo que aunque no haya condena, ni denuncia previa, si la madre está recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, no exigiéndose que sea público, podrá llevar al menor al psicólogo sin el consentimiento del otro progenitor, bastando el consentimiento de la madre para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de 16 años, con el único requisito de informar previamente al otro progenitor. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años si precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.

Esta reforma ha sido objeto de críticas por quienes entienden que podría favorecer los casos de la denominada alienación parental de la madre sobre los menores. Al respecto se pronuncia la propia la Ley Orgánica 8/2021 que, dando entrada a lo que es ya un criterio doctrinal asentado, establece en su Artículo 11.3 la obligación de que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para impedir que “planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración.”

Concretamente la Disposición final segunda añade un nuevo párrafo segundo en el artículo 156 del Código Civil con la siguiente redacción:

« Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos. .»

-Artículo 158 del Código Civil:

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

- 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*
- 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en el caso de cambio de titular de la potestad de guarda.*
- 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*
 - a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
 - b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
 - c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*
- 4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad.*
- 5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.*
- 6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.*

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el

Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma.»

3.2.4-REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. La violencia económica como violencia vicaria:

Entre otros aspectos, y en lo que a violencia vicaria se refiere, destaca la modificación del apartado 1 del artículo 57, que queda redactado como sigue:

*«1. Las autoridades judiciales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y **las relaciones familiares**, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.*

Se mantiene la previsión en el apartado 2º de imposición imperativa “*de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave en los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados.* »

Así, al incluir en el párrafo 1º a los delitos contra las relaciones familiares, se abre la posibilidad de imposición de las penas accesorias previstas en el art. 48 CP (Residencia, aproximación y comunicación con la víctima) en los delitos de sustracción de menores, absentismo escolar o impago de pensiones.

-No podemos en este momento dejar de hacer una referencia a la violencia económica como forma de violencia vicaria:

El Convenio de Estambul- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica- define en el art. 3 la “violencia contra las mujeres” como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, incluyendo todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o **económica**, incluidas las

amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

También la ponencia del Senado en el Pacto de Estado contra la Violencia sobre la Mujer acordó proponer “considerar también otras formas de violencia contra las mujeres, así como extenderlo a otros ámbitos distintos de la pareja o ex pareja. A tal efecto, la Ley Orgánica recogerá en su Artículo 1 una definición de Violencia de Género acorde con el citado Convenio de Estambul, incorporando todas las formas de violencias machistas (física, psicológica, sexual y económica), y todos los ámbitos donde se manifiestan: en el ámbito de la pareja o expareja, el familiar, el laboral (acoso por razón de sexo y acoso sexual), el social o comunitario (manifestándose a través de agresiones sexuales, acoso sexual, la trata con fines de explotación sexual, la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados, etc.) y en cualquier otro ámbito que lesione la dignidad, la integridad o libertad de las mujeres” (medida 227).

Siendo así una idea claramente admitida la de incluir la violencia económica como una forma de violencia de género cabe plantearse si el delito de impago de pensiones es parte de esta violencia económica. No cabe duda que tanto el delito de abandono de familia como el impago de pensiones son conductas que pueden privar a los menores de edad de sus derechos y bienestar y que pueden perjudicar su desarrollo físico, psíquico o social.

Así, el delito de impago de pensiones representa una herramienta más del agresor para mantener el control y presión sobre la mujer; es una conducta por la que el agresor tiende a perjudicar y presionar directamente a la madre que, pese a no ser sujeto pasivo del delito en el más habitual de los casos (cuando lo que se deja de pagar es la pensión alimenticia de los hijos) es quien sufre directamente las consecuencias del impago.

Es paradigmática en esta materia la **STS 239/2021, de 16 de marzo**, que en relación con el delito de impago de pensión alimenticia señala: *“puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que, si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo”*.

3.2.5-DERECHO A SER OIDO

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

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

solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior.

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

Es fundamental que los operadores jurídicos, a la hora de adoptar decisiones que afectan directamente a los menores, veamos porque se adopten todas las medidas necesarias a fin de asegurar que queda salvaguardado en el procedimiento el derecho del menor a ser oído. El artículo habla, y esto es fundamental porque implica un cambio con respecto a lo que hasta la fecha ha sido lo habitual, del derecho a ser oídos con independencia de su edad en todos los procedimientos judiciales relacionados con la acreditación de la violencia de que pudieren ser víctimas.

IV.-¿QUÉ NOS QUEDA POR HACER?

1- Introducción efectiva y real de la perspectiva de género en la investigación:

El primer problema es la determinación de que el hecho delictivo que se investiga fue cometido efectivamente para causar el máximo daño a la mujer. En muchas ocasiones desde el principio aparecerán indicios de que ello es así, pero en otras ocasiones esa motivación se pondrá en evidencia con la investigación, pero sólo con una investigación llevada a cabo con perspectiva de género.

El art. 49.2 del Convenio de Estambul establece que “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio”. Al firmar y ratificar el Convenio, el Estado español asumió la obligación de aplicar la perspectiva de género en la investigación y los procedimientos y ello supone que, cuando no enfrentamos a cualquier tipo de violencia sobre la mujer por razón de género de las contempladas en el Convenio el Estado ha de garantizar que la investigación policial y judicial y la tramitación procesal se va a hacer a través de ese método analítico que permitirá identificar que las relaciones de poder desigual que caracterizan esta violencia están en el origen o causa del delito.

Así, como operadores jurídicos debemos asumir la convicción de que la investigación se lleva a cabo para probar el hecho y la autoría, pero también otras manifestaciones de violencia precedentes aun no denunciadas, las circunstancias que concurren en la ejecución de esos hechos y las específicas motivaciones de cada uno de ellos. Solo si se aplica la preceptiva de género se hará una investigación que sea efectiva y se aplicarán las sanciones que sean, no sólo efectivas y disuasorias, sino también proporcionales.

Aspecto fundamental en la introducción de la perspectiva de género en la investigación es asumir la **superación de estereotipos**.

Debemos en este momento recordar el caso de Ángela González Carreño. Su hija Andrea tenía siete años cuando su padre la asesinó. Fue el 24 de abril de 2003, el mismo día en el que su madre, Ángela González, tuvo una audiencia judicial para reclamar el uso de la vivienda habitual a su ex pareja. A la salida, éste se acercó a ella y le dijo que le quitaría lo que más quería. Por la tarde, Andrea tenía que quedarse con su padre, sin supervisión tras haberse suprimido la que inicialmente se estableció, y pese a las diferentes denuncias que había presentado la madre argumentando el carácter violento del progenitor y solicitando la suspensión de las visitas. Al no regresar, Ángela avisó a la Policía. Encontraron los cuerpos de ambos: el agresor había cumplido su amenaza y después se había quitado la vida. En 2004, Ángela emprendió una batalla judicial para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado hasta llegar en última instancia al Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), dependiente de Naciones Unidas (ONU) que condenó en dictamen de 16 de julio de 2014 al Estado español por responsabilidad ya que incumplió la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor en España en 1984, así como el Protocolo Facultativo (en vigor desde 2001). Es la primera condena por violencia de género en contra de España ante instancias internacionales, considerando el Comité CEDAW que el Estado vulneró los derechos de Ángela y su hija asesinada Andrea, como consecuencia de la actuación negligente de las autoridades.

El Comité señalaba que se deben tomar en cuenta los antecedentes de violencia de género en los procedimientos de determinación de custodia y del régimen de visitas de los niños y niñas para que no se ponga en peligro la seguridad de las víctimas de violencia, incluidos sus hijos e hijas. También afirmaba que los estereotipos afectan negativamente al derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial y que las autoridades judiciales españolas aplicaron nociones estereotipadas acerca de la naturaleza y la gravedad de la violencia de género, así como de los derechos de visita de los padres maltratadores con sus hijos e hijas.

Esta superación de nociones estereotipadas relativas a los derechos parentales se ha observado tanto en la legislación (recordemos el Art. 11.3 LOPIVI relativo a la alineación parental a que nos hemos referido antes) como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como se observa en la **STS 30-9-2015**, que avala la privación de la patria potestad por vía penal en las tentativas de asesinato de la pareja presenciados por los hijos. La Sala II estima el recurso de la Fiscalía contra una sentencia de la Audiencia de Guadalajara, que condenó a L.D.M. a 13 años y medio de cárcel por el intento de asesinato de su mujer, a la que acuchilló en repetidas ocasiones en el cuello y la espalda en plena calle, siendo presenciados los hechos por la hija de ambos de 3 años. Sin embargo, la Audiencia Provincial consideró que no procedía acordar en la sentencia penal (sin perjuicio de que pudiese reclamarse por la vía civil) la privación de la patria potestad, al no ser de aplicación la previsión del artículo 55 del Código Penal, que permite al juez acordar esa privación en casos de delitos con pena superior a 10 años y cuando hubiere vinculación entre el delito cometido y el ejercicio de la patria potestad.

“(…) repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre (...) no resulta acorde

con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener este la patria potestad (...).”“

Se trata de una sentencia importante en tanto en cuanto se podría decir que marca un antes y un después en el ámbito de la violencia de género y en su afectación a las y los menores. Y es que cabe observar una ruptura con ese discurso jurisprudencial que había sido dominante hasta entonces, que había considerado compatible ser un agresor por violencia de género con ser un buen padre de familia. Se reconoce en la propia sentencia que la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS había sido reacia a la adopción de la pena de privación de la patria potestad sin perjuicio de que fuera en la vía civil donde se acordara la medida. Los argumentos jurídicos aducidos para su no adopción pueden encontrarse en sentencias como la STS 780/2000, de 11 de septiembre o la STS 568/2001, de 6 de julio así como en la STS 750/2008, de 12 de noviembre que argüían la falta de nexo causal entre los hechos y la pena impuesta en los tribunales de instancia. Así, el fundamento jurídico cuarto de la STS 750/2008, de 12 de noviembre, dispone textualmente: "(...) entendemos que la Sala de instancia incurrió en un evidente error 'iuris' al privar de un derecho tan importante (y sagrado) como es el de la patria potestad a un padre respecto a un hijo menor (cuatro años) que nada tenía que ver con la actividad delictiva por la que aquél fue juzgado ...". Sin embargo, tras la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2015 el hilo argumental sobre la falta de ese nexo causal cambia. Y es que la Sala de lo Penal no tiene dudas con respecto a señalar la existencia de un nexo causal entre el delito recogido en el *factum* de la sentencia de instancia (asesinato de la madre por el recurrente efectuado en presencia de la hija menor) y el derecho al desarrollo integral de la menor. Así, se observa un desplazamiento del foco de atención, que pasa del 'sacro' ejercicio de la patria potestad a que se refería la sentencia 750/2008 a la protección del interés superior de los menores.

2- Reconocimiento expreso de la violencia vicaria:

En este sentido, se registró en el mes de diciembre de 2021, una enmienda a la Ley de Garantía de la Libertad Sexual, actualmente en trámite en el Congreso con la intención de incluir una disposición final que recoja una modificación para introducir en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género el término violencia vicaria. Como ya hemos dicho, en su redacción actual, la norma dice que la violencia de género "también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad" por parte de "quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad". Sin embargo, no recoge el término concreto de 'violencia vicaria'.

3- Coordinación Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Familia

El asesinato de un niño de 11 años en la localidad valenciana de Sueca por violencia vicaria puso de manifiesto deficiencias de coordinación entre los órganos judiciales con competencia en materia de familia. En este caso se tramitaron paralelamente dos procedimientos, uno civil y otro penal. Los padres del menor asesinado presentaron

en julio de 2021 una demanda de divorcio de mutuo acuerdo ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Sueca, competente en materia de Familia con un convenio regulador que establecía un régimen de custodia compartida respecto del menor de edad. Un mes más tarde, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Sueca, con competencias en materia de violencia sobre la mujer, celebró un juicio rápido contra el hombre en el que resultó condenado como autor de un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia de género, entre otras, a la pena accesoria de 8 meses de alejamiento y prohibición de comunicación con respecto a su exmujer. Además, se otorgó la custodia y la patria potestad a la madre, y se suspendió cualquier régimen de visitas del progenitor.

Sin embargo, un mes más tarde, en septiembre, ambos cónyuges ratificaron el Juzgado de Primera Instancia 5 el convenio regulador presentado en julio que establecía la custodia compartida y se dictó la sentencia correspondiente.

Ninguna de las partes comunica la existencia de un segundo procedimiento, pero es que, ante esa carencia, no existe a día de hoy, ningún sistema informático de coordinación entre Juzgados que alerte de la concurrencia de los requisitos establecidos por los Art. 92 y 94 CC a la luz de la reforma introducida por LO 8/21 en cuanto a custodia compartida y régimen de visitas en casos de violencia de género, permitiendo así la operatividad real de las medidas que se introducen en la ley a fin de proteger de manera real y eficaz a los menores y a sus madres. Se hace, por tanto, preciso que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tengan cabal conocimiento de los procedimientos civiles de familia que se incoan y tramitan respecto de la partes implicadas en los procedimientos penales por violencia de género y, a la inversa, que los Juzgados de Primera Instancia que conozcan de esos procedimientos de familia, también tengan puntual conocimiento de los procedimientos penales que existan o que se incoen durante la tramitación de aquel en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y, para ello, es necesario un sistema informático único, o la integración de los diferentes sistemas informáticos existentes en España, que permita acceder a toda esa información en todo el territorio nacional, y un sistema de alertas que puedan advertir a los jueces y fiscales de la existencia de esos procesos.

En esta materia la Fiscalía de Sala de Violencia sobre la Mujer ha dictado nota el 11 de abril de 2022 sobre atracción competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia de familia recordando que el **art. 87 ter de la L.O.P.J.** atribuye a éstos de forma exclusiva y excluyente la competencia para conocer de los procedimientos civiles incluidos en el párrafo 2º cuando concurren los presupuestos del párrafo 3º, atracción competencial que se produce hasta que finalice el procedimiento penal en todas sus fases, incluida la ejecución de la sentencia condenatoria (**AATS d17 de noviembre de 2011/15 y de 30 de marzo de 2016**).

Del mismo modo, el **Artículo 49 bis de la Lec** establece la pérdida de competencia del Juez Civil en tres situaciones diferentes:

a- Cuando durante la tramitación del procedimiento de familia tuviera conocimiento de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección

En este caso, el Juez de Familia “tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral”, entendiéndose iniciada esta fase solo con el comienzo de la vista o, en el caso de procedimientos de mutuo acuerdo, con el acto de ratificación del convenio regulador (AATS de 19 de enero de 2007; de 18 de octubre de 2007; de 24 de septiembre de 2008; de 25 de marzo de 2009; de 8 de octubre de 2013; de 6 de mayo de 2015; de 16 de marzo de 2016, de 11 de abril de 2018)

b- Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal ni a dictar una orden de protección;

En este caso procederá la convocatoria de comparecencia a la que se citará al Ministerio Fiscal y a las partes para que el a fin de que el Fiscal tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos y, de manera inmediata, decida si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el juzgado de Familia, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

c- Cuando sea el Juez de Violencia sobre la Mujer el que esté conociendo de una causa penal por violencia de género y tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil de familia entre las mismas partes, tras verificar la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Juzgado de Familia que deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

Insiste a continuación en la necesidad de optimizar el uso de los recursos de que disponemos a fin de asegurar el cumplimiento de estas previsiones legales, así:

- El Sistema de registro de la Administración de Justicia (SIRAJ) que incluye el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

Si bien es cierto que en el mismo se anotan exclusivamente los procedimientos de violencia de género en los que se hayan acordado medidas cautelares o dictado sentencia condenatoria, lo que no nos permitiría conocer la existencia de otros procedimientos por violencia de género en trámite respecto de los cuales no se hayan acordado medidas cautelares.

- Extremar la diligencia siguiendo determinadas pautas de actuación tales como :l

a) Cuando se tenga conocimiento de que están en trámites de separación, divorcio o que se haya iniciado un procedimiento para la regulación de las relaciones paternofiliales se deberá interesar del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que se requiera de inhibición al Juzgado de Primera Instancia que lo esté tramitando, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral en los términos establecidos jurisprudencialmente (inicio de la vista o se haya efectuado el acto de ratificación del convenio).

b) En relación a los procedimientos de familia que se están tramitando en los Juzgados de Primera Instancia, cuando se de traslado al Fiscal y antes de emitir el informe que proceda, se deberá consultar el SIRAJ o cualquier otros sistema de información a su alcance para que, dentro de sus posibilidades, si existe un procedimiento penal de violencia de género entre las mismas partes en trámite y, si así se constata, se interese la inhibición al Juzgado de Violencia sobre al Mujer de conformidad con el art. 49 bis de la LEC y 87 ter de la L.O.P.J.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS:

- VI congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (CGPJ) **Problemas Competenciales. Relación de análoga afectividad. Menores víctimas ambientales o instrumentales.** Teresa Peramato Martín Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer.

-**Estudio de la universidad Complutense de Madrid. “Así es la violencia vicaria, la expresión más cruel de la violencia de género” Isabel Tajahuerce Ángel.** Directora del Máster Propio del Instituto de Investigaciones Feministas de la UCM *Violencia de Género: prevención e intervención desde diversos ámbitos profesionales.* Profesora de Comunicación y Género en el Departamento de Periodismo y Comunicación Global de la Facultad de Ciencias de la Información, y Delegada del Rector para Igualdad. **Magdalena Suárez Ojeda.** Profesora Derecho Administrativo UCM. Especialista “Juzgar con perspectiva de género” y Directora de la Unidad de Igualdad.

-**Boletines estadísticos mensuales (2012-2021) de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género**

-**Dictamen adoptado por el Comité CEDAW en 2014 sobre el asesinato de Andrea a manos de su padre, hija de Ángela González**

-**Fichas de víctimas mortales (mujeres y menores) de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género**

-**Informe *La violencia vicaria. Una grave manifestación de violencia sobre la mujer,* de la fiscal Rosa Guiralt (Centro de Estudios Jurídicos, 2019)**

-**Informe *Violencia de género: protección de las víctimas menores,* de la fiscal María Jesús Cañadas (Centro de Estudios Jurídicos, 2019)**

- **Novedades jurídicas frente a la violencia de género y doméstica no denunciada. Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona**



Centro de
Estudios
Jurídicos



Centro de
Estudios
Jurídicos