



UNIVERSIDAD DE BURGOS

FACULTAD DE DERECHO

Doctorado en Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales

**LA MATERIA CIVIL EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, LA
PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN.**

MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTORA
PRESENTADA POR D. ^a María del Carmen Sanz García.

DIRECCIÓN D. José María Julio de la Cuesta Sáenz.



Burgos, 2021

AGRADECIMIENTOS.

Era más fácil pensar una dedicatoria, como a veces surgían sin querer, cuando imaginaba que terminaba mi trabajo, que escribirla hoy, pero no puedo dejar de dar las gracias, a todos los que me han ayudado a recorrer este largo y difícil camino, porque, en realidad hacer una tesis doctoral es “como poner puertas al campo”, una labor de investigación, de recopilación, en la que cada lectura, cada artículo, cada revisión, te lleva a algo nuevo, interesante, que puedes estudiar, ver como aportar algo en relación a ello, e incluirlo en la misma, y por fin te das cuenta que debes acotar el camino que has andado, puesto que si no el trabajo se hace casi interminable.

A D. José María de la Cuesta Sáenz, mi director, por su generosidad, paciencia, comprensión, por el tiempo y esfuerzo dedicado a la atención de mis dudas, sin el cual esta tesis no habría sido posible.

A mis padres y a toda mi familia, que me animaban a terminar, pero en especial a mi marido y a mis hijos, que han vivido con inquietud, paciencia, resignación, y a veces algo de tensión, las múltiples horas que he dedicado a mi trabajo, gracias por su ánimo, a veces su pizca de presión, su enorme cariño, ayuda y apoyo.

A mi “otra familia”, mis amigos, a todos y cada uno ellos, a los que tanto muy cerca de mí, como en la distancia, siempre están conmigo, me han comprendido, ayudado y animado a seguir en todo momento, sin dejarme pensar en ninguna otra posibilidad.

A todos, os agradezco haber recorrido conmigo este camino, y ayudarme a llegar hasta el final.

“In itinere veritas”.

Es tan difícil ser justo, que la prudencia exige ser indulgente”.

Anónimo

SUMARIO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.	1
-------------------------------------	---

CAPÍTULO PRELIMINAR.

1. Introducción: planteamiento general y opción personal por este trabajo.....	4
2. Objetivos que se pretenden.....	7
3. Estructuración y contenido.....	10

CAPÍTULO I: LA LEY INTEGRAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL ÁMBITO CIVIL.

1. Aproximación a la Ley Integral de Violencia de género desde el ámbito civil.....	15
1.1. El concepto de violencia de género.....	16
1.2. Sistemática de la ley.....	17
1.2. El juzgado de violencia sobre la mujer.....	23
2. Determinación de la competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer.....	27
2.1. Las materias objeto del procedimiento civil de violencia: la competencia objetiva.....	27
2.1.1. Atribución de competencia por razón de la materia.....	28
2.1.2. Competencia según la persona.....	42
2.1.3. Competencia según la actividad precedente.....	44
2.2. Competencia territorial.....	44
2.3. Competencia funcional. Problemas que plantea su determinación.....	46
3. Conflictos de competencia. El artículo 49 <i>bis</i> de la LEC.....	54
3.1. El apartado nº 1 del artículo 49 <i>bis</i> de la LEC.....	57
3.2. El apartado nº 2 del artículo 49 <i>bis</i> de la LEC.....	62
3.3. Los apartados nº 3, 4 y 5 del artículo 49 <i>bis</i> de la LEC.....	63

4. Los procedimientos civiles en los juzgados de violencia de género.....	65
4.1. Evolución de los asuntos civiles.....	68
4.2. Incidencia de la violencia en el procedimiento civil.....	71
4.2.1. Si no hay procedimiento civil iniciado.....	71
4.2.2. Si el procedimiento civil está iniciado.....	74
4.2.3. Aspectos comunes a ambos supuestos.....	75
4.3. La necesidad de coherencia entre los pronunciamientos de los juzgados de violencia sobre la mujer	75
5.- Breves apuntes sobre Derecho internacional privado.....	77
5.1. Derecho internacional privado, violencia de género y orden público.....	80
5.2. Materias objeto de conocimiento en estos juzgados.....	83

CAPÍTULO II: MEDIDAS CAUTELARES CIVILES EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL, MEDIDAS CAUTELARES PENALES CON CONTENIDO CIVIL, EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL.

1. Las medidas cautelares civiles, en el procedimiento civil.....	100
2. Medidas cautelares penales con contenido civil, en el procedimiento penal.....	102
2.1. Medidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	103
2.1.1. El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	103
2.1.2. El artículo 544 <i>bis</i> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	103
2.1.3. La orden de Protección.....	109
2.1.3.1. Principios y características.....	112
2.1.3.2. Presupuestos, legitimación y procedimiento a seguir para su adopción.....	114
2.1.3.3. Contenido de las medidas civiles de la orden de protección.....	127
2.1.3.4. Cuestiones complejas en la adopción de medidas.....	131
2.1.3.5. La orden europea de protección.....	137

2.1.4. El artículo 544 <i>quinquies</i> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	142
2.2. Medidas civiles en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.....	144
2.2.1. La permuta de la vivienda habitual.....	150
3. La valoración del riesgo, criterios y herramientas.....	150
4. El artículo 158 del Código Civil.....	155
4.1. Evolución.....	155
4.2. Contenido de las medidas.....	157
4.3. Presupuestos, legitimación y procedimiento.....	163

CAPÍTULO III: LA PATRIA POTESTAD, EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

1. El interés superior del menor.....	168
1.1. Concepto y contenido del interés del menor.....	171
1.2. Interés superior del menor y violencia de género.....	175
1.3. La audiencia del menor.....	176
2. Concepto y regulación general de la patria potestad en el Código Civil.....	187
2.1. Contenido y ejercicio.....	189
2.2. Exclusión, suspensión, extinción y privación.....	193
2.3. El concepto de responsabilidad parental.....	195
3. Patria Potestad y violencia de género.....	199
3.1. La patria potestad en el ámbito penal.....	203
3.1.1. En relación a los delitos de violencia de género.....	206
3.1.2. Evolución de la jurisprudencia del TS sobre estas penas.....	208

CAPÍTULO IV: LA GUARDA Y CUSTODIA EN VIOLENCIA DE GÉNERO. PROHIBICIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

1. Factores a tener en cuenta para su determinación. Tipos de guarda y custodia.....	214
2. Guarda y custodia en violencia de género.....	218
2.1. Guarda y custodia individual.....	220
2.2. Guarda y custodia compartida, estudio del artículo 92.7 del CC.....	221
2.2.1. Diferentes supuestos de la incidencia de la violencia.....	227
2.2.2. Factores a tener en cuenta en violencia de género.....	229
2.2.3. El plan de corresponsabilidad parental.....	230
2.2.4. Legislación de las Comunidades Autónomas.....	233
2.2.5. Evolución de la jurisprudencia del T.S.....	237
2.2.6. Diferentes posturas sobre su alcance y aplicación.....	244
2.3. Guarda a favor de terceros.....	248

CAPÍTULO V: RÉGIMEN DE VISITAS Y PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD, Y OTRAS MEDIDAS A ADOPTAR EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES DE VIOLENCIA.

1. El régimen de visitas en violencia de género antes de la Ley 8/21, de 2 de junio.....	251
1.1 Fijación, desarrollo y supervisión del régimen de visitas en violencia de género	252
1.1.1. Desarrollo y supervisión.....	256
1.1.2. Modificación y suspensión.....	260
1.2. Aspectos comunes de la guarda y custodia y el régimen de visitas.....	261
1.2.1. La actuación del Ministerio Fiscal.....	261
1.2.2. El informe del equipo técnico psicosocial.....	261
1.2.3. La situación de riesgo, su evaluación.....	263
1.2.4. El síndrome de alienación parental.....	264

1.3. El papel de los puntos de encuentro familiar en violencia de género. El coordinador de parentalidad.....	267
1.3.1. Concepto y objetivos desde un punto de vista general.....	267
1.3.2. El punto de encuentro familiar en violencia de género.....	271
1.3.3. El coordinador de parentalidad.....	274
1.3.3.1. Funcionamiento.....	277
1.3.3.2. El coordinador de parentalidad en violencia de género.....	280
2. El Régimen de visitas en violencia de género, después de la Ley 8/21, de 2 de junio.....	281
3. Suspensión del régimen de guarda y visitas en tiempo de pandemia. El estado de alarma.....	283
3.1. Origen y normativa legal.....	283
3.2. Incidencia del estado de alarma en la materia civil de violencia de género.....	288
3.2.1. Situación a valorar.....	288
3.2.2. Desarrollo de los sistemas de estancia y régimen de visitas en el estado de alarma.....	290
4. Otras medidas que se deben adoptar.....	297
4.1. Atribución del domicilio familiar.....	297
4.2. Pensión por alimentos.....	301
4.3. Pensión compensatoria.....	307
4.4. El reparto de las cargas familiares.....	309

CAPÍTULO VI: PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

1. Mediación, otra forma de solución de los conflictos.....	313
1.1. Confusión terminológica: Justicia Restaurativa “ <i>versus</i> ” Mediación.....	315
2. La Mediación.....	320

2.1. Evolución legislativa: En Europa y en España.....	320
2.2. Concepto, principios y clases de mediación.....	323
2.2.1. Principios de la mediación.....	324
2.2.2. Clases: penal, civil, mercantil y familiar.....	327
3. Prohibición de la mediación en violencia de género.....	336
3.1. Alcance de la prohibición del artículo 44 de la LIVG.....	337
3.2. Posibilidad de introducir la mediación en violencia de género.....	341
3.2.1. Los escollos a salvar para su introducción: la vulnerabilidad y la seguridad.....	343
3.2.1.1. Vulnerabilidad, desigualdad y desequilibrio de poder..	344
3.2.1.2. La necesidad de seguridad.....	351
3.2.2. Situaciones después de una denuncia por violencia que no prospera.....	352
3.2.3. Desajustes de la ley.....	354
4. Introducción de un procedimiento de mediación familiar.....	359
4.1. El procedimiento de mediación.....	359
4.2. Los equipos técnicos de mediación.....	366
4.3. Conclusiones sobre el procedimiento intrajudicial de mediación civil en violencia de género.....	369
5. Ventajas e inconvenientes de la mediación.....	371
5.1. Críticas y dudas sobre la mediación.....	376
6.- El Futuro de la Mediación, conclusiones.....	377
CONCLUSIONES.	383
COLORARIO.	391
BIBLIOGRAFÍA.	393

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

ADR: Alternative Dispute Resolution ADR, medios alternativos de resolución de conflictos.

AEAFA: Asociación española de abogados de familia.

AP: Audiencia Provincial.

ASEC: Acuerdos sobre Solución Extrajudicial de Conflictos.

Artículo: Art.

BOA: Boletín Oficial de Aragón.

BOC: Boletín Oficial de Cantabria.

BOCL: Boletín Oficial de Castilla y León.

BOCM: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOIB: Boletín Oficial de las Islas Baleares.

BOJA: Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

BOPA: Boletín Oficial del Principado de Asturias.

BOPV: Boletín Oficial del País Vasco.

CA: Comunidad autónoma.

CC: Código Civil.

CDN: Convención de Derechos del Niño, de la ONU, de 20-11- 89.

CEE: Comunidad Europea.

CE: Constitución Española.

CEJ: Centro de estudios judiciales.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CMC: Civil Mediation Council

CoPa: Coordinador de parentalidad.

COVID-19: Enfermedad infecto-contagiosa causada por un coronavirus que se ha descubierto más recientemente, en 2019 en China.

CP: Código Penal.

CUEMYC: Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto.

D: Decreto.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

DIPr: Derecho internacional privado.

DOCM: Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

DOGA: Diario Oficial de Galicia.

DOGC: Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña.

DOGV: Diario Oficial de la Comunidad Valenciana.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

DP: Diligencias previas.

DUD: Diligencias urgentes.

ECOSOC: Principal órgano de coordinación de las actividades económicas y sociales de las Naciones Unidas.

ECODIR: Electronic Consumer Dispute Resolution Platform.

ECTS: European Credit Transfer System.

EEUU: Estados Unidos.

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

ETPS: Equipo técnico psicosocial.

FGE: Fiscalía General del Estado.

FMC: Family Mediation Council.

GEMME: Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación.

GyC: Guarda y custodia.

GyCc: Guarda y custodia compartida.

GREVIO: Comité creado por el Convenio de Estambul para vigilar su aplicación. Comenzó a funcionar en mayo de 2015

JR: Justicia restaurativa.

JVSM: Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

LA: Ley de Arbitraje.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECr.: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LEVD: Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito.

Lgs.: Legislativo.

LIVG: Ley Orgánica 1/04 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LJV: Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

JV: Jurisdicción voluntaria.

JVSM: Juzgado de violencia sobre la mujer.

LM: Ley de Mediación.

LOEAES: Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOPJM: Ley Orgánica de protección jurídica del menor.

LORRPM: Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores.

LPL: Ley de Procedimiento Laboral.

LRM: la Ley 23/14, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

LSC: Legal Services Commission.

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria.

MARC: Métodos Alternos de Resolución de Conflictos.

MASC: Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.

MEDARB: Mediación-Arbitraje.

MF: Ministerio Fiscal.

OAVD: Oficina de atención a las víctimas del delito.

ODR: Online Dispute Resolution.

OP: Orden de Protección.

Página: p.

PEF: Punto de encuentro familiar.

RAC: Resolución Alternativa de Conflictos.

RAE: Real Academia de la Lengua.

Ref.: Referencia.

Rv: Régimen de visitas.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SAV: Servicio de atención a las víctimas de violencia.

SIMA: Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje.

SIP: Sesión informativa previa.

SIRAJ: Sistema de registros administrativos de apoyo a la administración de justicia.

SMAC: Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

SP: Sobreseimiento Provisional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TARC: Técnicas Adecuadas de Resolución de Conflictos.

TC: Tribunal constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

UNCITRAL: United Nations C.

UVIF: Unidades valoración integral forense.

VIOGÉN: Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

CAPÍTULO PRELIMINAR.

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO GENERAL, Y OPCIÓN PERSONAL POR ESTE TRABAJO.

La “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, (*en adelante LIVG*), ha sido estudiada de forma amplia y minuciosa, desde los diferentes ámbitos penales y procesales, sin embargo lo ha sido mucho menos, desde el ámbito civil. En los juzgados de violencia sobre la mujer, (*en adelante JVSM*), además de ventilarse la responsabilidad penal en relación al delito cometido, se dirimen todas cuestiones civiles que afectan al matrimonio, la pareja, así como a la familia, ya que una vez iniciado el procedimiento penal de violencia, tanto si existía un procedimiento anterior en la vía civil, como sí se presenta uno nuevo, ambos se verán en estos juzgados de violencia, pero ya afectados por una serie de especialidades importantes, derivadas de la materia que atrae su competencia.

Desde que entró en vigor la LIVG, el 28-01-2005, (salvo el Título IV y el V que lo hicieron 6 meses después), ha tenido una fuerte vocación de permanencia, y ha sufrido muy pocas modificaciones, sin embargo, *más de 15 años después, la materia civil sigue siendo la gran “olvidada”*. Es cierto que la primera intervención es la penal, la que marca la situación, y es de la mano de ésta, de la que caminan luego las diferentes medidas civiles que se adoptan, pero no por ello son menos importantes ni trascendentes, y en mi opinión, no se les ha dedicado la atención que merecen. Las tesis doctorales, estudios doctrinales, libros especializados, cursos, másteres, se centran en el ámbito penal, procesal, sociológico, psicológico, etc. pero, ¿y el ámbito civil?

Pretendo investigar la situación de esta materia en violencia sobre la mujer, que también ha sido afectada por “avalancha legislativa” que se produjo en el año 2015, y sobre la que se ha pasado prácticamente de puntillas. Reformas, que no fueron precisamente meditadas, en cuanto a la necesidad de su concordancia con otras normas, sus lagunas, las modificaciones de importantes leyes, a través de disposiciones finales de otras...que exigieron a los operadores jurídicos una importante labor de estudio e interpretación, en aras a la realización de la justicia, y la necesidad de velar por la legalidad y los derechos de los ciudadanos. Por ello, se debe hacer un estudio conjunto de la principal legislación vigente en esta materia: LIVG, Ley Orgánica del poder judicial, (*LOPJ*), Ley de Enjuiciamiento Civil, (*LEC*), Ley de Enjuiciamiento Criminal, (*LECr*), Ley del Estatuto de la Víctima, 4/2015, de 27 de abril, (*LEVD*), (BOE 28 de abril de 2015, entrada en vigor el 28 de octubre de 2015), Código Penal (*CP*), Ley de Jurisdicción Voluntaria, (BOE de 3 de julio de 2015, entrada en vigor el día 23 de julio de 2015), (*LJV*), L.O. 8/15 de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (BOE de 28 de julio, entrada en vigor el 28-08-2015), acercándonos a todas ellas, desde el punto de vista civil de violencia.

Recientemente se han publicado dos leyes muy importantes, que reforman buena parte de las anteriores, y de las que es necesario realizar un breve apunte, son: 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, (BOE de 03-06-2021), y que según su disposición final tercera, entrará en vigor el día 3-09-

2021 y la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, (BOE de 5-06-2021), que según su disposición final vigésimoquinta, tiene una entrada en vigor inmediata, y una entrada en vigor diferida, de hecho ya está en vigor desde el 25-06-21, salvo lo previsto en los artículos: 5.3, 14.2, 14.3, 18, 35, y 48.1.b) y c) que producirán efectos a los 6 meses de la entrada en vigor de la ley, y lo previsto en la disposición final decimocuarta, que producirá efectos a partir del 1 de enero de 2022.

La elección de esta materia, viene también dada por mi trabajo como Abogada Fiscal adscrita a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, realizando mi labor en los JVSM de Madrid capital, prácticamente desde que entró en vigor la LIVG. En ese momento se crearon tres JVSM, poco tiempo después entró en funcionamiento el JVSM Bis, y dado el volumen de trabajo, se ha llegado a la creación de 11 juzgados que son los que funcionan en la actualidad. También he conocido el trabajo en los juzgados mixtos, que en sede de instrucción desarrollan el trabajo de un JVSM, en ausencia de este, cuando mi destino estaba en los juzgados de 1ª instancia e instrucción de Colmenar Viejo, encargándome desde el año 2017, hasta la actualidad, junio de 2021, del JVSM de Arganda del Rey. Mi destino en la sección de enjuiciamiento penal, que con el tiempo también pasó a especializarse con la creación de juzgados de lo penal, con competencia exclusiva de violencia, actualmente son cinco en Madrid, los juzgados nº 33 a 37, juzgados que están colapsados y necesitan un importante refuerzo; y por último también he realizado el despacho de las ejecutorias penales de violencia. Desde mi experiencia profesional, más de 15 años desarrollando el importante trabajo del Ministerio Fiscal (*en adelante MF*), en las distintas fases del procedimiento de violencia, he podido realizar un seguimiento del procedimiento judicial, desde su inicio hasta su final, instrucción, enjuiciamiento y cumplimiento de las penas, por lo que puedo aportar una visión global de la realidad y funcionamiento del mismo.

También influye en el desarrollo de este estudio, mi experiencia inicial de trabajo, que si bien no fue con esta materia, supuso el conocimiento de primera mano, de la responsabilidad, punto de vista, y funciones que desarrollan jueces y magistrados, durante el tiempo que preste servicios como juez y magistrada adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en la ciudad de Palencia. Por lo tanto creo que puedo aportar una visión de las diferentes funciones que jueces y fiscales realizan, con la importancia que ambos tienen en el desarrollo del procedimiento, pero desde sus distintas perspectivas.

Al desempeño de dichos trabajos, se ha tratado de aplicar, los conocimientos adquiridos como criminóloga, y más tarde la fuerte influencia que formar parte de GEMME España, (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación), ha tenido en descubrir y desarrollar una visión completamente distinta de lo que es la mediación.

En el presente estudio, hay una aportación importante de la práctica diaria, “del mundo real” al que nos enfrentamos, en una materia muy difícil, ya que el derecho penal se introduce en el mundo de las relaciones personales más íntimas del ser humano, con los problemas que ello conlleva, con las difíciles decisiones que se deben tomar, valorando cada una de las situaciones que se nos presentan. Tomar decisiones trascendentales para estas personas, con escasos datos, falta de medios, y un gran volumen de trabajo. Pese a ello, esta situación se intenta sobrellevar gracias a la profesionalidad, generosidad e interés de la mayoría de las personas que desarrollando sus diferentes funciones, trabajan en estos juzgados. Desde mi punto de

vista, esta materia es mucho más importante de lo que se explica a la sociedad y se entiende por esta. Dentro de los avances sociales que tenemos pendientes, está uno de los más importantes, y menos explicado: asimilar, que la ruptura con la pareja, lo es sólo con ella, y a nivel puramente sentimental, y más cuando existen hijos comunes. Parece obvio, pero no se entiende, ni se explica bien, esa pareja estará vinculada a través de sus hijos toda la vida, de ahí lo importante de canalizar la ruptura de una forma civilizada, tanto para la familia, como para la sociedad.

“Los procesos de separación y divorcio son cada vez más frecuentes en nuestra sociedad. En muchas ocasiones, estos procesos suponen una situación de crisis en las personas, sobre todo en los hijos, que son quienes sufren y padecen la mayoría de las consecuencias. Cuando las separaciones se vuelven conflictivas (NEFF y COOPER, 2004) (2), los progenitores manifiestan una incapacidad para resolver los conflictos, se vuelven más hostiles, aumenta sus niveles de litigiosidad, se provocan enfrentamientos verbales e incluso físicos y utilizan a los hijos como arma arrojadiza para hacer daño al otro. La manera tradicional de intentar resolver las crisis derivadas de una ruptura familiar (separación o divorcio), o al menos el único punto de partida que existía para hacer frente a estas situaciones era mediante procesos contenciosos. En este proceso, una tercera persona con la autoridad que le determina la legislación, regula la forma de interacción posterior entre los litigantes, bien de los elementos materiales o de los aspectos relacionales. Los Juzgados se han visto ineficaces para resolver las cuestiones de disputa familiar, más allá de la determinación de las cuestiones legales (en relación con las cuestiones económicas o de los menores implicados) que afectan a las rupturas familiares.

Los procedimientos judiciales no pueden dar una respuesta a las verdaderas dificultades que tienen estos procesos. Es más, debido a la presencia de la autoridad judicial, los progenitores han utilizado estos procesos como medio donde intentar hacer culpables a los otros y en ocasiones utilizar a los hijos a favor de los intereses personales de uno u otro. Hasta hace unas décadas no ha existido una respuesta adecuada por parte de las instituciones jurídicas o sociales en la intervención, apoyo y asesoramiento de las familias que pasan por un proceso de separación conflictivo en la que hay menores y no son capaces de generar una dinámica efectiva en el cumplimiento del régimen de visitas posterior a la ruptura”.¹

Los problemas en las rupturas, no son exclusivos de violencia de género, y sin llegar a este nivel, existen situaciones en los juzgados de 1ª instancia/familia, con una altísima conflictividad. La situación real en relación a la regulación y desarrollo de las relaciones familiares en los JVSJM, es común con sus homólogos civiles sin violencia, son procedimientos que no terminan nunca, con una espiral de sucesivos procedimientos, escritos, ejecuciones, que principalmente desgastan, no sólo a los juzgados, sino principalmente a sus protagonistas, influyendo de forma negativa en la sociedad, por cuanto, instauran el conflicto de forma permanente, con sus importantes costes emocionales y económicos.

La sociedad actual, debería entender, que uno de sus principales problemas, es mantener la “batalla judicial sostenida” en la ruptura de la pareja o de la familia. Esta

¹ DE LA TORRE LASO, J., “La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial”, en *Diario La Ley* Nº 8993, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 5 de junio de 2017, p. 2. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 19-02-2021).

ruptura por civilizada que sea, siempre es traumática, pero si añadimos problemas de comunicación entre las partes, tensiones internas, y falta de habilidades para resolver el conflicto, tendremos una ruptura altamente conflictiva. En estos casos como primer recurso se acude a la vía judicial, planteando una guerra en la que debe haber vencedores y vencidos, una lucha en la que uno gana si se adoptan sus pretensiones, y cuando por obvio que parezca, no se entiende, que en estos casos “pierden todos”, los progenitores, sus hijos, sus familiares, sus amigos y la sociedad, sin que por ende el problema haya sido resuelto. Por ello, me sumo a los firmes partidarios de la introducción de la mediación, como el más útil mecanismo de resolución de conflictos en esta materia, y por lo tanto, también en violencia de género.

2. OBJETIVOS QUE SE PRETENDEN.

El objetivo fundamental que se pretende, es ofrecer una visión del ámbito civil de violencia, determinar su contenido, las materias que abarca con un carácter general, ya que ha sido menos estudiado, porque como hemos dicho, la primera intervención urgente es la penal, estamos de acuerdo, pero se olvida que la vía civil tiene una trascendencia vital muy importante, por cuanto resuelve la situación de la pareja/familia a nivel personal, social y económico. De hecho la situación de conflicto familiar puede desembocar en una situación violenta, o esta última llevar a la crisis familiar, pero en ambos casos, el ámbito civil es de una extraordinaria importancia, por cuanto su pervivencia, y más si hay hijos en común, va a ser duradera, sin embargo el procedimiento penal tiene un lapso procedimental tasado, más corto, un con inicio y final claros, pero las relaciones familiares con hijos en común no. Contemplar una visión general, es importante para comprobar la situación en la que nos encontramos, detectando los problemas y posibles soluciones en su caso.

Dentro de esa visión, se pretende también exponer las medidas que se pueden adoptar, en la regulación propiamente civil, ya que hay dos formas diferentes de acercarse al contenido de estas, *desde el estudio del contenido de las medidas puramente civiles, o desde el estudio de las medidas penales que tienen un contenido civil.*

A) *El estudio del contenido de las medidas civiles en el procedimiento civil* que se aplica en los JVSJM, como órganos que desarrollan funciones civiles, supone abordar el estudio de sus competencias, los procedimientos, y las resoluciones que se pueden acordar, ya que no hay un traslado automático a la vía civil de violencia de las normas comunes, existiendo peculiaridades importantes como la prohibición de la mediación, o de la custodia compartida.

B) *El estudio de las medidas penales con contenido civil*, que adopta el JVSJM como juzgado instructor, el juzgado de instrucción en funciones de guardia, y el juzgado de lo penal de violencia en el ámbito del procedimiento penal, supone determinar el alcance civil de las resoluciones que adoptan en el procedimiento penal. En sede de instrucción, el catálogo de medidas que estudiaremos, pueden adoptarse desde el ámbito de la LECr, de la LIVG, y del artículo 158 del CC. En relación al juzgado de lo penal, éste a lo largo de su tramitación también puede adoptar medidas, a través del artículo 158 del CC, o el artículo 544 *quinquies* de la LECr, y en sus sentencias al aplicar penas, que tengan un contenido civil, y este contenido deba ser trasladado luego al ámbito civil, pero su estudio excede nuestro trabajo, por lo que únicamente haremos una breve referencia a la privación de la patria potestad como pena.

El objetivo fundamental es la defensa de la mediación, cuestionando su prohibición, dado que cuanto más se estudia y se comprende este procedimiento, más favorable y beneficioso se determina su aplicación. ¿Porqué prohibirla con carácter general?² ¿Por qué mantener a priori, sin más, la existencia de una situación de vulnerabilidad de la mujer? ¿Por qué no puede ser ella, protagonista de sus propias decisiones? ¿No conocen mucho mejor las partes, su situación real y sus necesidades, que el juez, el fiscal, o su abogado? Intentaremos responder estas preguntas.

Por último, indicar que la estructura de este trabajo se ha transformado en dos ocasiones. La primera cuando prácticamente había terminado mi estudio, decidí rehacer parte del contenido en varios capítulos al producirse un hecho nuevo y terrible, el día 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud, elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por una enfermedad infecto-contagiosa, causada por un coronavirus descubierto en China en el año 2019, (*en adelante Covid-19*) a pandemia internacional. El RD 463/2020, de 14 de marzo, (*en adelante RD de estado de alarma*), declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 en España, y establecía una situación de confinamiento que afectaría a nuestra vida y a todos los ámbitos de la sociedad, que aún lo sigue haciendo, y también lo hará en el futuro. Por ello entiendo que se debe incluir, aunque sea brevemente, como ha influido esta situación en las medidas civiles de violencia de género.

Este decreto fue prorrogado hasta seis veces, finalizando su vigencia el día 21 de junio de 2020, a las 00:00 horas.³ Desde un punto de vista cronológico, los meses de marzo y abril trajeron un sinfín de normas, algunas sin mucho sentido, pero en este caso, sólo en relación a los primeros meses, admitir en descargo de nuestros legisladores que “la pandemia ha pillado al Derecho desprevenido y hay que admitirlo”.⁴

La paralización general era necesaria por motivos sanitarios muy graves, pero en ese momento de crisis era necesario garantizar a los ciudadanos que el Estado de Derecho funcionaba; y así, el día 19 de marzo de 2020, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, (*en adelante CGPJ*), emitió un comunicado, en relación con la prestación de servicios esenciales en el ámbito de la administración de justicia,⁵ en el que señalaba: “El Estado de Derecho es esencial para la existencia y

² De hecho en la reciente Ley 4/15 de 27 de abril LEVD, se reconoce la mediación penal para que la víctima se sienta satisfecha, salvo en la violencia de género donde ésta prohibida.

³ Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma; 2ª prórroga, Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; 3ª prórroga, Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, 4ª prórroga, Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo; 5ª prórroga, Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo; y 6ª y última prórroga, Real Decreto 555/2020, de 5 de junio.

⁴ GARCÍA FIGUEROA, A., “Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación, Un apunte de teoría del Derecho para la crisis del COVID-19”, en la *Revista “Almacén de derecho”*, 8 de abril de 2020, p. 1, cita de Xavier Arbós. Revista on line Ed. Mirada 360º. Disponible en: <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion/> (Última visita, 26-07-2020).

⁵ Se remitía a los acuerdos de fecha, 11, 13, 14, 16 y 18 de marzo de 2020, adoptados para asegurar la continuidad de la prestación del servicio en los Juzgados y Tribunales de toda España.

subsistencia de la Nación, y en momentos de crisis, es cuando su vigencia y permanencia debe hacerse evidente para los ciudadanos, permaneciendo abiertos, y dotados con el personal necesario para asegurar la protección de sus derechos”, como así ocurrió.

Sin estado de derecho no hay libertad, y si bien, “La salud es la primera de todas las libertades”, (Henri-Frédéric Amiel), nunca se debe olvidar, que el Estado de derecho es la única garantía de la posibilidad del desarrollo de ambas.

Durante los meses de marzo, abril, mayo, y hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, la situación fue excepcional, y a efectos de nuestro estudio, las normas dictadas fueron también las aplicables a la normativa general civil, si bien con la incidencia especial de la violencia de género. Las medidas que se adoptaron en relación a la epidemia como la puesta en marcha del teletrabajo, evitar en lo posible todos los desplazamientos, potenciar el uso de videoconferencias, zoom, videollamadas,...en la medida que no resultase imprescindible, evitar la presencia física, fueron medidas que cambiaron nuestra forma de trabajar, pero el trabajo esencial no paró, y menos en violencia de género. El servicio público de justicia exige la ineludible prestación de determinados servicios a los ciudadanos que han de quedar completamente garantizados, para ello desde el inicio de la crisis incluso antes de la publicación del RD de estado de alarma, el CGPJ, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado, (*en adelante FGE*) acordaron el catálogo de servicios esenciales en la administración de justicia, a la espera de las medidas concretas contenidas que luego se aprobarían.

Y así, se fueron sucediendo más decretos, instrucciones, normas y más normas, hasta llegar a producir las suficientes para realizar varios códigos electrónicos.⁶ El código “Covid-19: colectivos vulnerables”, se refiere a las víctimas de violencia de género, en su punto 8, reproduciendo la LIVG, y el RD 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género.⁷

En los meses más duros de la pandemia, en materia de familia y violencia de género, se nos han planteado fundamentalmente dos problemas, dentro de las materias que se señalaron como esenciales para continuar su tramitación: la adopción de medidas cautelares u otras actuaciones inaplazables, como las medidas de protección de menores del artículo 158 del CC, y el desarrollo de la guarda y custodia compartida (*en adelante GyCc*), y el desarrollo del régimen de visitas, (*en adelante, Rv*).

⁶ Códigos electrónicos: “Covid-19: Derecho Europeo y Estatal”, “Covid-19: Derecho Autonómico”, “Covid-19: Medidas Tributarias”, “Covid-19: Trabajadores autónomos”, “Covid-19: Arrendamiento de viviendas y locales comerciales”, y “Covid-19: Colectivos vulnerables”. Disponibles en: <https://www.boe.es> (Última visita, 04-06-2021).

⁷ El Real Decreto-ley se estructura en dos capítulos, el primero de ellos contiene seis artículos destinados a asegurar el funcionamiento de los servicios de asistencia y protección integral de las víctimas de violencia de género en el marco del estado de alarma. El segundo capítulo contiene dos artículos; en el primero se prevé la excepción de la aplicación de la regla Sexta del artículo 86.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, para los fondos destinados a la financiación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, con el objetivo de asegurar la implementación y prestación continuada durante los cinco años de vigencia del Pacto de Estado de los servicios de asistencia y protección de las víctimas de violencia de género. En el segundo, se habilita la financiación de los servicios puestos en marcha por las comunidades autónomas, para hacer frente a las necesidades en materia de violencia de género derivadas de la declaración del estado de alarma.

La segunda, ya terminado mi trabajo, como he indicado se produce la publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, y la LO 8/2021, de 4 de junio, dos leyes que creo deben ser brevemente expuestas, a pesar que aún no tienen recorrido por lo recientes que son, ni se puedan comentar, a través de estudios, jurisprudencia, o conferencias, nos afectan y por ello nos referiremos a ellas en un primer acercamiento.

El presente trabajo ha tratado de estudiar y analizar desde una perspectiva amplia, con apoyo en la doctrina, la jurisprudencia, y la experiencia de jueces, fiscales y letrados de la administración de justicia (*en adelante LAJ*), todos ellos especialistas en violencia, las cuestiones que en materia civil plantean problemas prácticos. Así como dar a conocer una visión general de la materia civil de familia, cuando se encuentra con la violencia sobre la mujer, aportando respecto de algunas materias sensibles, como la posibilidad de mediación o custodia compartida un nuevo punto de vista.

La investigación se ha llevado a cabo con la información obtenida del estudio de la jurisprudencia, tanto del TEDH, TC, TS, como de las Audiencias Provinciales, las diferentes disposiciones legales, la consulta bibliográfica, así como de la webgrafía, en relación con los múltiples autores citados, y la consulta de bases de datos de revistas jurídicas, como LA LEY, SEPIN, Dialnet, o la Colección Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, entre otras.

3. ESTRUCTURACIÓN Y CONTENIDO.

Abordaremos el estudio de la parte civil de la violencia de género, con una estructura compuesta por un capítulo preliminar y seis capítulos, a lo largo de los cuales intentaremos reflejar esta parte menos conocida, pero no por ello menos importante de los JVSM.

En el capítulo I, realizaremos una aproximación a la LIVG, entrando a valorar si el JVSM actúa como un verdadero juzgado de familia, así como la necesidad de coherencia entre los pronunciamientos de los JVSM. Estudiaremos sus competencias y dentro de estas, prestaremos especial atención a “la sustracción internacional de menores”, ya que es una de las materias cuya atribución competencial es más discutida. Abordaremos también uno de los problemas más importantes en estos juzgados: los conflictos y las cuestiones de competencia, haciendo una referencia a los principales procedimientos que se tramitan en el ámbito civil, la jurisdicción voluntaria, y a la ejecución de las resoluciones dictadas. Por último en relación al derecho internacional privado, señalaremos unas breves pinceladas, ya que si bien es una materia cada vez más importante a todos los niveles, por cuando la movilidad de las personas va cobrando mayor incidencia, no es especialmente utilizado en violencia de género, tanto en materia penal, como civil.

El capítulo II, se dedica a estudiar las medidas cautelares civiles que se acuerdan en el procedimiento civil, y las medidas cautelares penales, que se acuerdan en el procedimiento penal, pero con un contenido civil. Con especial detenimiento en la medida cautelar más importante y utilizada, la orden de protección, (*en adelante OP*) prevista en el artículo 544 *ter* de la LECr. Cierra este importante capítulo, el artículo 158 del CC, precepto que en realidad tiene una doble función, ya que se puede utilizar como medida puramente civil y medida civil acordada en el procedimiento penal.

El capítulo III, inicia el estudio de los diferentes pronunciamientos de fondo del derecho de familia, en relación con la violencia de género, abordando la patria potestad. Si bien con carácter previo, se realiza un examen del principio del “interés superior del menor”, concepto jurídico que ha pasado a determinarse cada vez más en su contenido, que cobra cada día mayor importancia, e informa todo el derecho actual, no sólo el derecho de familia.

En el capítulo IV, se desarrolla la guarda y custodia. Los factores a tener en cuenta en su determinación, con especial detenimiento en la situación existente de violencia. Los distintos tipos de guarda y custodia, la cada vez más necesaria presentación del plan de corresponsabilidad parental, y la especial referencia a la prohibición legal de la atribución de la GyCc en sede de violencia de género.

El capítulo V pasa a desarrollar el Rv de los menores, con atención a una de las herramientas más importantes para el desarrollo de las visitas en violencia, como son los puntos de encuentro familiar (*en adelante PEF*). Nos referiremos también a una figura, poco conocida que sin embargo se va introduciendo en nuestro sistema, como es la del coordinador de parentalidad, (*en adelante CoPa*). Realizando un breve repaso del resto de medidas necesarias que se deben adoptar, como son los pronunciamientos sobre pensiones tanto alimenticia, como compensatoria, atribución del domicilio familiar, y cargas del matrimonio.

En el capítulo VI, se desarrolla el tema central del estudio, por cuanto se defiende la mediación, con carácter general, como otra forma posible de resolución de los conflictos, estudiando su concepto, sus principios y tipos. Pero en especial exponiendo la mediación como un mecanismo posible en violencia de género pese a su prohibición legal, salvando los escollos que se alegan para su prohibición, defendiendo sus ventajas, y concluyendo en la necesidad de una revisión de tal prohibición, que permita su admisión en nuestro derecho, en esta materia.

Por último, se expondrán las conclusiones generales sobre el trabajo desarrollado.

CAPÍTULO I: LA LEY INTEGRAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL ÁMBITO CIVIL.

“El primer paso para un gran cambio”.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, fue aprobada en las Cortes Generales, en ambas cámaras legislativas Congreso y Senado por unanimidad, y publicada en el BOE de 29 de diciembre de 2004. Supuso una total revolución en nuestro sistema jurídico, convulsionó la doctrina y la jurisprudencia, produciendo una avalancha de cuestiones de inconstitucionalidad, a la vista del diferente tratamiento penológico del hombre y la mujer ante el mismo hecho. Esta cuestión, ha sido resuelta de forma pacífica y reiterada por el TC, desde la sentencia del Pleno, 59/2008 de 14 de mayo, que ha zanjado las múltiples cuestiones planteadas sobre la inconstitucionalidad de la ley.⁸

“El Tribunal Constitucional ha ido asentando la doctrina sobre la igualdad, entendiendo que el art. 14 de la CE prohíbe al legislador que apruebe regulaciones, tratamientos jurídicos, distintos para personas que se encuentren en la misma situación (STC 144/1988, 68/1991, 181/2000, entre otras muchas); como no toda desigualdad vulnera el principio de igualdad, sino aquella que es discriminatoria (STC 100/1989) ha fijado un test de igualdad para apreciar cuándo el trato diferente es admisible (justificación objetiva y razonable, proporcionalidad y adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos, atendidas las circunstancias de tiempo y lugar). Conforme a este acervo doctrinal, son constitucionales las leyes dirigidas a sectores o grupos determinados (donde tienen cabida la normativa a favor de la mujer), siempre que superen, que satisfagan los requisitos del test de igualdad”.⁹

La ley entró en vigor a los treinta días de su publicación en el BOE, el día 22 de diciembre de 2004, salvo lo dispuesto en los títulos IV y V, que lo hizo seis meses después, el 29-06-2005. Frente a la cada vez mayor necesidad de cambio, de modificación de las leyes una y otra vez, que tiene por costumbre nuestro legislador, la LIVG se mantuvo firme y sin cambios durante casi diez años. En el año 2007 la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en su disposición adicional treinta, dio una nueva redacción a la disposición adicional primera en materia de pérdida de la pensión de viudedad para el autor del delito doloso.¹⁰ La primera modificación realmente importante, vino de la mano de la Ley

⁸ STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008. Sentencia del Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad N° 5939-2005. Fue planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del CP, redactado por la LIVG, por la supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad: trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional. El TC concluyó que no se vulneran dichos principios, si bien debe indicarse que la sentencia cuenta con 4 votos particulares.

⁹ BLANCO ANES, J.A., “Cuestiones competenciales del juzgado de violencia sobre la mujer”, en la web jurídica “Pórtico legal”, p. 2. Disponible en https://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=342, (Última visita, 20-08-2020).

¹⁰ Disposición Adicional: “*Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos. En*

Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la infancia y adolescencia, que en su disposición final tercera modificaba el artículo 1 de la LIVG, en su apartado 2 reconociendo expresamente a los menores como víctimas directas de violencia de género,¹¹ lo que conllevaba la modificación de los artículos 61.2, 65, y 66 del citado texto legal.

El mismo año, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su disposición final sexta modifica el artículo 20.1, en relación con el asesoramiento jurídico a la víctima durante todo el proceso.¹² Siendo la última reforma, la efectuada por 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 entró en vigor el 5 de agosto de 2018, y modificó el artículo 20.4, añadiendo los apartados 5, 6, y 7, en relación con la asistencia jurídica gratuita, el artículo 23 en relación a la acreditación de las situaciones de violencia, y el artículo 27 en sus apartados 2 y 5, en relación con las ayudas sociales.

La última modificación de la ley viene de la mano de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia,¹³ esta ley en su Preámbulo, señala que pretende tener un alcance normativo análogo a la LIVG: “Esta ley combate la violencia sobre la infancia y adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias...”, y modifica en su disposición final décima el artículo 1 de la LIVG, para introducir el concepto de “violencia vicaria”, añadiendo un nuevo número, el nº 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*

tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate”.

¹¹ Disposición final 3ª. «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.»

¹² Disposición final 6ª «1. Las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, y a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos, una misma dirección letrada deberá asumir la defensa de la víctima, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten.»

¹³ La disposición final decimonovena de esta ley aclara que no toda tiene carácter de LO. *Carácter ordinario de determinadas disposiciones. La presente ley tiene el carácter de ley orgánica, a excepción de los artículos 5, 6, 7 y 8 del título preliminar; de los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 del título I; de los títulos II, III y IV; de los artículos 57 a 60 del título V; así como de las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y novena y de las disposiciones finales primera, segunda, quinta, séptima, novena, duodécima, decimotercera, decimocuarta, decimoquinta y decimonovena.*

sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”.

Pese a la calificación de la LIVG en el momento, como totalmente novedosa, debe recordarse que ya existían medidas para la protección de la mujer frente a este tipo de violencia, el problema era su escasa utilización. Incluso ya en el Texto Refundido de CP aprobado por Decreto ley de 23-12-1944 se hacía una breve referencia a la mujer, en el Capítulo IV, dentro de las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal”, el artículo 10 nº 16 señalaba, “*Ejecutar el hecho con ofensa a la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso*”, y en el Capítulo V, “*De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal según los casos*”, el artículo 11 señalaba, “*Es circunstancia que atenúa o agrava la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o ascendiente, o afín en los mismos grados que el ofensor*”.

La LIVG “No fue novedosa porque, desde el año 1998 en que ocurrió un triste suceso donde una mujer murió a manos de su marido quemada en el patio de su casa, las conciencias sufrieron una llamada de atención y estos delitos adquirieron publicidad. Ya no era en el ámbito privado en el que se dirimían estas cuestiones de "matrimonios" o familiares, sino que la sociedad entera se alzó contra esta lacra frente a la que antes se habían cerrado los ojos y se habían tapado los oídos. A partir de ese momento se descubrió que en el Código Penal de 1973 existía un artículo, el 425, que regulaba los supuestos de lesiones cometidas como consecuencia de la violencia habitual en el seno de la familia y comenzó la larga lucha por interpretar el citado artículo y aplicarlo, así como extraer de nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal algo similar a medidas cautelares que protegieran a las mujeres, sin llegar a acordar la prisión provisional, es decir, conseguir que se alejaran los miembros de la pareja y para eso servía el art. 13 que recoge, con cierta vaguedad, una suerte de protección general.

Tampoco es "integral" porque gran parte de la regulación que contiene está desperdigada en otros textos legales, pero sí ha servido para aunar en un mismo texto cuestiones tan variopintas como las penales y las educativas, por ejemplo.

Pero, los casos de mujeres fallecidas a manos de sus maridos o parejas empezaron a salir a la luz. No se sabe todavía si es que aumentaron realmente, porque hasta entonces las estadísticas no habían sido muy fiables, o es que comenzaron a ser noticia y el legislador pretendió ponerse a la cabeza de la lucha social contra la violencia en el seno de las familias con reformas bienintencionadas, pero no siempre acertadas. Vinieron las reformas del recién estrenado Código Penal, las primeras en abril y junio de 1999, la reforma del año 2003 y, sobre todo, la orden de protección, cuya Ley es de 31 de julio de 2003 que introdujo uno de los artículos más extensos de la LECrim. donde se recoge lo que parecía que iba a ser la protección máxima para las mujeres y otros miembros de la familia. Sin embargo, gran parte de las medidas penales ya se encontraban en el art. 544 bis LECrim”.¹⁴

¹⁴ ALHAMBRA PEREZ, P., “Al cumplirse 10 años de la Ley Orgánica 1/2004, ¿cuáles son, a su juicio, sus aspectos positivos y los mejorables?”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18781, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2014, p.1. Disponible en: <https://sepin.es/violencia-doméstica>. (Última visita, 20-12-2020).

1. APROXIMACIÓN A LA LEY INTEGRAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE EL ÁMBITO CIVIL.

Para conocer una ley, su ámbito, enfoque y objetivos es fundamental, acudir a su Exposición de Motivos.¹⁵ El ámbito de la ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales, y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva, que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta ley regula. Se enfoca la ley para abordar la violencia de género, de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación, siendo su objetivo prioritario, la conquista de la igualdad, el respeto a la dignidad humana, y la libertad de las personas en todos los niveles de socialización. (Punto II de la Exposición de Motivos).

En el título III, concerniente a la Tutela Institucional, se procede a la creación de dos órganos administrativos. La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a la que corresponderá, entre otras funciones, proponer la política del Gobierno en relación con la violencia sobre la mujer y coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dicha materia, que necesariamente habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres. También se crea el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como un órgano colegiado en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y que tendrá como principales funciones servir como centro de análisis de la situación y evolución de la violencia sobre la mujer, así como asesorar y colaborar con el Delegado en la elaboración de propuestas y medidas para erradicar este tipo de violencia.

En el título V, se establece la Tutela Judicial para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia de género en las relaciones intrafamiliares. Desde el punto de vista del procedimiento judicial, nos encontramos ante un fenómeno complejo, en el que es necesario intervenir desde distintas perspectivas jurídicas, se tiene que abarcar desde las normas procesales y sustantivas, hasta las disposiciones relativas a la atención a las víctimas, intervención que sólo es posible a través de una legislación específica. Una ley para la prevención y erradicación de la violencia sobre la mujer, ha de ser una ley, que recoja medidas procesales que permitan procedimientos ágiles y sumarios, pero, además, que compagine en los ámbitos civil y penal, medidas de protección a las mujeres y a sus hijos, medidas cautelares para ser ejecutadas con carácter de urgencia. En el año 2004, se calificó a la normativa vigente en ese momento en materia civil, penal, publicitaria, social, y administrativa como deficiente, debido según se entendía en ese momento, a la falta de una respuesta global y multidisciplinar a esta cuestión.

De las reformas que se introducen por la LIVG, la más importante, fue la creación de los JVSJ, juzgados que van a tener competencias tanto penales, como civiles, lo que supuso una auténtica innovación en nuestro derecho, optando conforme a la tradición jurídica española, por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los

¹⁵ Seguiremos en el desarrollo de este apartado, el punto III de la Exposición de Motivos de la LIVG.

jueces de instrucción, creando los JVSM y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo, o la asunción de competencias penales por parte de los jueces civiles.

Estos juzgados según indica la ley, conocerán de la instrucción, y en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras, en la primera instancia, sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se pretendía asegurar el respeto absoluto de los derechos fundamentales del presunto agresor, y en igual medida, con la mayor, más inmediata y eficaz actuación, proteger a la víctima, así utilizar los recursos necesarios para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia.

1.1 EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

El concepto de violencia de género, se aborda por Domingo Bello Janeiro, partiendo del objeto y finalidad de la LIVG, desarrollado en su artículo 1, desde su tenor literal, señala: “Desaparece así el elemento intencional recogido en la redacción del Anteproyecto de la Ley, que entendía por violencia ejercida sobre la mujer <la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad, y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres>, ante la dificultad de probar ese elemento anímico, que podía perjudicar los intereses de las propias víctimas y limitar la aplicación de la Ley mientras que por el contrario, la definición en el texto legal vigente se hace sobre bases o criterios objetivos, por la condición de la mujer, quedando fuera las conductas del mismo tipo pero por consideraciones ajenas al sexo de la víctima y sus relaciones sentimentales con el agresor como las de carácter profesional o económico.

Así la mujer adquiere la condición de beneficiaria del bloque normativo multidisciplinar contenido en la LO 1/2004 por la posición de subordinación de la mujer respecto del maltratador en el marco afectivo, familiar, y en demasiadas ocasiones, también en el económico y así la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004, respecto de la mujer maltratada, resalta <las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral>...La definición legal supone que no todo acto de violencia ejercida por un hombre ligado afectivamente a una mujer, contra esta, es objeto de la ley, sino solo aquellos que se realicen precisamente por dicho hombre ligado a la mujer pero justamente por la condición de mujer o la pertenencia al sexo femenino de la víctima y que, por eso, son manifestación de la discriminación, la desigualdad o la relación de poder y dominación del hombre sobre la mujer, excluyendo las conductas en las que el sexo de la víctima es algo puramente accidental o irrelevante en el comportamiento violento de modo que se incluye una agresión basada en los celos del agresor, como expresión de la situación de dominio del varón sobre la mujer, pero no una conducta violenta que obedezca a la venganza o al resentimiento personal por consideraciones ajenas al sexo de la víctima y a sus relaciones sentimentales con el agresor, como pudieran ser las de carácter profesional o económico... En 2014 España ratificó el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014 siendo el ámbito de aplicación del Convenio el

referido a todas las formas de violencia que afectan a las mujeres por el hecho de ser mujeres considerándose que por violencia contra la mujer se deberá entender una violación de los derechos humanos, y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán 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”.¹⁶

1.2 SISTEMÁTICA DE LA LEY.

La LIVG, tras la exposición de motivos, se estructura a través de un título preliminar, cinco títulos, veinte disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales. Veremos brevemente su contenido.

En la Exposición de Motivos, la ley atiende a las recomendaciones de los organismos internacionales, en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce respecto de las mujeres. Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales, como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud, y en base a ello, expone su ámbito y objetivos.

El Título Preliminar, contiene los dos primeros artículos de la ley, en los que se establecen el objeto y los principios rectores de la misma.¹⁷ El artículo 1, ha sido

¹⁶ MARÍN VELARDÉ, A., CABEZUELO ARENAS, MORENO MOZO, F., (Directores). *Familia y Derecho en la España del Siglo XXI, Libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Ed. Reus, Madrid 2021, “Aspectos civiles de la violencia de género”, Domingo Bello Janeiro, p. 278 y 279.

¹⁷ a) Fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana de prevención, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, servicios sociales, sanitario, publicitario y mediático. b) Consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto. c) Reforzar hasta la consecución de los mínimos exigidos por los objetivos de la ley los servicios sociales de información, de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral, así como establecer un sistema para la más eficaz coordinación de los servicios ya existentes a nivel municipal y autonómico. d) Garantizar derechos en el ámbito laboral y funcionarial que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género. e) Garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social. f) Establecer un sistema integral de tutela institucional en el que la Administración General del Estado, a través de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en colaboración con el Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer, impulse la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de la violencia contemplada en la presente Ley. g) Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género. h) Coordinar los recursos e instrumentos de todo tipo de los distintos poderes públicos para asegurar la prevención de los hechos de violencia de género y, en su caso, la sanción adecuada a los culpables de los mismos. i) Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde la sociedad civil actúan contra la violencia de género. j) Fomentar la especialización de los

reformado en su apartado 2, por la Disposición final 3.1, de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, de una forma muy importante, ampliando el ámbito subjetivo de protección de la ley, incluyendo a los menores como víctimas de violencia. “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. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos”.

El objeto de tutela de la ley, reflejado en su artículo 1, se amplía: “1. *La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.* 2. *Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.* 3. *La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”. Y en un paso más, se vuelve a ampliar, extremando la inclusión de la violencia ejercida a través de los hijos contra la mujer, en el apartado 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*”.

La vocación tuitiva hacia las víctimas de violencia de género se aprecia en el 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*”.

En el Título I, bajo la denominación: “Medidas de sensibilización, prevención y detección”, se determinan las medidas de intervención en tres ámbitos diferentes, educativo, publicitario y sanitario, a lo largo de tres capítulos, artículos 3 a 16.

colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas. k) Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género.

En el ámbito educativo, se especifican las obligaciones del sistema educativo, para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres, y a la igualdad entre hombres y mujeres. El objetivo fundamental de la educación, es el de proporcionar una formación integral, que permita a la persona conformar su propia identidad, así como construir una concepción de la realidad que integre a la vez el conocimiento y valoración ética de la misma. La mención a la educación, abarca toda, desde la enseñanza infantil a la universidad, (artículos 3 a 9).

En el campo de la publicidad y los medios de comunicación, habrá de respetarse la dignidad de las mujeres, y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos, como en los privados. De otro lado, se modifica la acción de cesación o rectificación de la publicidad, legitimando a las instituciones y asociaciones que trabajan a favor de la igualdad entre hombres y mujeres para su ejercicio, (artículos 10 a 14).

Por último en el ámbito sanitario, se contemplan actuaciones de detección precoz, y apoyo asistencial a las víctimas, así como la aplicación de protocolos sanitarios, ante las agresiones derivadas de la violencia objeto de esta ley, que se remitirán a los Tribunales correspondientes con objeto de agilizar el procedimiento judicial. Se crea, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, una comisión, encargada de apoyar técnicamente, coordinar y evaluar las medidas sanitarias establecidas en la ley, (artículos 15 y 16).

En el Título II, se desarrollan los “Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género”, a lo largo de cuatro capítulos, artículos 17 a 28.

En el capítulo I, se garantiza el derecho de acceso de la mujer víctima de violencia de género, a la información, a la asistencia social integral, y a la asistencia jurídica gratuita, a través de servicios de atención permanente, urgente y con especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional.

Se reconoce el derecho a recibir plena información, y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos, u oficinas que puedan disponer las administraciones públicas, sobre las medidas contempladas en esta ley, relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral. Incluye una mención especial, a las mujeres víctimas de violencia de género discapacitadas, para el acceso a dicha información. El derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. La organización de estos servicios por parte de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, responderá a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional.¹⁸

Y por último, el derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito, en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, y a la defensa y representación gratuitas, por abogado y procurador en todos los procesos, y

¹⁸ La multidisciplinariedad profesional, se concreta entre otras actuaciones, en: a) La información a las víctimas. b) Atención psicológica. c) Apoyo social. d) Seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer. e) Apoyo educativo a la unidad familiar. f) Formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos. g) Apoyo a la formación e inserción laboral. En esta protección se incluye a los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida.

procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos, una misma dirección letrada deberá asumir la defensa de la víctima, siempre que con ello, se garantice debidamente su derecho de defensa. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos.

En el capítulo II, se regulan derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, incluyendo un programa específico de acción para las víctimas de violencia de género como demandantes de empleo, así como los mecanismos para su acreditación como víctimas.

En el capítulo III, se recogen también derechos laborales, pero de forma específica, en relación a las funcionarias públicas víctimas de violencia de género.

En el capítulo IV, se determinan los derechos económicos de las víctimas, las ayudas, y su calificación como colectivo prioritario, en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores, en los términos que la ley determine.¹⁹

El Título III, bajo la rúbrica “Tutela Institucional”, artículos 29 a 32, rompe la sistemática de la ley, al no dividirse en capítulos. La exposición de motivos de la ley señaló que en lo concerniente a la tutela institucional, “se procede a la creación de dos órganos administrativos. En primer lugar, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a la que corresponderá, entre otras funciones, proponer la política del Gobierno en relación con la violencia sobre la mujer y coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dicha materia, que necesariamente habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres. También se crea el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como un órgano colegiado en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y que tendrá como principales funciones servir como centro de análisis de la situación y evolución de la violencia sobre la mujer, así como asesorar y colaborar con el Delegado en la elaboración de propuestas y medidas para erradicar este tipo de violencia”.

Sin embargo en el año 2002, ya existía el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, cuyo convenio de constitución fue suscrito el 26 de septiembre de 2002, por lo que la creación del observatorio no era tan novedosa. En la actualidad coexisten ambos, junto con multitud de diferentes observatorios de todo tipo, sobre la mujer.²⁰

El Título IV, desarrolla la “Tutela Penal”. Al igual que el anterior, no está dividido en capítulos, e introduce a través de los artículos 33 a 42, las normas que modifican el CP. La Exposición de Motivos de la ley, es clara: “... se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer

¹⁹ Como ya indicamos, varios artículos de este título se han modificado, el artículo 20, por RD-Ley 9/2018, de 3 de agosto, por la disposición final 6 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, y por el artículo único del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en su apartado 4, añadiéndose los apartados 5 a 7 relativos a la asistencia jurídica de las víctimas. Los artículos 23 y 27, se han modificado por este último Real Decreto, y se refieren a la acreditación de las situaciones de violencia y a las ayudas sociales respectivamente.

²⁰ Para una visión global de estos observatorios y sus contenidos, a nivel estatal, se puede consultar en la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.e> (Última visita 29-03-2021).

que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad. Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos”.

En el Título V, “Tutela Judicial”, se vuelve a la sistemática de capítulos, y en los cinco de los que consta, artículos 43 a 72, establece la tutela judicial para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar, y social, de las víctimas de violencia de género, en las relaciones intrafamiliares. Es el título más complejo y de difícil interpretación de la ley, ya que incluye la determinación de la competencia penal y civil de los JVSJ, con la incorporación del artículo 87 *ter* a la LOPJ, y del artículo 49 *bis* a la LEC.

El Capítulo I, “De los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, recoge la organización territorial (artículo 43), la competencia (artículo 44), y los recursos (artículos 45 y 46). La formación específica, relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, y sobre violencia de género, en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, (éstos últimos, tras su cambio de nomenclatura, hoy son los LAJ), Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y Médicos Forenses, introduciendo el enfoque de la discapacidad de las víctimas, (artículo 47), la jurisdicción y sede de los juzgados, (artículos 48 y 49), así como todo lo relativo a su creación, (planta, plazas... artículos 50 y siguientes).

En el Capítulo II, bajo el sencillo epígrafe, “Normas procesales civiles”, se encuadra uno de los artículos más complejos de la LIVG. El artículo 57 introduce el artículo 49 *bis* en la LEC, precepto que regula la pérdida de la competencia objetiva cuando se producen actos de violencia sobre la mujer, que como luego veremos, ha suscitado una gran conflictividad, entre los juzgados de 1ª instancia/familia y los JVSJ, y aún hoy sigue suscitando problemas en cuanto a su interpretación.

El Capítulo III, recoge las “Normas procesales penales”, artículos 58 a 60 desarrollando las normas de competencia penales.

El Capítulo IV, establece las “Medidas judiciales de protección y de seguridad a las víctimas”, artículos 61 a 69.

El Capítulo V, “Del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer”. Desarrolla las normas que afectan a las funciones del MF, mediante la creación del fiscal contra la violencia sobre la mujer, encargado de la supervisión y coordinación del MF en este aspecto, así como mediante la creación de una Sección equivalente, en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia, y de las Audiencias Provinciales, a las que se adscribirán Fiscales con especialización en la materia. Los Fiscales intervendrán en los procedimientos penales, por los hechos constitutivos de delitos, cuya competencia esté atribuida a los JVSJ, además de intervenir en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores, en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos.

Este Título ha sido reformado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que en su disposición final 3ª, modifica los artículos 61.2, 65, y 66.

Es especialmente importante la reforma del artículo 61.2 que determina: “*En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, en los que el juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas,*

de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas". Cuyo contenido y aplicación, tampoco está muy claro, como luego veremos.

El artículo 65, "De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores". *"El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución"*.

Y por último, el artículo 66, "De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores", *"El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución"*.

Disposiciones adicionales. En veinte disposiciones adicionales, la ley lleva a cabo una profunda reforma del ordenamiento jurídico, para adaptar las normas vigentes al marco jurídico que introduce, con objeto de armonizar las normas anteriores, y ofrecer un contexto coordinado entre textos legales. Parte de la reforma integral se llevó a cabo mediante la modificación de normas ya existentes. Las disposiciones adicionales desarrollan las medidas previstas en el articulado, pero integrándolas directamente en la legislación correspondiente: educativa, publicitaria, laboral, de Seguridad Social y de Función Pública; disposiciones que afectan, en especial, al reconocimiento de pensiones y a la dotación del Fondo previsto en la ley para favorecer la asistencia social integral a las víctimas de violencia de género. También ha sufrido una reforma posterior la Disposición adicional primera, por ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que en su disposición adicional treinta, la dio una nueva redacción, en relación a la pérdida de la condición de beneficiario de pensión de viudedad.

Disposiciones transitorias. En las dos disposiciones transitorias, se determina, que los procedimientos tanto civiles, como penales, que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la presente ley, continuarán siendo competencia, de los órganos que vinieran conociendo de los mismos hasta su conclusión por sentencia firme; y en relación al derecho transitorio, en los procesos sobre hechos contemplados en la presente ley, que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los juzgados o tribunales que los estén conociendo, podrán adoptar las medidas previstas en el capítulo IV del título V.

Disposición Derogatoria. Única, breve y contundente: quedan derogadas cuantas normas, de igual o inferior rango, se opondan a lo establecido en la presente Ley.

Disposiciones finales y su anexo. En sus siete disposiciones finales, se establecen las habilitaciones necesarias para el desarrollo normativo de sus preceptos, y el anexo final contiene la relación de juzgados que se crean.

1.2 EL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

Como ya hemos señalado, la LIVG, supuso la necesidad de realizar múltiples reformas legales, y para introducir los JVSM, se modificaron, la LOPJ, la Ley de Demarcación y Planta Judicial, la LEC y la LECr. Haremos un breve repaso.

En la LOPJ, se incluyen dos nuevos artículos, el 87 *bis*, y el 87 *ter*, y se modifica el artículo 82.1 y 4, así se incluyen los JVSM en la organización territorial del estado, y el artículo 87 *bis* se encarga de determinar su ubicación y jurisdicción.

En relación a la competencia, la materia reservada a los JVSM, se contiene en el muy importante artículo 87 *ter* de la LOPJ,²¹ que luego estudiaremos de forma detallada, y el régimen de recursos contra las resoluciones dictadas por estos juzgados, se contiene en el artículo 82. 2 nº 4 de la LOPJ: *“Las Audiencias Provinciales también conocerán de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en materia civil por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia. A fin de facilitar el conocimiento de estos recursos, y atendiendo al número de asuntos existentes, podrán especializarse una o varias de sus secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley Orgánica”*.²²

En la Ley 38/1988 de 28 de diciembre de Demarcación y Planta Judicial, se incluyen los JVSM, el ámbito de su jurisdicción, y se determina la sede, y planta de los mismos, modificando los artículos: 4 apartado 1, 9, y 21 apartado 2, y se adicionan los artículos 15 *bis* y 46 *ter*.

En la LEC, se introduce el artículo 49 *bis*, que desarrolla la pérdida de la competencia objetiva, cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer, al que dedicaremos una amplia exposición.

En la LECr, se añade la disposición adicional cuarta, con el siguiente contenido: “Las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del artículo 544 *ter* de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la

21 Este precepto desde su introducción por LO 7/2015, de 21 de julio, ha sufrido varias modificaciones: - por LO 7/2015, de 21 de julio, con entrada en vigor a partir del 1-10-2015 (modificadas letras a) y d) del apartado 1 del artículo 87 *ter*, añadida letra g) del apartado 1 del artículo 87 *ter*). -por LO 6/14, de 29 de Octubre, con entrada en vigor a partir del 19-11-2014 (añadida letra f) al apartado 1 del artículo 87 *ter*) - por LO 3/2005, de 8 de julio, con entrada en vigor a partir del 10-7-2005 (añadida letra e) del apartado 1 del artículo 87 *ter*).

²² Artículo modificado por la LIVG artículo 48 con entrada en vigor a partir del 09-06-2005.

Mujer. 2. Las referencias que se hacen al Juez de Guardia en el título III del libro IV, y en los artículos 962 a 971 de esta Ley, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer”.

La atribución de competencias civiles a unos juzgados de instrucción netamente penales, que es como se crean los JVSM, como juzgados de instrucción, con específicas competencias en violencia de género, fue una gran innovación, e inicialmente despertó muchas reticencias a nivel general, y un inicial rechazo de los propios juzgados de instrucción, ya que en los primeros pasos de la ley, en algunas OP que se tramitaban en los juzgados de instrucción, tal y como les correspondía, se resolvían las medidas penales, pero no las civiles, lo que ocasionaba importantes disfunciones. Esta situación va siendo superada, poco a poco, ya que todavía sigue siendo fuente de importantes problemas.

“Asimismo se insiste en mantener vigente el objetivo con el que fueron creados los juzgados de violencia con competencia civil: por una parte para mejorar la coordinación institucional entre todas las instancias, en segundo lugar para posibilitarla formación del personal encargado de la gestión de este problema, y, en tercer lugar para evitar la duplicidad de actuaciones y las contradicciones que se venían presentando entre las decisiones de los distintos juzgados con relación a las cuestiones civiles y penales que afectaban a un mismo caso. El modelo de la LO 1/2004 pretende evitar estas disfunciones y servir con un elemento de conocimiento al juez que tiene que resolver en el ámbito civil al poder contar con la vertiente de lo que ha ocurrido en el ámbito penal, que servirá para una solución más justa y adecuada para el caso concreto”.²³ Entiendo que el objetivo de su creación, aún se mantiene hoy en día.

La concentración de funciones es muy beneficiosa. Cuando un JSVM conoce en sede de instrucción, los hechos penales que se atribuyen al investigado, su entidad, gravedad, y circunstancias, así como la situación del matrimonio/pareja/familia, puede, partiendo del conocimiento de esta realidad, adoptar unas medidas más ajustadas, convenientes, y necesarias, según corresponda a ese caso concreto, realizar su seguimiento, y en el transcurso de los procedimientos, modificar las medidas penales, agravando, disminuyendo, o incluso cesando las mismas, y también resolver todas las cuestiones civiles que se vayan planteando. En los JVSM, se establecen normas de reparto, para que sea siempre el mismo juzgado, el que conozca de los hechos referidos a la violencia de género, que se produzcan entre los miembros de una misma relación sentimental, siempre que sea heterosexual²⁴ y así, el juzgado que conoce la primera denuncia penal, conocerá de las posteriores, si éstas se produjeran, evitándose resoluciones contradictorias. Esta actuación es muy importante, ya que el conocimiento del historial de violencia de una pareja, de la verdadera situación de esta, influirá como no puede ser de otro modo, en las resoluciones que se dicten en

²³ MARTÍNEZ DERQUI, F. J., “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del juzgado de violencia sobre la mujer”. “Intercambio de experiencias y unificación de criterios. Fase de instrucción y órdenes de protección”, en *Cuadernos digitales de formación*, nº 25-2010, CGPJ Madrid, 2011, p.7. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>cgoj>Temas>Formación> (Última visita, 15-10-2020).

²⁴ Tal y como señala la ley que se circunscribe a la violencia que, se ejerce como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

los procedimientos civiles. La atribución de estas competencias, ha resultado ser un cambio inteligente, valiente y valioso, ya que la coordinación de las materias penales y civiles, se ha traducido en una protección mayor, real y efectiva de la mujer y la familia.

Una vez que hemos establecido, la bondad y necesidad del conocimiento en materia civil por los JVSJM, las preguntas a contestar son: ¿Qué tipo de juzgados son en su funcionamiento civil, los JVSJM?, ¿Funcionan realmente como un juzgado de familia?, y si funcionan como un juzgado de familia, ¿Lo hacen en igualdad de condiciones?, a estas preguntas intentaremos dar respuesta a través del estudio de sus competencias.

Lo primero que se debe determinar, son las competencias civiles que se les atribuyen, lo que supone uno de los principales retos de la materia. El conocimiento de las materias civiles, viene establecido por el artículo 87 *ter* de la LOPJ. En principio, parecería que contiene unas condiciones tasadas, específicas, y por lo tanto claras, sin embargo, nada más lejos de la realidad. Ha sido necesaria una compleja interpretación jurisprudencial para su fijación, que aún hoy, no está del todo terminada. Tienen un funcionamiento diferente al de los juzgados mixtos, los juzgados sólo de 1ª instancia y los juzgados de familia.

Los juzgados “mixtos” o juzgados de 1ª instancia e instrucción, tienen atribuidas competencias civiles y penales, pero en campos separados, no se entremezclan en absoluto, y para ninguna cuestión, todo lo contrario que los JVSJM que atraen la competencia civil a partir de la inicial y presunta comisión de un delito, en la que las partes de ese procedimiento pasan a ser las del procedimiento civil, como requisito imprescindible, que luego examinaremos.

Cuando el volumen de asuntos en estos juzgados mixtos, va creciendo, las jurisdicciones se separan, y se crean juzgados únicamente de 1ª instancia, con competencias civiles, pero estos juzgados asumen, además de las competencias derivadas de familia, muchas otras, como el conocimiento de procedimientos de derecho al honor, monitorios, ordinarios... todos los procedimientos previstos en la LEC.

Los juzgados de familia se crean al amparo de lo dispuesto en el artículo 98 de la LOPJ, que determina la posibilidad del CGPJ, de acordar (con las condiciones que señala dicho artículo), que uno o varios juzgados de la misma provincia, y del mismo orden jurisdiccional asuman el conocimiento de determinadas clases o materias de asuntos y, en su caso, de las ejecuciones que de los mismos dimanen, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes constituidos o que se constituyan.²⁵ En estos casos, el órgano u órganos especializados, asumirán la competencia para conocer de todos aquellos asuntos que sean objeto de tal especialización, aun cuando su conocimiento inicial estuviese atribuido a órganos radicados en distinto partido judicial. No todos los juzgados de familia tienen las mismas competencias, el ámbito de determinación es diferente, su funcionamiento depende de cómo se realice su creación. Por ejemplo en Valencia la especialización en el orden civil se realiza a tres niveles: juzgados de 1ª instancia, juzgados de familia y juzgados de filiación e incapacidades. La importancia, número y clases, de los procedimientos que afectan a la familia, (incluyendo aquí los diferentes tipos de familia que hoy coexisten en nuestra sociedad, heterosexuales, monoparentales,

²⁵ Vid. NORMAS DE REPARTO DE ASUNTOS CIVILES DE LA COMUNIDAD DE MADRID. Clases de reparto de los juzgados de familia de Madrid capital, actualizadas a 19 de junio de 2017, p. 14 a 24. Disponible en: [https:// www.poderjudicial.es](https://www.poderjudicial.es) (Última visita, 27-06-20).

homosexuales...), sin incluir las que tienen un elemento de violencia de género, harían ya necesaria la absoluta especialización en todos los partidos judiciales, y la existencia de juzgados especializados de familia, para que todos los ciudadanos pudieran acceder a ellos, y no solamente en las grandes ciudades, una reivindicación que es compartida por todos los operadores jurídicos.

Estos juzgados son muy importantes, porque ofrecen la especialización de sus miembros, la existencia de un equipo psicosocial adscrito al juzgado, y la presencia del MF, aunque no siempre se garantiza la asistencia de éste, en los procedimientos que la requieren, lo deseable sería que concurriera siempre en todos los procesos en los que la ley prevé su intervención, pero es imposible por la absoluta falta de medios personales. Esta ausencia se salva, de diferentes maneras, como que una vez celebrada la vista, el MF informe por escrito, o si las partes insisten entendiéndose que es absolutamente necesaria la concurrencia del mismo, con la suspensión de la vista, se convoque un nuevo señalamiento en el que éste asista.

Hay una constante petición en relación con la necesidad de creación de estos juzgados a nivel de todo el territorio nacional, para que todos los ciudadanos tengan el mismo acceso a los medios que estos tienen, la más reciente se produce en el I Congreso de la Infancia y Adolescencia, celebrado en Madrid los días 25 y 26 de marzo de 2021,²⁶ en la que relevantes juristas de todos los ámbitos, piden de forma unánime la creación de estos juzgados.

Al tener competencias civiles, volvemos a las preguntas iniciales, ¿El JVSJM, es un juzgado que funciona como uno de familia, pero de violencia?, hay posturas diferentes. En el año 2009, Vicente Magro Servet señalaba, “Así, con la atribución de competencias civiles al Juez de instrucción, se convierte a éste en Juez de familia también, reduciendo, asimismo, el nivel de ingreso de asuntos en los Juzgados de Familia en los que existe una situación de maltrato para atribuir la competencia al Juez de instrucción para tramitar, también, la separación y el divorcio”.²⁷ Otros autores, como Francisco Javier Cremádes mantienen que no son juzgados de familia, “no habría que perder de vista que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no son Juzgados de Familia que son los verdaderamente especializados en esta materia, debiendo tenerse aquel conocimiento como una excepción en el entorno jurisdiccional penal. No debemos desconocer esta observación si queremos que el discurso sobre la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer quede siempre sustentado en razones técnico-jurídicas, evitando que la oportunidad política empuje hacia un camino de transformación de la naturaleza de unos órganos jurisdiccionales que en ningún caso han sido creados para pugnar competencialmente con los Juzgados de Familia, y ello acompañado del riesgo de estarse labrando la normalización de una realidad, en cualquier caso, ha de ser tenida como excepcional”.²⁸

²⁶ I CONGRESO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA, celebrado en Madrid los días 25 y 26 de marzo de 2021, organizado por el Colegio de Abogados de Madrid, la Plataforma Derecho & Familia, y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. “*El porqué de la especialización en materia de familia*”. Disponible en: <https://www.web.icam.es/1.congreso-de-la-infancia-y-adolescencia> (Última visita, 28-06-2021).

²⁷ MAGRO SERVET, V., “Preguntas y Respuestas...Competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden civil”, en *Revista jurídica Sepin, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18781, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2014, p.1. Disponible en: <https://www.sepin.es/home> (Última visita, 15-10-2020).

²⁸ CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. J., ¿Hacia una mutación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer? De la violencia de género a un género de violencia”, en *Diario La Ley* Nº 90003, 6429/2017,

A mi juicio, el JVSM sí funciona como un juzgado de familia, las competencias que tiene y su funcionamiento, son perfectamente asimilables, sin que exista pugna competencial, cada uno tiene su campo y no realizan un conocimiento excepcional, sino el legalmente determinado. Ahora bien, la igualdad de condiciones no se cumple, y ello porque si bien en relación a las normas aplicables, en principio siguen las normas comunes del derecho civil aplicable a la materia, y la disponibilidad por las partes, es la que se ofrece en la ley, ya se trata de derecho necesario, la LIVG sí establece algunas cuestiones diferentes, como veremos en relación a la guarda y custodia compartida, o la mediación, existiendo además materias cuya atribución viene siendo controvertida, como la competencia para conocer de la sustracción de menores. La creación de juzgados de familia a nivel general, en todo el país, no supondría en ningún caso, la absorción de la parte civil de los JVSM, su incorporación a los juzgados de familia, como hemos indicado, son diferentes en cuanto a su campo de actuación.

2. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA CIVIL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

*La LIVG altera las normas generales de la competencia civil, ya que en violencia de género, la competencia civil, deriva de la previa atribución de la competencia en el procedimiento penal, y para ello es necesario que este se haya iniciado. Cuando al JVSM llega un determinado asunto civil, el juez de oficio debe examinar su propia competencia, sin dar audiencia a las partes, y comprobar, que es competente para conocer de una forma exclusiva y excluyente, siguiendo varios pasos que se establecen en el artículo 87 *ter* 2 y 3 de la LOPJ, que deben concurrir siempre de forma simultánea.*

Si existe un elemento de extranjería, en la relación que se nos presenta, deberíamos acudir a las normas de derecho internacional privado, (*en adelante DIPr*) para determinar primero la jurisdicción y competencia, y tras comprobar que sí corresponde su conocimiento, es cuando entrarían en juego las normas expuestas. Examinaremos también los tres tipos de competencia: objetiva, territorial y funcional. De estas tres competencias, la que realmente ha planteado numerosos problemas es la competencia objetiva, ya que el fin de la ley era y es, no sólo que el mismo juez de instrucción penal conociera del procedimiento civil entre las partes, sino la agilidad del procedimiento, lo que vemos en numerosos casos, truncado en la práctica. Se produce una discusión sobre qué materias debe conocer realmente el JVSM, ya que no se corresponden exactamente las enumeradas en el artículo 87 *ter* 2 de la LOPJ, con las que se enjuician en los procedimientos de familia que con carácter general establece el artículo 748 de la LEC. Por último, indicar que las cuestiones de competencia, que se plantean en relación con el artículo 49 *bis* de la LEC, entre los diferentes juzgados de violencia y los de 1ª instancia/familia, son numerosas y complejas.

2.1 LAS MATERIAS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO CIVIL DE VIOLENCIA: LA COMPETENCIA OBJETIVA.

La LIVG en su artículo 44, introduce el artículo 87 *ter* en la LOPJ, precepto muy importante dado que señala la competencia de los JVSM en materia civil:

“2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos: a) Los de filiación, maternidad y paternidad. b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio. c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales. d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo. b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

5. En todos estos casos está vedada la mediación.”

La forma de articular la competencia civil en violencia de género, viene dada por tres secuencias, consecutivas y necesarias. Se exige la concurrencia simultánea de tres requisitos objetivos, y por eso en el artículo indicado se habla de “la posibilidad de conocimiento”, “podrán conocer”, para ello es necesario que concurren los tres requisitos, de forma simultánea. Por la doctrina se han agrupado siguiendo tres criterios: según la materia, según la persona y según la actividad, pasaremos a desarrollarlos.

2.1.1. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA.

En el punto 2, el artículo 87 *ter* de la LOPJ, enumera una serie de materias civiles, en las que el juez de violencia va a ser competente, debe ser siempre una de estas materias que se enumeran, pero, ¿Son *numerus clausus* o no? La respuesta a esta pregunta es compleja. La competencia objetiva del JVSJ, no se determinó de forma concreta al elaborar la ley integral, cuando se adoptaron las reformas necesarias en las leyes a las que afectaba. El ámbito competencial entre la LOPJ y la LEC, se determina con un contenido común y otro que no lo es, lo que genera un gran número de dudas e interpretaciones diferentes, sobre si las materias que conocen los JVSJ, y los de 1ª instancia/familia, son iguales o no; existiendo “casi” consenso en algunas exclusiones, como los procedimientos de incapacitación o prodigalidad, y discusión en relación a otros, como el retorno de menores sustraídos.

La determinación de las materias de las que va a conocer el JVSM, es complicada, empezaremos por realizar una comparación sobre las materias en ambos textos legales, para luego abordar los problemas y diversas interpretaciones que sobre los mismos se exponen, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Nos hemos permitido alterar la sistemática del artículo 748 de la LEC en relación a los puntos 7º y 8º para comprobar mejor las materias coincidentes o no, y hacer más fácil la comparativa entre los textos legales y las materias objeto de desarrollo.

LOPJ artículo 87 *ter.* 2.....LEC

	1º. Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. ²⁹
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------

a) Filiación, maternidad y paternidad.	2º. Los de filiación, paternidad y maternidad.
----------------------------------------	------------------------------------------------

b) Nulidad del matrimonio, separación y divorcio.	3º. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio, y los de modificación de medidas, en ellos adoptadas.
---------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------

c) Relaciones paterno-filiales.	
---------------------------------	--

	4º. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

d) Adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.	
------------------------------------------------------------------	--

	5º. Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------

e) Los asuntos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.	
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	6º. Los que versen sobre las medidas relativas a la restitución de menores
--	----------------------------------------------------------------------------

²⁹ 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 entra en vigor el 03-09-2021, elimina la prodigalidad como institución autónoma.

	en los supuestos de sustracción inter-nacional.
f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción	8º. Los que versen sobre la necesidad del asentimiento en la adopción.
g). Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.	7º. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones Administrativas en materia de protección de menores.

Realizaremos una clasificación de las materias según su inclusión o no en el conocimiento de estos juzgados, así hay materias totalmente excluidas, materias incluidas con un consenso total, y también materias cuya discusión sobre su inclusión o no, aún no se ha solventado.

A) Respecto de las materias totalmente excluidas del ámbito civil de violencia de género, es pacífica la exclusión de los procesos sobre la capacidad de las personas, prodigalidad y los de internamiento involuntario. Como indica Regina Garcimartín Montero, “La declaración de incapacidad en principio está más relacionada con la condición de la persona que con las relaciones familiares, lo cual justificaría la decisión del legislativo de sustraer la declaraciones de incapacidad de los juzgados de violencia sobre la mujer. No obstante, si bien el pronunciamiento principal -el de declaración de incapacidad- no guarda relación con situaciones de violencia doméstica, no sucede lo mismo con la decisión judicial relativa al tutor, que con frecuencia acompaña a la declaración de incapacidad. Huelga decir lo indeseable que sería que se declarara tutor de la víctima a su propio agresor; lo mismo sucede cuando la persona incapaz es menor y la persona que juzga ha de prorrogar la patria potestad”.³⁰ El CC establece las causas por las que no se puede ser tutor a lo largo de los artículos 243 a 246. En los procedimientos en los que se nombra tutor o curador, se solicita por el juzgado la hoja histórico-penal de la persona propuesta como tal, para comprobar la existencia y tipo de antecedentes penales que en su caso tuviera. Si constasen antecedentes por violencia de género, es evidente que esta situación debe ser valorada y determinar si constituye una causa de inhabilidad, para ejercer el correspondiente cargo como tutor o curador, en este caso de su cónyuge/pareja, o hijos.

Esta situación cambiará a partir de la entrada en vigor de 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, el día 3-09-2021, ya que esta ley elimina del ámbito de la discapacidad, no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, dejando todo el peso de las medidas de apoyo en la curatela. Ahora bien las precauciones sobre la seguridad del nombramiento seguirán siendo las mismas.

³⁰ GARCIMARTÍN MORENO, R., “Las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en *“Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 19, de 2006, p. 34 a 41. Disponible en: <https://www.google.com/search?client=firefox-bd&q=las+competencias+civiles+de+los+juzgados+de+violencia+sobre+la+mujer+Regina+Garcimartin+montero>. (Última visita, 18-05-2020).

También esta ley plantea una nueva situación, al añadir un segundo párrafo al artículo 91 del CC “ Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. Veremos en un futuro su recorrido en violencia.

Sobre la ejecución de títulos judiciales, se ha pronunciado el TS Sala I, en auto de 22-3-2017, rec nº 1078/2016, (SP/AUTRJ/897537). En esta resolución, mantiene que estos procedimientos, no se encuentran entre los que corresponden a los JVSM, siendo competentes para su resolución los juzgados que conocieron en primera instancia. Para ello estudia los artículos 87 *ter* de la LOPJ, y 49 *bis* 1, 61 y 545.1, de la LEC. El procedimiento de ejecución de títulos judiciales no se encuentra entre los afectados por la “vis atractiva” contenida en el artículo 87 *ter* 3 de la LOPJ a favor de los JVSM.

Este precepto, al establecer los requisitos que cumulativamente deben concurrir para atribuir la competencia exclusiva en el orden civil, exige en primer lugar, que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del citado artículo, y esos asuntos, no hacen referencia a los procedimientos de ejecución, de aquellos títulos judiciales dictados por el juez del juzgado de familia/1ª instancia. De manera que estos procedimientos, no pueden identificarse con los asuntos que se citan en el número 2 del artículo 87 *ter* de la LOPJ.

En consecuencia, el referido artículo 87 *ter* 3 de la LOPJ, no introduciría ninguna excepción al régimen que en materia de competencia funcional establece el artículo 61 de la LEC, y conforme al artículo 545.1 de la LEC, la competencia para la ejecución de resoluciones judiciales correspondería al tribunal que conoció del asunto en primera instancia, o que homologó o aprobó la transacción o acuerdo.

B) Sobre las materias excluidas de forma parcial para los JVSM. Es también pacífico, que los procedimientos de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas, en materia matrimonial, artículo 748.5º de la LEC, serán de la competencia de los JVSM, cuando en la demanda de reconocimiento, se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas, (artículo 778.2 de la LEC), al tener encaje en el apartado d) del artículo 87 *ter* 2 de la LOPJ. Por la misma razón, “*a sensu contrario*”, quedarán excluidos de su ámbito competencial, los procesos de reconocimiento, de la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas matrimoniales, cuando no se soliciten medidas con la demanda de reconocimiento, supuesto del artículo 778.1 de la LEC.

C) Las materias incluidas en el conocimiento de los JVSM, son en algunos casos objeto de controversia. La redacción de ambos artículos, hace fácil concretar los procedimientos incluidos: filiación, maternidad y paternidad, los procedimientos de nulidad matrimonial, los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores, o sobre alimentos reclamados por hijos menores, los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción, y los de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

El artículo 87 *ter* 2-d) de la LOPJ, señala que estos juzgados podrán conocer de los asuntos “*que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar*”, es el precepto “cajón de sastre”, el comodín para asumir determinadas materias. Seguiremos en parte la exposición que hace la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (*en adelante, Guía práctica de la LIVG del CGPJ*).³¹

Una serie de materias se han incluido sin discusión:

1º)-El procedimiento para la fijación de un régimen de visitas a favor de los abuelos y familiares del menor/es, cuando ambos progenitores sean demandados.

2º)-La reclamación de las relaciones paterno filiales entre adultos, por ejemplo, el procedimiento para la reclamación de alimentos del hijo mayor de edad, cuando sus padres están inmersos en un procedimiento de violencia.

3º)-Los procedimientos sobre patria potestad, o solicitud del ejercicio exclusivo de la misma, exequátur de las sentencias matrimoniales extranjeras, o la disolución de la sociedad de gananciales (artículo 1.393 del CC).

4º)-Los procedimientos para la autorización judicial del ingreso de menores con problemas de conducta, y la autorización de la entrada en el domicilio para la ejecución de medidas de protección, previstos en los artículos 778 *bis* y *ter* de la LEC.

5º)-Los previstos en la LJV,³² esta ley nada indicó sobre los JVSM, tampoco la LOPJ al regular las competencias civiles se refirió a estas. Ahora bien, desde su aprobación, los juzgados de violencia tienen competencia, de acuerdo con la interpretación del artículo 87 *ter* 2 d) de la LOPJ y así conocen en relación a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia (Título III):

a)- la autorización, o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, artículos 23 a 26.

b)- la habilitación para comparecer en juicio, y nombramiento del defensor judicial, artículos 27 a 32.

c)- la adopción, artículos 33 a 42, tutela, curatela y guarda de hecho, artículos 43 a 52.

d)- la concesión judicial de la emancipación, y del beneficio de la mayoría de edad, artículos 53 a 55.

e)- la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieren a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, artículos 61 a 66.

³¹ GUÍA PRÁCTICA DE LA LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ed. CGPJ, Madrid. Revisión y reedición, octubre 2016. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (Última visita, 29-03-2021).

³² La jurisdicción voluntaria había sido “olvidada” por el legislador, que pese a reformar la LEC, mantuvo en vigor para ésta, la LEC de 1881. Ha sido necesario que transcurran 15 años, para que se promulgara la Ley 15/2015 de 2 de julio, LJV, en la que tampoco se realizó una previsión expresa en relación a la violencia de género. Si bien como hemos visto al examinar la competencia de los JVSM, es evidente que tienen competencia en esta materia, y en la tramitación de estos procedimientos se siguen las reglas generales de la misma. Si bien en violencia de género, interviene casi siempre el MF, al ser los expedientes que tratan materias de familia y persona. Los expedientes de jurisdicción voluntaria, que realmente y desde la práctica, se encuentran en el día a día de los JVSM, son los expedientes de familia, sobre desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, y las medidas previstas en el artículo 158 del CC.

f)- la intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, e intervención judicial en caso de ejercicio inadecuado de la guarda o de la administración de los bienes del menor, o persona con capacidad modificada judicialmente, artículos 84 a 89.

g)- la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal, y en la administración de bienes gananciales, artículo 90.

h)- las medidas previstas en el artículo 158 del CC.

6º)-Son también competentes, para conocer de la impugnación de las resoluciones denegatorias del derecho a la asistencia jurídica gratuita, y de los procedimientos de reclamación de honorarios de abogados, y cuentas de procuradores que se deriven de los procedimientos principales de los que conozcan o hayan conocido.

7º)-La liquidación del régimen económico matrimonial. Según lo dispuesto en el artículo 807 de la LEC, esta competencia se atribuye al juzgado que conoció del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial, por alguna de las causas previstas en la legislación civil (artículos 65 y 541 de la LEC). En estos procedimientos, hubo una inicial resistencia en los JVSM, para su admisión dentro de sus competencias, resistencia que hoy ya está superada.

8º)-Los procedimientos de modificación de medidas, dado el propósito final del legislador, que un mismo órgano judicial conozca de las consecuencias tanto civiles como penales derivadas de la violencia de género, siempre y cuando se den todos los requisitos necesarios.

9º)-El procedimiento para la adopción de medidas relativas a las parejas de hecho, y uniones estables heterosexuales, estén inscritas en un registro o no, cuya ruptura, también puede precisar de la adopción de medidas de trascendencia familiar, se incluiría en el artículo 87 *ter* 2 e) de la LOPJ, “*los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de hijos e hijas menores*”. Aunque se trató de una cuestión inicialmente debatida, la competencia para el conocimiento de este tipo de procedimientos, ha de ser atribuida a los JVSM a fin de no incurrir en ninguna discriminación para las víctimas que sufren violencia por su condición matrimonial o no matrimonial. La tramitación del procedimiento, en cambio, se ajustará a las normas del juicio que corresponda, pueden ser parejas de hecho con hijos, en cuyo caso todos los efectos relativos a la regulación de la ruptura, patria potestad, custodia...se ventilarían en el procedimiento de forma conjunta, según lo dispuesto en el artículo 770 nº 6 LEC, al contrario que la decisión sobre los efectos patrimoniales de la pareja que seguirían cada procedimiento establecido en la ley, serían los referidos a la atribución del domicilio familiar, o el establecimiento de una indemnización como si de una pensión compensatoria se tratara, seguirían los correspondientes juicios verbal u ordinario.

10º)- Los procesos de ejecución de las resoluciones dictadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la LEC.

D) Materias cuya atribución es polémica y dudosa. La sustracción internacional de menores.

Hay que señalar con carácter previo, que sólo nos referiremos al ámbito civil, diferente al penal regulado en el artículo 225 bis del CP. Procedimiento civil que se considera preferente y preferido a la hora de velar por el interés del menor, porque es única vía que conduce a la restitución del mismo.

Según la Circular de la FGE 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, “ésta tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor”.³³

Tal regulación se modificó con la Disposición Final tercera de la LJV, que introdujo un nuevo Capítulo IV bis, en el Título I, del Libro IV de la LEC, en el que se contienen las medidas relativas a la restitución de menores en supuestos de sustracción internacional.

La Guía práctica de la LIVG del CGPJ, incluyó sin reservas esta materia en el ámbito competencial de los JVSJM: “El procedimiento para la adopción de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, cuando el menor se encuentre en España, regulado en el Capítulo IV bis. “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”, que introduce, los nuevos artículos 778 *quáter* y *quinquies* LEC, que introdujo la LJV, está comprendido en el ámbito de la competencia civil de los JVM por su inequívoca trascendencia familiar. Lo mismo sucede en el supuesto de declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional de un menor con residencia habitual en España, contemplado en el artículo 778 *sexies* LEC”.³⁴

Sin embargo tal atribución, ha sido muy polémica y debatida, y aún lo sigue siendo. Los jueces, tribunales, y la doctrina no lo tienen tan claro, como la Guía anteriormente citada. Si hay una palabra que define la sustracción internacional de menores es: complejidad.

En nuestra legislación, la decisión sobre el traslado del domicilio de un menor, es una materia que se incluye dentro del marco de la patria potestad, lo que exige una decisión conjunta de ambos progenitores, o en su defecto una decisión judicial. En los artículos antes indicados, se recogen los supuestos de restitución de un menor, que ha sido trasladado de forma ilícita a España desde su país, o que llegado de forma lícita, luego es retenido aquí; y por último el supuesto de reintegro, en el que el menor que tiene su residencia habitual en nuestro país, es objeto de un traslado o retención ilícitas en el extranjero.

El cauce procedimental, tal y como se expone en el punto XII del Preámbulo de la LJV, es un proceso especial y con sustantividad propia, establecido a continuación de los procesos matrimoniales y de menores, en la LEC. Se moderniza y se introducen mejoras sustanciales en el procedimiento, incluyendo las medidas cautelares y las

³³ CIRCULAR N° 6/2015, de 17 de noviembre, de la FGE, sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, p.1. Disponible en <https://www.fiscal.es> (Última visita, 29-03-2021).

³⁴ GUÍA PRÁCTICA DE LA LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ed. CGPJ, Madrid. Revisión y reedición, octubre 2016. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (Última visita, 29-03-2021).

comunicaciones directas entre autoridades judiciales. El preámbulo de la LJV, en su punto XII indica lo que se busca en esta reforma "...una mayor concentración de la jurisdicción, atribuyendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia con competencias en Derecho de Familia de la capital de la provincia en cuya circunscripción se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos y, si no hubiera, al que por turno de reparto corresponda. Con ello se favorece la especialización para resolver los problemas que surgen en relación con estos casos y, en consecuencia, la calidad y la eficacia de la respuesta judicial".

La sustracción de menores, se caracteriza por ser una materia especial, cuyo procedimiento debe ser desarrollado por el juzgado competente, de forma rápida para lograr la restitución del menor, por lo que cabe que se adopten medidas cautelares, y se admitan de forma restrictiva causas de oposición a la misma. Y también una materia muy compleja, por su componente esencial de DIPr en sus dos niveles, DIPr general y DIPr comunitario, lo que exige para su aplicación un profundo conocimiento de la materia.

El artículo 778 *quáter* de la LEC, establece un ámbito claro de aplicación, "*1. En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional*".

Este procedimiento será siempre el que se debe utilizar cuando se pretenda la restitución a España de un menor, o el retorno a su lugar de residencia, cuando haya sido objeto de un traslado o retención ilícita, y sea aplicable un convenio internacional del que forme parte nuestro país. Sin ánimo de exhaustividad, indicar que los principales convenios son: el Convenio de Luxemburgo (Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20-05-1980), el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (*en adelante, Convenio de la Haya de 1980*), el Reglamento 2201/2003, (CE) del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, conocido como Reglamento Bruselas II bis, o el Convenio Bilateral con el Reino de Marruecos de 30-05-de 1997 sobre Reconocimiento y Ejecución de resoluciones en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, en vigor en España desde el 1 de julio de 1999, o las disposiciones de la UE.

No será pues aplicable, cuando el Estado requirente no forme parte de la UE, ni sea parte de algún convenio internacional, acudiéndose en estos casos a las normas generales de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

La determinación de la competencia es clara y exclusiva, la fija el artículo 778 *quáter* 2 de la LEC: "*En estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda. El Tribunal examinará de oficio su competencia*". Luego la

atribución al JVSM de estas competencias supondría la necesidad de reformar la ley. La conclusión nº 23 de la Circular 6/15, de la FGE antes indicada, para evitar la peregrinación de la competencia, sea con una intención fraudulenta o no, determina que: “Ante los cambios de domicilio de los demandados, los Sres. Fiscales promoverán la *perpetuatio iurisdictionis* del Juez inicialmente competente cuando de las circunstancias concurrentes pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento”.³⁵

Como peculiaridad del procedimiento, hay que destacar la rapidez, el menor no debe desarraigarse y un procedimiento largo desnaturaliza su finalidad, por lo que se fija un plazo de 6 semanas para la tramitación total del proceso, incluyendo las dos instancias. No se suspenderá el procedimiento por prejudicialidad penal, que venga motivada por el ejercicio de acciones penales en esta materia. Se intenta que la comunicación entre organismos internacionales sea rápida y fluida recurriendo al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya, y de los jueces de enlace.

El objeto del procedimiento, su único fin, es lograr la restitución del menor, ya que se identifica, el interés de este con la vuelta a su lugar de residencia, no se trata de resolver la cuestión de fondo, decidir quién tiene derecho a llevarse al niño, por ello en los casos en que se aprecie, o se alegue, que no concurre ese interés del menor, se han previsto excepciones de no retorno.

Es clara la posibilidad de adopción de medidas cautelares. Se permite adoptar medidas cautelares en cualquier momento del procedimiento, ya que el menor no puede quedar desprotegido. En nuestra legislación general, existen determinadas medidas, para establecer una protección, incluso con carácter previo, como son las previstas en los artículos 103 y 158 nº 3 del CC, que establecen medidas para intentar evitar que se produzca una sustracción, y no sólo por uno de los progenitores, sino también por terceras personas. Estas medidas pueden consistir, en la prohibición de salida del territorio nacional salvo autorización judicial previa, prohibición de expedición del pasaporte al menor, o retirada del mismo si ya se hubiere expedido, o el sometimiento a autorización judicial previa, de cualquier cambio de domicilio del menor.

Son pocas las excepciones a la restitución. Se pueden alegar excepciones de dos tipos, unas basadas en la existencia de un riesgo real y específico, y otras en las que no es necesario alegar tal riesgo. Los límites son precisos, y están establecidos tanto en el Convenio de la Haya, artículos 12, párrafo 2º, 13, y 20, como en el Reglamento 2201/2003 (CE) del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en sus artículos 11 apartados 4º y 8º.

En el Convenio de la Haya de 1980 el artículo 12 alude a la no reintegración del menor, en el caso que este se hubiera integrado en su nuevo ambiente, es en el artículo 13, en el que se exime al Estado requerido de ordenar la restitución, si la persona, institución u organismo que se opone, demuestra que quién estaba al cargo de la persona del menor, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia, en el momento en que fue trasladado o retenido, o había consentido, o posteriormente aceptado el traslado o retención, o existía un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier otra manera

³⁵ CIRCULAR Nº 6/2015, de 17 de noviembre, de la FGE, sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, p.42. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 29-03-2021).

ponga al menor en una situación intolerable (artículo 13.b). La autoridad judicial o administrativa, podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor, si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad, y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Y por último, el artículo 20, señala la posibilidad de denegación de la restitución, cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido, en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.³⁶

En el Reglamento CE nº 2001/2003, del Consejo de 27 de noviembre, el artículo 11.4 indica: “*Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución*” y el apartado 8º: “*Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamentos será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor*”. Estas excepciones no operan de una forma automática, sino que precisamente por ser la norma general el retorno inmediato, deben alegarse y acreditarse suficientemente, por quién las alega.

Expuestas las directrices generales, si introducimos la variable: violencia de género, ¿Qué ocurre? La excepción que aquí se alegaría, para justificar el no retorno del menor, sería la existencia de una situación de violencia de género grave, y entiendo que sí podría estimarse, ya que afectaría al interés de protección del menor y su

³⁶ Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores. Artículo 12: “*Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor*”. Artículo 13: “*No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor. Artículo 20: “*La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*”.*

normal desarrollo, de acuerdo con las sucesivas modificaciones que ha sufrido la ley que regula la protección de la infancia y adolescencia.

Es cierto que en la mayoría de casos de sustracción, el sujeto activo de la misma es una mujer, y su evolución ha crecido de forma exponencial,³⁷ según la exposición de M^a Jesús Cañadas Lorenzo, “Nuestra legislación ofrece un concepto amplio y un concepto restringido de Violencia de Género: El concepto amplio es el contenido en el artículo 3 d) del Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011), conforme al cual “por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”; El concepto restringido lo ofrece el artículo 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género, comprendiendo solo aquella que se ejerce sobre una mujer por un varón con el que tiene o ha tenido una relación sentimental. Relacionando ambos conceptos, la VG puede incidir en la sustracción de menores en tres maneras: -La madre víctima de VG huye de su agresor llevando a los hijos con ella. -El padre agresor traslada a los hijos menores como forma de maltrato psicológico a la madre. -Cualquiera de los progenitores traslada a la hija para alejarla de un país en el que existe el riesgo de que se ejerza violencia de género sobre ella (mutilación genital, matrimonio forzado ...)...Según estudio de Reig Fabadol en 2015 el 73% de los progenitores sustractores eran madres que, en el 93% de los casos tenían reconocida la custodia de los menores, considerándose que una parte de ese 73% de mujeres eran víctimas de VG , siendo en esos casos el traslado del menor una vía de alejamiento del agresor. Esta circunstancia, unida a que con posterioridad a la aprobación del Convenio de la Haya se haya procedido al desarrollo legislativo en materia de VG en una pluralidad de Estados, y a la publicación en 2011 del Convenio de Estambul, ha llevado a la Conferencia de la Haya a realizar un estudio específico de la situación, redactándose en octubre de 2017 por la Comisión Permanente un Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1) (B) 2 (en adelante, PBP) que hace continuas referencias a las situaciones de violencia doméstica y que incluye un apartado específico sobre la materia”.³⁸

Parece pues, que se encuentra a favor de la inclusión de la sustracción internacional de menores, como materia competencia de los JVSM.

En las Jornadas de unificación de criterios en materia de violencia de género, celebradas los días 4 a 6 de octubre de 2017 en Madrid, se planteó como una cuestión a debatir. En estas jornadas se utilizó la fórmula de cuestionario, y en el “Bloque I. Problemas de competencia en los JVSM, competencia objetiva”, se planteó la sustracción de menores en el siguiente bloque: “Cuestiones derivadas de la competencia en relación con los tipos penales. Competencia para conocer de los

³⁷ Vid. A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Year of publication: 2018. (Análisis estadístico de las aplicaciones hechas en 2015 bajo la Convención de la Haya de 25-10-1980, sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores). Disponible en: <https://www.hcch.net> (Última visita, 27-06-2020).

³⁸ CAÑADAS LORENZO, M.J. “La Incidencia de la Violencia de Género en la Sustracción Internacional de Menores”. Ponencia del VII Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género, celebrada en Madrid, los días 18 y 19 de octubre de 2018, p. 2 y 3. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (Última visita, 30-03-2021).

delitos contra los derechos y deberes familiares. Impago de pensiones. Sustracción de menores. Problemas de competencia en el delito de quebrantamiento de pena y condena”.

Lo primero que podemos destacar, es que se incluye la sustracción dentro de un grupo de materias penales, resolviendo sobre la competencia para conocer de la sustracción, en el siguiente sentido, “... Desde el plano civil, existe una discusión en cuanto a qué Juzgado será el competente para conocer del procedimiento de restitución internacional de un menor sustraído conforme a los artículos 778 quáter y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el JVM cuando se den los presupuestos del artículo 87 ter 2 y 3 de la LOPJ al estar ante un procedimiento de trascendencia familiar o, por el contrario al Juzgado de Primera Instancia de la capital de Provincia”. La conclusión resuelve el resto de cuestiones planteadas, pero “pasa de puntillas” sobre los problemas de la competencia, de la sustracción de menores con una referencia genérica, realizada al hilo del impago de pensiones.³⁹

Podemos hablar de un antes y un después, en la legislación sobre esta cuestión, con la entrada en vigor de la LJV. Sólo tenemos conocimiento de un procedimiento que se haya tramitado en relación a la sustracción internacional de menores, en los juzgados de violencia y ha sido en los JVSM de Madrid, procedimiento tramitado con anterioridad a la reforma de la LEC de 2015, por la LJV, que ha sido objeto de numerosos estudios.

Se inició el procedimiento de instrucción penal por denuncia de violencia de género, en el JVSM nº 6 de Madrid, que se inhibió posteriormente al JVSM nº 11 de Madrid, que era el competente para su instrucción, y que también se consideró competente en la vía civil, para resolver sobre la sustracción de menores que se denunció.

Los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento, son los siguientes: la madre, D.V.D. residía en Suiza junto con su hija menor de edad, O.K.V. nacida el 17-12-2009, y se trasladó con esta en agosto de 2013 a España, sin contar con el consentimiento paterno.

El padre de la niña, el día 7-11-2013 promovió un expediente de sustracción internacional de menores, para la restitución de la menor a Suiza ante el juzgado de 1ª instancia nº 29 de Madrid. La oposición de la madre, transformó el expediente en contencioso, y se remitió a los trámites del juicio verbal. En ese momento se planteó cuestión de competencia objetiva, al existir un procedimiento vivo en sede de violencia de género, y este juzgado se inhibió en favor del JVSM nº 11 de Madrid, donde se siguió el procedimiento de sustracción internacional de menores nº 1/2013.

Celebrado el procedimiento en primera instancia, el JVSM resolvió por auto de 14-04-2014, que la menor tenía su residencia habitual en Suiza donde convivía con sus progenitores, y había sido trasladada a España de forma unilateral por la madre, sin el consentimiento paterno, en estos términos, es evidente que se había producido un traslado ilícito en los términos del Convenio de la Haya de 1980. Sin embargo, el auto del JVSM, pese a reconocer el traslado ilícito, acordó la no restitución de la menor a Suiza, al estimar la excepción prevista en el art. 13 b) de dicho convenio,⁴⁰ conforme

³⁹ JORNADAS DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. Organizadas por el observatorio contra la violencia de género en la Formación continua en violencia de género del CGPJ. Celebradas en Madrid, del 4 al 6 de octubre de 2017, CGPJ, Punto 4, p. 6 y 7. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/Temas/Formación> (Última visita, 30-03-2021).

⁴⁰ Artículo 12 b) del Convenio de la Haya: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del

a la cual, la autoridad del Estado requerido, no está obligada a ordenar la restitución del menor si «existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable». Se valoraron en el auto las denuncias formuladas por la madre contra el padre por violencia de género, tanto en España como en Suiza, e invocando el interés superior de la menor se concluyó con la necesidad de un previo pronunciamiento penal para resolver sobre la sustracción.

El padre de la menor interpuso recurso de apelación, contra dicho auto, que se siguió ante la sección nº 22 de la AP de Madrid, que en auto de fecha 31-03-2015, a mi juicio de forma totalmente adecuada, revocó tal resolución acordando la restitución de la menor a Suiza, al entender, que probado de forma rotunda que el traslado fue ilícito, y sin consentimiento, así como que no concurrían causas excepcionales para detener el retorno.

Ante el revés sufrido en la AP, se interpuso recurso de amparo ante el TC por la madre, el 22-05-2015, y el TC Sala II en Sentencia 16/2016 de 1 de febrero, recurso de amparo nº 2937-2015, resolvió declarando la nulidad de las resoluciones.⁴¹

La complejidad del procedimiento fue tal, que incluso el TC en la sentencia primero señaló la razón de la admisión a trámite del recurso: “En el presente caso, este Tribunal decidió admitir este recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal, y es sobre el deber sobre el deber del órgano judicial de valorar la situación de integración del menor en su nuevo medio, en orden a motivar la resolución judicial que resuelva una solicitud de restitución [STC 155/2009, FJ 2 a)]”. El TC entiende que al tiempo de resolverse la apelación, ya habían transcurrido veinte meses desde el traslado de la niña a España, y ésta se encontraba plenamente integrada en su nuevo medio, por otra parte señala que la sentencia de la AP omitió ponderar esta circunstancia, e incurrió en una indebida valoración del interés superior de la menor; en consecuencia la sentencia concluye, que la resolución impugnada carece de motivación suficiente, ya que siempre que exista un menor implicado, la adecuación constitucional de la motivación, debe evaluarse en función del respeto de su interés superior.

La cuestión de la competencia del JVSJ, fue alegada por la recurrente, en el recurso de amparo, ya que estimaba que tal pronunciamiento había sido indebidamente abordado por el auto de la audiencia, ya que AP sí examinó la competencia del JVSJ, y en el fundamento jurídico segundo de su auto, tras enunciar el artículo 87 *ter* 2 de la LOPJ señaló: “La indudable trascendencia familiar de la medida que ahora se cuestiona no ofrece lugar a dudas, siendo, por otra parte, manifiesto que el juzgado de la instancia continúa conociendo de aquellos hechos denunciados por violencia, y presuntamente ocurridos en el año 2011, lo que atrae la

menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a)...b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones...”

⁴¹ Por su interés sentencia disponible en: ECLI:ES:TC:2016:16/http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/

competencia exclusiva de dichos juzgados de violencia sobre la mujer para conocer de la cuestión de fondo suscitada”. El TC tras señalar la necesaria delimitación del alcance de las quejas, y su encuadramiento, dejó fuera de su enjuiciamiento, una serie de alegaciones formuladas en la demanda de amparo, entre ellas: “... también la queja por incongruencia que se imputa al Auto recurrido por afirmar (a mayor abundamiento) la competencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer, cuando dicho pronunciamiento no causa perjuicio alguno a la demandante”.

Una de las conclusiones más importantes que podemos destacar en el desarrollo del procedimiento, *es que su lentitud exasperante benefició en todo caso a la progenitora infractora*, y así una presunta sustracción que se inicia en el año 2013, en el año 2016 aún no se ha resuelto. Indicar por último respecto de este caso, que las órdenes de protección solicitadas por la madre fueron denegadas, y el procedimiento penal sobreesido de forma definitiva.

Tras un procedimiento que termina en el TC, seguimos sin una determinación concreta de la pertenencia de la sustracción internacional de menores dentro de las competencias de los JVSJM. Para luchar contra estas situaciones, es por lo que se reforma la ley y se incluye un procedimiento totalmente novedoso, que trata de evitar, la utilización del juzgado de violencia como otra “vía de hecho” para evitar la restitución del menor sustraído.

En relación con la falta de competencia de los JVSJM, para conocer de estos procedimientos, estoy de acuerdo con la postura que Francisco Javier Forcada Miranda mantiene, entendiendo que con la reforma de la LJV relación a la sustracción internacional de menores, ya no cabe plantearse que el JVSJM pueda ser competente para conocer de estos procedimientos.

“Bajo la legislación anterior, se dictó el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2015, sección 22ª, que daba competencia objetiva para conocer de un caso de sustracción internacional de menores a un Juzgado de Violencia en base al artículo 87 ter 2,d) de Ley Orgánica del Poder Judicial (los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar), cuando simultáneamente se diesen los demás requisitos del artículo 87.3 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, que a la vez las partes estuvieran incurso en un procedimiento penal por violencia de género. Este hecho, que nunca antes desde que existen juzgados de violencia se había producido, sería imposible que se reprodujera tras la reforma de 2015 que concentra taxativamente la competencia en los juzgados de familia. Si tras la reforma de 2015 se admitiera que un juzgado de violencia puede conocer de este tipo de procesos, se rompería la lograda concentración de la competencia en España, se iría contra la voluntad del legislador de 2015 y se impondría un veto no deseado a la operativa de la mediación en estos casos. Incluso antes de 2015 parecía clara la no expresa inclusión de estos procesos en la Ley 1/2004, entre las materias civiles competencia de los juzgados de violencia. Señalar, finalmente, que la concentración de la competencia en la reforma de 2015 no se rompe ni indirectamente por las previsiones competenciales del artículo 778 sexties de la LEC. Allí, para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional se da competencia a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto... a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso medidas art. 158, y para la declaración del artículo 15 del Convenio de 25 de octubre de 1980 se da competencia a la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor,

siendo competente en su defecto el juzgado de primera instancia del último domicilio del menor en España. En ambos casos, se ha tratado siempre de que finalmente algún juzgado español tuviera competencia para estas declaraciones que tanto ayudan después en el propio proceso de sustracción internacional de menores”.⁴²

La Circular de la FGE 2/2021, de 30 de abril, sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil, nada indica sobre esta materia, y dentro de los procedimientos sobre menores, en su punto 4.1.4.2 en relación a los procedimientos sobre sustracción internacional de menores, señala que la competencia es la que establece el artículo 778 *quáter*, apartado segundo de la LEC, remitiéndose para su interpretación a lo dispuesto en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, que considera plenamente vigente.⁴³

Entiendo que la sustracción internacional de menores no es competencia de los JVSM, la atribución legal de la competencia se hace a los juzgados de 1ª instancia, según lo dispuesto en el artículo 778 *quáter* 2 de la LEC, por lo que para realizar esta atribución a los JVSM, sería necesaria una modificación de la LEC.

Por último, indicar que de nuevo esta materia sufrirá un cambio con el Reglamento 2019/1111, que a partir de agosto de 2022 sustituirá al Reglamento 2201/2003, y que establece una regulación también específica para la sustracción internacional de menores.

2.1.2. COMPETENCIA SEGÚN LA PERSONA.

La competencia según la persona, “*ratione personae*”, exige la coincidencia de las partes del procedimiento penal y del procedimiento civil, según la LOPJ, artículo 87 *ter* 3 b) y c), es decir, que víctima y autor del procedimiento penal, sean parte demandante o parte demandada en el procedimiento civil. En el punto b) se señala como necesario “*Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo*”.

Una de las partes debe ser la víctima del ilícito penal de violencia de género, y es este concepto el que va a determinar quién es una de las partes del procedimiento civil de violencia. El concepto de víctima, será el establecido por la legislación penal, a la luz de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, (*en adelante LEVD*), en su artículo 2, y la elaboración jurisprudencial sobre dicho concepto, pero puesto en relación con la LIVG, dado que ésta en su artículo 1 señala una muy importante limitación en el concepto de “víctima de violencia de género”, sobre quienes pueden ser sujetos pasivos de la violencia de género, “*La presente Ley*

⁴² FORCADA MIRANDA, F. J. “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/15 (Parte II)”, en *Revista Millennium Derecho internacional privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, nº 3 (de enero a junio de 2016) p. 2 y 3. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-39-el-nuevo-proceso-espanol-de-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional-la-decidida-apuesta-por-la-celeridad-y-la-novedosa-circular-de-la-fiscalia-6-2015-parte-ii>. (Última visita, 29-03-2021).

⁴³ CIRCULAR Nº 2/2021, de la FGE, de 30 de abril, sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil, p.41. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 29-03-2021).

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". Es decir en nuestra materia civil de violencia, únicamente se pueden referir a relaciones entre un hombre y una mujer, siempre que el hombre sea el sujeto activo del delito, o también en los casos en los que ambos sean investigados por delitos recíprocos.

La otra parte del procedimiento civil, es el presunto autor, o también si ha terminado el procedimiento, el condenado, penado, o absuelto en la sentencia. En el artículo 87 *ter* 3 c) de la LOPJ, se recoge "*Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado*⁴⁴ *como autor, inductor, o cooperador necesario en la realización de violencia de género*". El sujeto activo del delito de violencia debe formar parte de la relación, siendo indiferente su posición en el procedimiento penal, ya que el procedimiento civil puede iniciarse cuando el denunciado, está en la condición de investigado, acusado o condenado, también si el sobreseimiento acordado, o la sentencia absolutoria dictada no son firmes.

En relación a los actos de violencia de género, que determinan que estemos ante una víctima y un presunto autor de un delito de violencia de género, son los referidos en el propio artículo 87 *ter* 1. en su punto a) al determinar que los JVSJ conocerán : "*De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los 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. b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior. c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia. d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.*

Resulta irrelevante la posición que las partes ocupan en el procedimiento penal, tanto por parte del investigado/acusado/condenado/absuelto, o como de la víctima, ya que ambos pueden ser demandantes o demandados, formular reconvencción, y en definitiva ejercer todas las acciones civiles que les permite la ley. En los expedientes de jurisdicción voluntaria no existe tal terminología, al no ser

⁴⁴ El término "imputado", no ha sido corregido al modificar la LECr, por la LO 13/15, de 5 de octubre, por lo que los términos correctos serían, "investigado o encausado".

procedimientos, sino expedientes, pero igualmente pueden intervenir ambos, ejercitando las oportunas acciones, que les correspondan. Más adelante veremos la relación entre el procedimiento penal de violencia y los procedimientos civiles, según el momento de interposición o tramitación de los mismos, así como los problemas de competencias y aplicación de la ley que se producen.

2.1.3 COMPETENCIA SEGÚN LA ACTIVIDAD PRECEDENTE.

El artículo 87 *ter* 3 d) de la LOPJ, exige que se hayan iniciado ante el juez de violencia sobre la mujer, actuaciones penales por delito o falta,⁴⁵ a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género, es un requisito infranqueable de procedibilidad.

2.2 COMPETENCIA TERRITORIAL

Las normas de competencia territorial, son aquellas que permiten atribuir el concreto conocimiento de un proceso, a un órgano jurisdiccional de una determinada jurisdicción, con exclusión del resto. No hay prevista ninguna norma específica para violencia. Ahora bien, la competencia territorial civil de los JVSJM, se ve directamente afectada por la competencia penal, al ser competente para el conocimiento del procedimiento civil, el juzgado de violencia instructor de la causa penal. A su vez, la competencia penal general para la instrucción de los delitos establecida en la LECr, también se altera en violencia de género, ya que la norma general del “*forum delicti commissi*”, artículo 14 de la LECr, no se aplica.

No se siguen las normas de competencia territorial, establecidas en los artículos 769 y 771 de la LEC, que determinan legalmente la competencia en materia civil con carácter general. Las normas de competencia territorial en materia civil de familia, no tienen carácter dispositivo, si bien en algunos casos las partes tienen un pequeño margen de elección, ya que hay algunos foros electivos, por ejemplo en el procedimiento de divorcio, el demandante puede elegir en el caso de residir el demandado en otro partido judicial, entre el tribunal del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado (artículo 769 de la LEC), esto no es posible en violencia de género.

El artículo 59 de la LIVG establece la competencia territorial penal, e incluye un nuevo artículo en la LECr, el 15 *bis* que introduce una nueva forma de determinación de la competencia territorial, tan llamativa como compleja, que ha planteado numerosos problemas de aplicación. Este artículo es claro al determinar, que la competencia territorial penal del JVSJM, no sigue las reglas generales, sino que siempre es competente el juzgado de violencia, al que corresponda el domicilio de la víctima: “*En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.*”

⁴⁵ La referencia a “las faltas”, no se ha cambiado en la ley, ahora la referencia sería a “los delitos leves”, por la reforma del CP, que ha eliminado las faltas.

Luego será competente para conocer del procedimiento civil, el juez de violencia a quién por las normas de competencia penales, corresponda la instrucción del procedimiento penal, siendo el fuero imperativo a seguir, en este último el del “domicilio de la víctima”, foro que también ha sido objeto de múltiples debates, y pronunciamientos judiciales, en cuanto a su interpretación, y que debe determinarse, en el procedimiento penal, conforme a criterios civiles como, “la residencia habitual”.

El TS se ha venido pronunciando, sobre la competencia territorial de los procedimientos de violencia de género, “...como reiteradamente venimos diciendo, (vid. auto de 07/03/2006 cuestión de competencia 20368/2006, entre otros). El artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, dispone que "En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponde al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima..." norma que trata de favorecer la situación procesal de la víctima en relación con el órgano jurisdiccional, y que puede suponer una excepción a la norma general del *forum delicti comisi*. Hay que decir, lo que se entiende por domicilio de la víctima, ya que el nuevo precepto no precisa si se está refiriendo al domicilio de la víctima en el momento en el que se producen los hechos posibles o el que tenga al tiempo de presentar la denuncia. Esta decisión ha sido sometida a un Pleno no Jurisdiccional de esta Sede que, en reunión celebrada el día 31 de enero de 2006, ha acordado que por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio y es el criterio que coincide con lo expuesto por el Ministerio Fiscal, aplicando el mantenido por la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado; entre otros en Auto TS, Sala II, de lo Penal, de 23 de enero de 2020, recurso 20927/2019 SP/AUTRJ/1038364”.

“Por tanto, en los supuestos de Violencia de Género se vienen a alterar las reglas que sobre competencia territorial se contienen en el artículo 769 LEC. (LA LEY 58/2000) La competencia territorial de estos juzgados para conocer de las denuncias interpuestas en materia de violencia de género, corresponde al del domicilio de la mujer al tiempo de ocurrir los hechos, independientemente del lugar en el que se haya producido el hecho denunciado (artículo 15 bis LECRIM (LA LEY 1/1882), e independientemente del lugar o domicilio al que la víctima, después de producido el hecho, decida trasladarse. Esta regla, trasladada al ámbito civil, supone que será Juez competente para conocer de la demanda civil, el JVSJ ante el que se hubiera planteado o al que se hubiera repartido la correspondiente denuncia por un acto de violencia de género. Por tanto, el Juez de Violencia sobre la Mujer que hubiese llevado el asunto penal, será el competente tanto para la cuestión penal, como civil. Ahora bien, si es el JVSJ el que se inhibe a favor de un juzgado civil, se realizará no al del domicilio de la víctima sino al que resulte competente conforme a las reglas del art. 769 LEC. (LA LEY 58/2000)”⁴⁶.

⁴⁶ DÍAZ VELÁZQUEZ, M. A., “Concurrencia de competencias entre el juez de violencia y el juez de familia”, en *Diario La Ley Derecho de familia*, Nº 12, 7869/2016, Ed. Wolters Kluwer, cuarto trimestre de 2016 p. 9. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 30-03-201).

La determinación del domicilio de la víctima, se hace pues de forma imperativa, señalando que es, el correspondiente al de ésta al tiempo de cometerse el hecho, evitando así que posteriores cambios de domicilio puedan alterar un criterio de competencia territorial. “Sin embargo son numerosos los conflictos de competencia que se han venido produciendo en supuestos tales como los que ahora se indican: a) víctima con varios domicilios simultáneamente; b) cambios sucesivos de domicilio por parte de la víctima produciéndose en todos ellos o algunos diferentes hechos que podrían integrar un delito del 173.2 CP; c) cambios sucesivos de domicilio por parte de la víctima produciéndose unos hechos primeros en uno y otros posteriores diferenciados (ej. un maltrato del 153.1 y 3 CP no denunciado todavía y, tras pasar a residir en un nuevo domicilio, unas amenazas del 171.4 CP); d) víctima con domicilio en el extranjero y domicilio accidental en España; e) supuestos excepcionales de inexistencia de domicilio”.⁴⁷

La competencia territorial en determinados casos puede suscitar problemas entre los distintos juzgados, para señalar el efectivamente competente, las cuestiones de competencia de este tipo se dan entre JVSM, ya que los que se ocasionan entre los de 1ª instancia/familia y los JVSM, son conflictos objetivos, no territoriales. Para su tramitación no se ha establecido ningún procedimiento especial, se siguen los cauces generales de la LEC.

2.3 COMPETENCIA FUNCIONAL. PROBLEMAS QUE PLANTEA SU DETERMINACIÓN.

La competencia funcional, determina qué tribunal debe conocer de cada fase del procedimiento, de sus incidencias y ejecución, así como quién debe resolver los recursos en segunda instancia. En principio no hay duda, el juzgado que dicta la resolución es el competente para ejecutarla. Con carácter general la LEC, en el Título II, capítulo II, sección 3ª “De la competencia funcional”, artículos 61 y 62, aunque no comprende toda la regulación, ya que dentro del propio texto legal, también se encuentra en los artículos 46 (sobre la especialización de los juzgados de 1ª instancia), 47 (la competencia de los juzgados de paz) y fundamentalmente el artículo 49 bis, al que luego nos referiremos de forma extensa.

El artículo 61 de la LEC, señala la competencia funcional por conexión: “*Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare*”. El artículo 62 del mismo texto legal, se refiere a la apreciación de oficio de la competencia para conocer de los recursos.

La LOPJ es reformada por la LIVG, y se añade un nuevo párrafo al artículo 82.4: “*Las Audiencias Provinciales conocerán, asimismo, de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en materia civil por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia. A fin de facilitar el conocimiento de estos recursos, y atendiendo al número de asuntos existentes, podrán especializarse una o varias de*

⁴⁷ JORNADAS DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. Organizadas por el observatorio contra la violencia de género en la Formación continua en violencia de género del CGPJ. Celebradas en Madrid, del 4 al 6 de octubre de 2017, CGPJ, p. 10. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/Temas/Formación> (Última visita, 30-03-201).

sus secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la citada Ley Orgánica”.

El JVSM asume sus competencias con exclusión del resto, tanto para dictar la resolución que proceda, como para resolver los incidentes que se produzcan, y practicar su ejecución. En este estudio de la competencia funcional empezaremos ya a relacionarlo con el artículo 49 *bis* de la LEC, que según la jurisprudencia, tiene mucho que ver con la competencia funcional.

La Guía práctica de la LIVG del CGPJ, así lo indica, al señalar: “El artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se ha señalado, dispone la pérdida de la competencia del Juzgado de Familia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer, señalando los requisitos y fases procesales para el conocimiento exclusivo y excluyente en materia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Se plantea con frecuencia el supuesto en que por parte del Juzgado de Familia se haya dictado ya Auto o Sentencia y que en fase de ejecución de la resolución judicial se produzca el acto de violencia sobre la mujer, dando lugar a la denuncia penal y al inicio de actuaciones ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Seguirá siendo competente, al amparo del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la ejecución de la resolución judicial el mismo órgano que conoció del asunto en primera instancia. Y ello también cuando la parte pretenda la ejecución de medidas previas dictadas por el Juzgado de Familia, aun cuando la demanda principal ya esté sustanciándose en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, de 17 de julio de 2007, entre otras), teniendo siempre en cuenta que las medidas previas pueden haber sido modificadas por otras provisionales en el JVSM (artículo 772 LEC). Las medidas coetáneas, si la inhibición se ha producido aplicando el criterio de la citación para la vista principal como límite temporal, seguirán la suerte del pleito principal, también para la ejecución, como en los supuestos de inhibiciones entre juzgados civiles”.⁴⁸

En algunos procedimientos su determinación plantea problemas, sobre cual es el juzgado competente al entrar en juego la producción de un hecho de violencia de género, como en los procedimientos de liquidación de la sociedad legal de gananciales, en los divorcios o separaciones notariales, en la jurisdicción voluntaria, y especialmente importantes, son los que se producen en la atribución competencial de los procedimientos de modificación de medidas.

El procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, ha sido ya aceptado como un procedimiento competencia de los juzgados de violencia. Pero pueden plantearse conflictos de competencia, ya que se configura según reiterada jurisprudencia del TS, por todos, autos de 28 de septiembre o 28 de diciembre de 2004, como un incidente del pleito principal matrimonial, por lo que la competencia será del juzgado que haya conocido el pleito principal, artículo 61 de la LEC. El problema surge cuando ya no hay una conexión penal respecto del JVSM. La liquidación de la sociedad conyugal, le corresponderá siempre al juzgado que haya dictado la sentencia en el pleito matrimonial, por cuanto el artículo 807 de la LEC, así lo establece. Y le corresponde en todo caso, sin que este ligado dicho conocimiento, al elemento de la conexión

⁴⁸. GUÍA PRÁCTICA DE LA LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ed. CGPJ, Madrid. Revisión y reedición, octubre 2016, p. 288, 229, y 230. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es> (Última visita, 30-03-201).

penal abierta, ya que no hay referencia temporal alguna, y dicho precepto no ha sido modificado.

En estos casos la competencia objetiva, viene determinada por conexidad, o por antecedentes, (haber conocido del previo proceso de nulidad, separación o divorcio), y esa delimitación competencial desde un punto de vista práctico, elimina además, toda duda de competencia al referenciarla a quien acordó, el pronunciamiento de disolución del régimen económico matrimonial.

Por otra parte, la Circular 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del MF, en relación a la violencia sobre la mujer, no hace referencia concreta a la aplicación en la liquidación del régimen económico matrimonial, a límite temporal alguno, y sí solo, a que será competente el órgano judicial, que haya tramitado aquellos procedimientos de nulidad, divorcio o separación.

Los divorcios y separaciones notariales, no están específicamente previstos como materia de violencia de género. Ahora bien, si ambas partes deciden seguir, el procedimiento establecido en los artículos 82 y 87 del CC, para la separación y el divorcio notarial, ningún inconveniente existe en su admisión, siempre que concurren, los requisitos de competencia del juzgado de violencia. El problema vendrá después, en la determinación de la competencia para la ejecución del convenio, puesto que incluso, sin la existencia de una situación de violencia, ya hay problemas en relación a la misma. Siguiendo a Eduardo Hijas Fernández, éste señala que, “De entre los muchos problemas que suscita la ejecución judicial de los denominados divorcios notariales destaca, en primer lugar, el concerniente a qué Juzgado es competente para conocer de dicho procedimiento. Al tratarse de obligaciones recogidas en una escritura pública (art. 517.4º LEC), la solución al respecto viene dada desde el artículo 545.3, conforme al cual, y sin perjuicio de otras alternativas, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo dispuesto en los artículos 50 y 51. Partiendo de dicha dicción legal se sostiene, desde diversos ámbitos judiciales y doctrinales, que los Juzgados competentes son los de Primera Instancia ordinarios y no los de Familia, en cuanto además las competencias de estos últimos se encuentran acotadas por el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio. Sin embargo, no puede desconocerse que los Juzgados de Familia siguen siendo Juzgados de Primera Instancia y, al no hacerse mención alguna a los primeros en la Ley de Enjuiciamiento Civil, les son aplicables todas las previsiones contenidas en la misma respecto de los segundos, por lo que no puede, bajo tal planteamiento, descartarse su competencia en este ámbito. De otro lado, obvio es que la ejecución de los acuerdos plasmados en un convenio notarial de divorcio, y relativos a las medidas que regulan los artículos 91 y siguientes del Código Civil, implica necesariamente una actuación judicial prevista en el Título IV del Libro I del Código Civil, por lo que, bajo tales previsiones normativas, no puede excluirse la competencia de los Juzgados de Familia en aquellas poblaciones en que los mismos han sido constituidos”⁴⁹.

En violencia de género, el convenio que se debe ejecutar, será competencia del JVSM, siempre que existan los puntos necesarios de conexión con el procedimiento penal.

⁴⁹ HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Algunas cuestiones polémicas en el Derecho de Familia”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/83692, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2019, p. 2 y 3. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 29-03-21).

Los procedimientos de jurisdicción voluntaria, pueden ser competencia de los JVSJM, o no, depende de la existencia de una resolución judicial previa. “La casuística podría expresarse así: 1º) Que en el momento de iniciarse el expediente de Jurisdicción Voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad conjunta o en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda (arts 86 y 87) no haya resolución judicial previa. Habría que subdistinguir dos supuestos:

a) Que no haya causa pendiente por violencia de género. En tal caso entendemos competente al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo (Art. 86.2, inciso primero, LJV).

b) Que sí haya causa pendiente por violencia de género. En tal caso surge la duda de si será competente el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. A favor de la primera tesis se argumenta que el art. 87 ter 2 LOPJ no contempla como procedimiento el de Jurisdicción Voluntaria. A favor de la segunda se razona que el objeto del procedimiento previsto en el art. 86 es la adopción de las medidas a las que el propio precepto se refiere, las cuales son “medidas de trascendencia familiar” a los efectos del art. 87 ter 2 d) LOPJ. En nuestra opinión, esta segunda tesis nos parece la más correcta.

2º) Que en el momento de iniciarse el expediente de Jurisdicción Voluntaria exista una previa resolución judicial estableciendo el ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 86.2) o en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda, (art. 87.2). También aquí habría que subdistinguir dos supuestos:

a) Que quien dictó aquella resolución judicial fue un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Será competente para conocer del expediente de Jurisdicción Voluntaria el mismo Juez de Violencia que dictó aquella(s) medida(s) aunque en el momento de iniciarse el expediente de Jurisdicción Voluntaria ya hubiera finalizado la causa penal por violencia de género. Esto es así porque al existir una resolución judicial previa que atribuye de forma conjunta el ejercicio de la patria potestad, se entiende que el nuevo procedimiento de Jurisdicción Voluntaria no es un procedimiento autónomo, sino una incidencia (normalmente un conflicto) en relación al modo de actuar una medida que ha sido previamente acordada por resolución judicial, lo que llama en aplicación las reglas de competencia funcional del art. 61 LEC.

b) Que aquella resolución judicial previa fue dictada por un Juzgado de Primera Instancia. Por la misma razón expuesta en el sub apartado anterior, si quien había fijado inicialmente la medida fue el Juez de Primera Instancia será éste el competente para conocer del expediente de Jurisdicción Voluntaria previsto en el art. 86.2 aun cuando en el momento de iniciarse el expediente de Jurisdicción Voluntaria haya causa penal pendiente por violencia de género”.⁵⁰

*La determinación de la competencia para el conocimiento del proceso de modificación de medidas, ha sido hasta ahora un tema muy conflictivo.*⁵¹

⁵⁰ JORNADAS DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. Organizadas por el observatorio contra la violencia de género en la Formación continua en violencia de género del CGPJ. Celebradas en Madrid, del 4 al 6 de octubre de 2017, CGPJ, p. 13 a 18. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es>cgpj>Temas>Formación> (Última visita, 29-03-2021).

⁵¹ El artículo 775.1 de la LEC, señala: “El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”. Este artículo es modificado por la Ley 8/2021 de 2 de junio, en relación a la reforma de la

Tal y como tiene resuelto el TS, entre otros, por auto de 13 de septiembre de 2017, rec n° 115/2017, (SP/AUTRJ/920261), la determinación de esta competencia, no se produce en función de una norma de competencia territorial, sino de competencia funcional contenida en el artículo 775 de la LEC, según la redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC. El JVSM sólo mantendrá su competencia para la modificación de medidas, en cuanto sigan vigentes los criterios de atribución previstos en el artículo 87 Ter de la LOPJ, es decir, mientras siga vivo el procedimiento penal.

La competencia para el conocimiento de los procedimientos de modificación de medidas, ha sufrido un profundo giro jurisprudencial con carácter general, y por lo tanto afecta también a los JVSM.⁵²

Antes de la vigencia de la LO 42/2015, de 5 de octubre, que modificó la redacción del artículo 775 de la LEC, la cuestión era pacífica. La jurisprudencia consideraba con carácter general, que el procedimiento de modificación de medidas definitivas no era un mero incidente del procedimiento principal, sino un nuevo procedimiento autónomo, y por ello a efectos de competencia respecto de la modificación, aunque se hubiera dictado una previa sentencia firme, se seguían las normas generales de competencia, al margen del juzgado que dictara la anterior. Se consideraban procedimientos de indudable trascendencia familiar, con un carácter autónomo, y no correspondía su conocimiento, al juzgado que había dictado la resolución a modificar, así lo entendían las distintas AP, por todos, auto de la AP Barcelona, Sección 12ª, 24/1/2013.

La modificación de este artículo, ha obligado a la jurisprudencia del TS, a realizar un giro completo, así lo refleja el auto del Pleno del TS, Sala I, de 27 de junio de 2016, recurso n° 815/2016 (SP/AUTRJ/863588): "... ya no es aplicable la regla sobre atribución de competencia recogida en el art. 769.3 LEC, que esta Sala venía aplicando a las demandas de modificación de medidas definitivas en relación con el régimen de visitas, guarda y custodia y pensión de alimentos de los hijos menores al considerar que el proceso de modificación de medidas no era un incidente del pleito principal, sino un procedimiento autónomo en cuanto a las reglas de competencia se refería (AATS de 27 de enero de 2016, conflicto n.º 224/2015 y 24 de febrero de 2016, conflicto n.º 239/2015, entre los más recientes). Este precepto establece que "en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados a un progenitor contra otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el domicilio del demandado o el de residencia del menor.

El propósito del legislador de atribuir la competencia para conocer de las demandas de modificación de medidas al juzgado que dictó la resolución inicial es indudable, a

discapacidad, y desde el 03-09-2021 su tenor será el siguiente: "El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas".

⁵² Las referencias que realizaremos, son para la modificación de medidas, tanto de procesos matrimoniales, como los que se refieren al régimen de guarda y custodia, visitas o alimentos de los hijos en parejas de hecho.

la vista del tenor literal del art. 775 LEC. No se trata, además, de una iniciativa aislada de la citada Ley 42/2015, porque la coetánea Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, mantiene el mismo criterio: el fuero general en los expedientes de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, en los de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda y en los de la administración de bienes de menores y discapaces es el de su domicilio (arts. 86.2 y 87.2), pero se regulan en esos mismos preceptos concretas excepciones que atribuyen la competencia de forma prioritaria al juzgado que previamente haya dictado una resolución estableciendo el ejercicio conjunto de la patria potestad, la atribución de la guarda y custodia o la tutela.

Por lo demás, el principio de proximidad no es absoluto en el resto de los fueros de competencia de los procesos matrimoniales y de menores que regula la LEC. De hecho, ni el art. 769.1 ni el art. 769.3 LEC establecen como fuero principal el domicilio de los menores...Se entiende, por ello, que en la opción plasmada en la reforma del art. 775 el legislador ya ha ponderado las ventajas y los inconvenientes de una solución que, una vez convertida en derecho positivo, no puede ser obviada por los órganos judiciales que aplican la norma, por exigencias básicas del principio de legalidad. No puede desconocerse que, frente a la virtualidad indudable del fuero de proximidad, mantener la competencia del juzgado que adoptó las medidas cuya modificación se pretende aporta también ventajas y que los inconvenientes que provoca no son insalvables. En primer lugar, este fuero de competencia aporta un factor de calidad en la decisión de cambio de las medidas, ya que es el juzgado que las adoptó el que se encuentra en mejor posición para valorar si las circunstancias tenidas en cuenta en la resolución inicial han sufrido una modificación relevante. En segundo lugar, la atribución unívoca y exclusiva de la competencia a ese juzgado es una norma clara y precisa que garantiza la seguridad jurídica y evita conflictos de competencia como los que han sido tan frecuentes en la aplicación del art. 769 LEC, al tiempo que evita posibles fraudes de ley por alteraciones caprichosas del domicilio del progenitor custodio".

En este auto en relación a los JVSJM, se señaló expresamente: “La aplicación del art. 775 LEC, en la forma explicada, no prejuzga la solución del problema que pueda plantearse, cuando la resolución inicial haya sido dictada por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer que al tiempo de la demanda de modificación de medidas carezca ya de competencia objetiva conforme al art. 87 ter 2 y 3 LOPJ”.

¿Qué sucede pues en violencia de género?, lo expresa muy bien Ricardo Rodríguez Ruiz, “La introducción de la citada cláusula invitaba a pensar que quedaban solucionados de un plumazo los múltiples problemas de atribución de competencia que hasta entonces existían entre los Juzgados de Familia y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Nada más lejos de la realidad, el legislador olvidó (consciente o inconscientemente) modificar el artículo 87 ter. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que se establecen los presupuestos necesarios para la asunción de competencias por parte de los JVSJM... La incongruencia existente entre el artículo 775 de la L.E.C. y el artículo 87 ter de la L.O.P.J. llevó a la jurisprudencia a plantearse si prevalecía el primero de ellos (y por tanto, siempre que el JVSJM hubiese conocido del procedimiento subyacente debía conocer de la modificación de medidas) o si el artículo 775 de la L.E.C. solo era de aplicación a aquellos supuestos en que la modificación de medidas se “repartiese” entre Juzgados de Primera Instancia,

teniendo que concurrir, además, cumulativamente los presupuestos del artículo 87 ter. de la L.O.P.J. para que se atribuyese competencia a los JVSJM”.⁵³

La jurisprudencia de las diferentes Audiencias Provinciales se dividió. De un lado, audiencias, como la AP de Sevilla, o la AP Málaga, entendían que no se podía excepcionar la atribución del artículo 775 LEC, por la inexistencia de procedimiento penal de violencia vigente, (entre otros, autos de AP Sevilla 138/2017 de 29 de junio <SP/AUTRJ/933322>, AP de Málaga 49/2016 de 9 de marzo, <SP/AUTRJ/848816>); y por otro, audiencias como la AP Barcelona, mantenían una posición contraria, por todos, auto de la AP de Barcelona, Sec.12ª, 95/2017, de 3 de marzo Rec. nº 1329/2016 (SP/AUTRJ/907781), que señalaba, “Como hemos tenido ocasión de repetir en diversas resoluciones consecuencia de distintas cuestiones negativas de competencia suscitadas entre distintos Juzgados de Violencia sobre la Mujer y de Familia, el nuevo redactado del artículo 775 de la LEC, ha venido a introducir elementos de conflicto en una cuestión que jurisprudencialmente ya había quedado clara. De esta forma, de forma reiterada el Tribunal Supremo, ante las dudas iniciales y los criterios diversos existentes en el ámbito de las Audiencias Provinciales, dejó sentado que el proceso de modificación era autónomo y que por tanto no estaba vinculado a las reglas competenciales derivadas de su consideración como un mero incidente y que conllevaría la competencia del mismo Tribunal que dictó la resolución llamémosle principal...La reforma que se introduce por la ley 42/2015 rompe con la constante doctrina jurisprudencial”.

En igual sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, en auto de fecha 12 de enero de 2016, recoge, "Al efecto, y en primer lugar, hemos de recordar el origen parlamentario de tal reforma, que responde a una enmienda de Convergencia y Unió en la que ante la laguna del texto anterior sobre el órgano que ostenta la competencia en tales casos, se afirma que "el asunto hasta la actualidad se ha solucionado por la práctica totalidad de los juzgados y tribunales siguiendo el criterio de que es competente el mismo Juzgado que acordó las medidas cuya modificación se pretende". Y se añade que "en esta misma línea, y para aportar claridad donde el legislador dejó lagunas, el Tribunal Supremo fijó el mismo criterio en su Auto de la Sala 1 de 10 de octubre de 2001... y ello al margen de lo establecido en el artículo 769 relativo a la competencia de los tribunales para los procedimientos matrimoniales, como así declaró el propio Tribunal Supremo en el citado Auto". Pero tal justificación parlamentaria, que desembocó en la analizada reforma, acaba por ignorar que el criterio seguido por el Tribunal Supremo en el citado Auto se ha visto superado posteriormente por múltiples resoluciones, en las que se afirma que, una vez recaída sentencia firme, la modificación de medidas no se puede considerar como un incidente del juicio principal, por lo que la competencia ha de regirse por lo dispuesto en el artículo 769 L.E.C Esa postura se ha mantenido por dicho Tribunal de forma reiterada y pacífica hasta la actualidad; sirva de ejemplo, a tal fin, el Auto de 11 de noviembre de 2015, en el que se razona que, una vez recaída sentencia firme de divorcio, la modificación de medidas definitivas no se configura en el Capítulo IV del

⁵³ RODRÍGUEZ RUIZ, R., “La modificación de medidas definitivas en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, en la web ICAHuelva, *Artículos Doctrinales ICAHuelva, Sentencia*, 15 de enero de 2018, p. 1. Disponible en: <https://www.icahuelva.es>. (Última visita, 29-03-2021).

Título I del Libro IV de la L.E.C. como un incidente del juicio de divorcio ni como ejecución de la sentencia que le ponga fin". Considera a tal fin como "*obiter dicta*" que el artículo 775 de la LEC no sería aplicable sobre dichas premisas"... y mantiene que "la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia civil tiene un carácter excepcional, en cuanto supeditada a la pervivencia de las actuaciones penales seguidas contra una de las partes en dicho procedimiento civil, por lo que habiendo finalizado las seguidas en la jurisdicción penal y, en su caso, extinguidas las responsabilidades de tal índole, carece de toda justificación legal la prórroga de dicha excepcional atribución competencial, en relación con ulteriores procedimientos civiles, planteados cuando ya no concurren los requisitos exigidos en el artículo 87 ter".

En el mismo sentido se manifiesta el auto de 18 de febrero de 2016 de la sección vigésimo cuarta de la misma Audiencia".

Ante esta división, la cuestión debatida debía ser resuelta por el TS y así lo ha hecho, mediante dos importantes autos de la Sala I, auto de pleno de 15 de febrero de 2017 (conflicto 1085/2016), y auto de 20-12-2017, rec 193/2017, (SP/AUTRJ/934402), que recogiendo lo establecido en el auto anterior, estableció como doctrina la siguiente:

«Si a la fecha de interposición de la demanda o petición inicial del proceso civil estaba vigente el proceso penal, la competencia corresponde al juzgado de violencia sobre la mujer aunque el procedimiento haya sido objeto de sobreseimiento y archivado al momento de recepción del auto de inhibición».

En su fundamento cuarto, indica, "De los dos autos de esta sala, antes mencionados, de 27 de junio de 2016 y 15 de febrero de 2017, se deduce que en caso de interposición de demanda de modificación de las medidas definitivas, previamente acordadas:

1. Será competente el juzgado de violencia contra la mujer cuando la demanda de modificación de medidas se interponga en fecha en que el procedimiento penal esté en trámite, es decir, no archivado, sobreseído o finalizado por extinción de la responsabilidad penal.
2. Será competente el juzgado de familia cuando la demanda de modificación de medidas se interponga una vez sobreseído o archivado, con carácter firme, el procedimiento penal o cuando al interponerse ya se haya extinguido la responsabilidad penal por cumplimiento íntegro de la pena.
3. El momento concluyente para la determinación de la competencia será la interposición de la demanda (art. 411 LEC), siendo irrelevante (a efectos de competencia) que el archivo o sobreseimiento de la causa penal se acuerde tras la interposición de la demanda.
4. De acuerdo con el art. 775 LEC, cuando el conflicto se dilucide al margen de los casos de violencia contra la mujer, la demanda de modificación de medidas se interpondrá ante el juzgado que dictó las medidas definitivas cuya modificación se pretende.

Al margen de lo ya resuelto por esta sala en los referidos autos de 27 de junio de 2016 y 15 de febrero de 2017, conviene, también, recordar la competencia sobrevenida de los juzgados de violencia contra la mujer, establecida en el art. 49 bis LEC.

De acuerdo con el art. 87 ter de la LOPJ, en el presente caso, es claro y no discutido en autos, que no corresponde la competencia al juzgado de violencia sobre la mujer, aun cuando en su día dictase las medidas definitivas que se pretenden modificar, pues para ello sería necesario, además: «Que alguna de las partes del proceso civil sea

imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género». En el caso de autos, el procedimiento estaba sobreesido antes de la interposición de la demanda de modificación de medidas, por lo que ya no concurría imputado alguno, y siendo este uno de los requisitos para atribuir la competencia exclusiva y excluyente a los juzgados de violencia contra la mujer, no era el competente cuando se interpuso la demanda de modificación de medidas. Por tanto no procede extender la competencia del juzgado de violencia contra la mujer para la modificación de medidas a los casos en los que se haya sobreesido provisional o libremente, o archivado el proceso antes de la interposición de la demanda, por el simple hecho de que dictara en su día las medidas definitivas (art. 775 LEC), dado que el legislador solo consideró necesario atribuirle competencia exclusiva y excluyente en tanto concurrieran simultáneamente las circunstancias que establece el art. 87 ter de la LOPJ”.

Es decir, el JVSM puede ser competente o no, para la modificación de unas medidas previamente acordadas. Será competente, cuando la demanda de modificación de medidas, se interponga en un momento en el que el procedimiento penal esté en trámite, es decir, no archivado, sobreesido o finalizado por extinción de la responsabilidad penal. El Pacto de Estado contra la violencia de género aprobado en las Cortes Generales, propone una modificación legislativa, de esta situación, para que todas las sentencias dictadas por los JVSM, sean modificadas por estos juzgados en todo caso, lo que en mi opinión sería un error, y mantendría la vigencia de la competencia, más allá de la situación que originó la misma.

3. CONFLICTOS DE COMPETENCIA. EL ARTÍCULO 49 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

La regulación del artículo 87 ter 2 y 3 de la LOPJ, supone una excepción al principio de “*perpetuatio iurisdictionis*” recogido en el artículo 411 de la LEC, y ello ha generado un gran número de conflictos de competencia. La LIVG en su artículo 57, introdujo en la LEC un nuevo artículo, el 49 bis, que ha sido desde el primer momento, objeto de diversas interpretaciones, y que transcurridos más de 15 años desde su inclusión, sigue motivando pronunciamientos jurisprudenciales, debido a las diferentes interpretaciones que se realizan, y la trascendencia del mismo.

Este artículo determina, que juzgado va dictar las diferentes resoluciones del procedimiento, el JVSM o el juzgado de 1ª instancia/ familia, con la importancia que tiene en relación a las diferentes medidas a adoptar, sus posibilidades de actuación, y el diferente significado tanto jurídico como social, de una sentencia según sea dictada por uno u otro juzgado, debido al carácter que el JVSM, imprime a la misma.

Los procedimientos civiles de violencia en muchas ocasiones, realizan un largo peregrinaje no deseable, hasta llegar al órgano competente para su conocimiento. Nos debemos plantear pues, desde cuando y hasta cuando, conoce el juzgado de violencia en materia civil, es decir el inicio y el final de su competencia. Es necesario resolver ambos extremos, ya que no por seguirse un procedimiento penal de violencia en un determinado momento, el JVSM va a ser siempre el competente, para enjuiciar los procedimientos civiles que se desarrollen entre las partes del procedimiento penal, es necesario fijar unos límites temporales.⁵⁴

⁵⁴ Situación con la que pretende acabar el Pacto de Estado contra la violencia de género.

El inicio de su competencia coincide con el inicio del procedimiento penal, y siempre que se cumplan los requisitos del artículo 87 *ter* de la LOPJ. Si el procedimiento civil esta ya iniciado cuando surge el procedimiento penal, se debe derivar el mismo, dentro de los límites que la propia ley establece, al JVSM. Si el procedimiento civil no está iniciado, en este caso no hay problema de competencia alguno, se presenta ante el JVSM.

Fijar el final, cuando termina su competencia, es una materia también altamente conflictiva. El procedimiento penal, tiene varias formas de terminar, no siempre lo hace por sentencia, y transcurre un lapso de tiempo, desde que termina, hasta que se puede considerar que lo hace de forma definitiva. Las resoluciones que lo ponen fin, deben adquirir firmeza para que el juzgado de violencia no asuma la competencia civil, y mientras tanto, se considera que el procedimiento penal está vigente.

-Si el procedimiento penal termina con una sentencia condenatoria, una vez firme esta, también se amplía el periodo en el que tiene competencia, que llegará hasta que se extinga la responsabilidad penal en la correspondiente ejecutoria. Si es absolutoria, también será competente, hasta que esta sentencia adquiera firmeza.

-Si el procedimiento penal termina por sobreseimiento, tanto provisional como libre, es igualmente necesario que se produzca la firmeza para evitar la “*vis attractiva*” del JVSM. Hay casos muy excepcionales, en los que el cese de la competencia se produce aunque la resolución penal no hubiera devenido firme, sucede por ejemplo, cuando el auto de sobreseimiento provisional es recurrido por la representación procesal del investigado únicamente, y se recurre para intentar que el sobreseimiento sea libre. En este caso se ha considerado que pese al recurso interpuesto, la competencia es del juzgado de 1ª instancia/familia. En este sentido, el auto de la AP Madrid, sección 22, nº 136/2011 de 26 abril, JUR/2011/226561, que señala “...no puede, sin embargo desconocerse la singularidad del caso que hoy se somete a nuestra consideración, pues el recurso de apelación entablado contra el auto de sobreseimiento provisional, no afectaba a la posible continuación de la causa penal, a los fines de investigar los hechos que determinaron la denuncia presentada, en cuanto dicho recurso de apelación fue formulado tan solo por el denunciado, y ello a fin de que se acordara el sobreseimiento libre de las diligencias penales. Bajo tales condicionantes procesales, distintos de aquellos otros en que la causa penal se encuentra pendiente, con motivo del recurso de apelación formulado por cualquiera de las partes acusadoras contra el auto de sobreseimiento, en súplica de continuación de la investigación penal, hemos de concluir que, en el supuesto analizado, el proceso penal seguido contra el ahora actor se encontraba ya cerrado, sin declaración de responsabilidad en el momento que el juzgado de 1ª instancia tuvo conocimiento de las referidas actuaciones, por lo que no le son de aplicación las antedichas previsiones legales, determinando que sea este último órgano jurisdiccional el que deba continuar conociendo de la litis civil”.

Hemos visto el inicio y el final de la competencia civil del JVSM, pero en esa determinación, pueden existir problemas de lapso temporal, entre los procedimientos civiles y penales, más concretamente entre el inicio del procedimiento civil, y la terminación del procedimiento penal.

Cuando el procedimiento civil se inicia en el juzgado de 1ª instancia/familia, se produce la inhibición, y la causa civil llega al juzgado de violencia, estando vivo el procedimiento penal, no hay problema. Éste surge si al llegar al JVSM el procedimiento civil, el procedimiento penal ya está terminado de forma definitiva. Entonces, ¿Que juzgado es el competente para conocer? Es una cuestión polémica,

que finalmente ha sido resuelta por el TS, con el mismo criterio que adoptó en relación a la modificación de medidas, en el auto del Pleno de 15-02-2017, Sala I de lo Civil, rec nº 1085/2016, (SP/AUTRJ/891655), y que a mi juicio, puede ser extrapolable, al resto de situaciones, a efectos de determinar la pérdida de la competencia.

El momento decisivo es el de presentación de la demanda, que va a fijar cual es el órgano competente para conocer. Si en el momento de presentación de la demanda estaba vivo el procedimiento penal, aunque al llegar la inhibición al juzgado de violencia, se haya archivado, sobreseído o se haya dictado sentencia absolutoria, en el procedimiento penal, el juzgado de violencia, conserva la competencia, independientemente del resultado penal. Pueden darse dos situaciones: que el procedimiento civil ya esté iniciado en la vía civil, y se deba producir la correspondiente inhibición, o que se haya iniciado a través de la adopción de las medidas civiles que se pueden adoptar junto con las penales, en sede de instrucción, en cuyo caso también se derivaría al juzgado de violencia.

El artículo 49 bis de la LEC, determina los supuestos en que se exceptiona el principio de “perpetuatio iurisdictionis” establecido en el artículo 411 de la LEC, “Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia”. La permanencia en la jurisdicción, supone, que una vez fijada correctamente la competencia para conocer de un procedimiento al incoarse el mismo, no puede modificarse, ya que ello iría en contra del principio de seguridad jurídica, artículo 9.3 de la CE, y el principio del juez ordinario predeterminado por la ley, establecido en el artículo 24.2 del mismo texto legal. Ahora bien, la alteración de la competencia en base a la interpretación de las normas, no supone una infracción o derogación de dicho principio como se alega por algunos sectores, sino que tal y como ha señalado el TC de forma reiterada en sus sentencias, “las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC. 43/84, 8/98, 93/98, 35/2000); Por ende insuficiente para justificar un motivo por infracción de precepto constitucional; y como mera norma procesal, inadecuado para sustentar un recurso de casación”.

El juzgado de 1ª instancia/familia pierde la competencia a favor del juzgado de violencia, cuando se producen actos de violencia sobre la mujer. El artículo 49 bis de la LEC en relación, con esta pérdida de la competencia, establece tres diferentes supuestos, que estudiaremos siempre con la vista puesta en uno de los objetivos principales de la LIVG, al establecer la competencia civil de los JVSM: el juzgado instructor de los procedimientos penales, debe conocer siempre los procedimientos civiles, que se entablen entre las partes.

Hay que afirmar con M. A. Díaz Velázquez, que “En cuanto al procedimiento de las cuestiones de competencia, debemos destacar que el artículo 49 bis LEC (LA LEY 58/2000) parte siempre de la apreciación de oficio, sin audiencia de las partes y sin que quepa declinatoria, bastando la aportación de testimonio de las actuaciones penales. El trámite procesal será el previsto en el artículo 46 de la LEC (LA LEY 58/2000), que se remite al art. 60 del mismo cuerpo legal, de tal forma, que la resolución que declare la falta de competencia mandará remitir todos los antecedentes

al tribunal inmediato superior común que decidirá en forma de auto, contra el que no cabe recurso. Dicho tribunal determinará cual de los dos juzgados es competente para el conocimiento del asunto”.⁵⁵

3.1. EL APARTADO N° 1 DEL ARTÍCULO 49 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Este apartado 1º determina: “*Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión 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, 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*”.

Establece pues la inhibición obligatoria del juez de 1ª instancia/familia que esté conociendo del procedimiento, cuando conozca la existencia de un procedimiento penal ya iniciado, o de la existencia de una OP. “En este caso el Juez de Primera Instancia o de Familia que esté conociendo del procedimiento civil (debe entenderse de los relacionados en el nuevo artículo 87 ter. 2 LOPJ) y tenga conocimiento de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 LOMPIVG, deberá verificar si concurren los requisitos previstos en el apartado tercero del artículo 87 ter LOPJ (regulador de los supuestos en que el Juez de Violencia sobre la Mujer tiene competencia civil exclusiva) y, en caso positivo, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral. Contra el auto que acuerde la inhibición cabrá recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el art. 66.1 LEC”.⁵⁶

Para la inhibición es necesario que concurren siempre de forma simultánea, los tres requisitos que ahora veremos.

A) El conocimiento de la existencia de un procedimiento penal, o de una OP iniciados por violencia de género, de los definidos en el artículo 1 de la LIVG.

El artículo 1.3 de la LIVG, señala: “*La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”. La referencia penal concreta, en cuanto al ámbito penal de los JVSM viene establecida en el artículo 87 ter nº 1 LOPJ, apartados a), b), c), d) y g).⁵⁷

⁵⁵ DÍAZ VELÁZQUEZ, M. A., “Concurrencia de competencias entre el juez de violencia y el juez de familia”, en *Diario La Ley Derecho de familia*, Nº 12, 7869/2016, Ed. Wolters Kluwer, cuarto trimestre de 2016, p. 11. Disponible en: [https:// www.diariolaley.es](https://www.diariolaley.es) (Última visita 31-03-2021).

⁵⁶ CIRCULAR N° 4/2005, de la FGE, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LO de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, p 91 y ss. Disponible en: [https:// www.fiscal.es](https://www.fiscal.es). (Última visita 31-03-2021).

⁵⁷ a) *De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad*

Los procedimientos penales que se siguen en violencia sobre la mujer, tienen distinta trascendencia según su gravedad, desde los delitos leves hasta los sumarios o jurados. La mayoría de los procedimientos se tramitan a través las diligencias previas (DP), y las diligencias urgentes (Dur). Para considerar, que el procedimiento está iniciado, debe haberse acordado su incoación, mediante el correspondiente auto. El procedimiento penal, puede estar en diferentes fases procesales al igual que el civil, por lo que pueden darse diferentes situaciones, según se encuentre en instrucción, en fase intermedia, fase de juicio oral, o en ejecución de sentencia. El procedimiento penal no establece ningún límite temporal a diferencia del civil, por lo que se deberá determinar hasta cuando se extiende su competencia.

-Si el procedimiento penal se está tramitando, la Circular 4/2005, de la FGE señala, "...el Juez de Violencia sobre la Mujer conocerá simultánea y paralelamente de la cuestión penal y la civil, cada una en su propio proceso, aunque por la diferente configuración del procedimiento civil y del penal, será una tramitación de dos velocidades. En ocasiones, el proceso civil (máxime tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio) se enjuiciará antes que el penal, habida cuenta que en el proceso penal el Juez de Violencia sobre la mujer necesariamente perderá su competencia funcional- salvo en supuestos de conformidad en juicio rápido o juicios de faltas-, como veíamos más arriba, pudiendo ocurrir que la sentencia civil se dicte sobre la base de unos hechos penales que posteriormente el órgano de enjuiciamiento criminal no considere probados (son conocidos los problemas de prueba en estos delitos cuando las víctimas optan por no declarar o se retractan en sus declaraciones)".⁵⁸

y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los 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.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los 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".

⁵⁸ CIRCULAR N° 4/2005, de la FGE, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LO de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, p 92 y 93. Disponible en: <https://www.fiscal.es>. (Última visita 31-03-2021).

-Cuando hay una sentencia condenatoria, no hay duda, se produce la inmediata inhibición, incluso antes que ésta adquiera firmeza. Una vez que es firme, bien por el transcurso del plazo para recurrir, o por confirmación de la sentencia en apelación, se produce la necesaria ejecución de la sentencia, y en este caso el límite de conocimiento por el JVSJ, vendrá determinado por la extensión de la condena, y llegará hasta que el penado extinga de forma total su responsabilidad criminal, según lo dispuesto en el artículo 130 del C.P.

-Si la sentencia es absolutoria, o se han archivado las actuaciones, porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho, porque no está debidamente justificada la perpetración del delito o bien porque no hay motivos suficientes para acusar a quien es parte en el procedimiento civil, no cabrá la inhibición del pleito civil a favor del JVSJ, si estas resoluciones son firmes, pero sí hasta el momento en el que lo sean. En los casos de sobreseimiento, ya sea libre o provisional, se han planteado numerosos problemas, y posturas diferentes en la jurisprudencia de las AP, la llamada “pequeña jurisprudencia” respecto de su interpretación, y ahora casi de forma unánime se entiende, que si el sobreseimiento no es una resolución aún firme, el JVSJ atraería la competencia.

Postura con la que discrepo, porque la atracción hacía la jurisdicción de violencia, no es algo inocuo, o que solamente suponga el conocimiento más amplio de la situación real que se va a enjuiciar, sino que impone, unas limitaciones a la hora de determinar, tanto la custodia, como la posibilidad de acuerdo entre las partes. Si hay un sobreseimiento, o una sentencia absolutoria, no debería mantenerse la atracción hacía violencia hasta que el mismo sea firme, puesto que los perjuicios de tal enjuiciamiento son claros, y estigmatizan a una de las partes, que podría haber sido enjuiciado en la vía puramente civil.

Cuestión diferente como se viene manteniendo por la jurisprudencia, es que una vez fijada la competencia por el procedimiento penal, y se concluya con estas resoluciones, de archivo o sentencia absolutoria, el procedimiento civil, ya se siga en el juzgado de violencia, en estos casos, no cabe su remisión al juzgado de 1ª instancia/familia, dado que ello iría en contra del principio de “*perpetuatio iurisdictionis*”, del juez predeterminado por la ley, y del principio de seguridad jurídica, artículo 9 CE. En estos casos, se debería arbitrar algún mecanismo, para evitar que se conociera la sentencia civil, como dictada por un JVSJ, es un derecho del investigado/acusado/absuelto, a no ser considerado, a la vista del encabezamiento de una sentencia, como autor de un hecho que no ha sido acreditado, al archivarse el procedimiento o dictarse la absolución, en este juzgado especializado.

B) El segundo paso es la verificación de la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 *ter* de la LOPJ: “a) *Que se trate de un proceso civil, que tenga por objeto alguna de las materias indicadas, en el número 2 del presente artículo. b) Que alguna de las partes del proceso civil, sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. c) Que alguna de las partes del proceso civil, sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario, en la realización de actos de violencia de género. d) Que se hayan iniciado ante el Juez de violencia sobre la mujer actuaciones penales por delito o falta, a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género*”.

C) El tercer paso es la inhibición al JVSM, que resulte competente, remitiendo los autos en el estado en que se hallaren, “...salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral”.

Determinar este límite temporal, ha sido realmente complicado desde el inicio de la andadura de la ley. Se discutió primero, si la expresión “juicio oral”, se refería al procedimiento penal o civil, y se llegó a la conclusión, que era al procedimiento civil, a la vista del artículo 443 de la LEC, tal y como lo expuso también el TS, en auto de fecha 16-03-16 TS, Sala Primera, de lo Civil, recurso nº 11/2016 (SP/AUTRJ/881535), “el TS ha tenido ocasión de fijar doctrina sobre la interpretación de este límite temporal, recogida entre otros en los autos de 25-03-2009 (conflicto nº 18/2009), 23 de marzo de 2010 (conflicto nº 107/2009), 27 de marzo de 2012 (conflicto nº 1/2012), 10 de abril de 2012 (conflicto nº 23/2012), 11 de septiembre de 2012 (conflicto nº 134/2013). Si nos encontramos en el procedimiento de medidas, lo será hasta la comparecencia del artículo 771 y 773 de la LECr. Conforme a esta doctrina, debe entenderse que la expresión “juicio oral” hace referencia al juicio civil, esto es, a la vista del artículo 443 LEC”.

Salvado este obstáculo, surge un segundo, ¿Hasta cuando se puede producir la inhibición por el juez civil? ¿Lo es hasta que el procedimiento civil, no haya iniciado la fase de juicio oral? Este aparentemente sencillo límite, ha necesitado de una interpretación por el TS, y es ahora después del tiempo transcurrido, cuando parece que se ha fijado de forma definitiva. Conforme a la doctrina del TS, debe entenderse que la expresión "juicio oral", hace referencia al juicio civil, esto es, a la vista del artículo 443 de la LEC, y se entenderá a tal efecto iniciada la "fase" de juicio oral", cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de la vista prevista en este artículo, tras la cual el Juez debe dictar sentencia salvo que quede pendiente prueba, que no haya podido practicarse en el acto del juicio oral.

El auto de la Sala I del TS, de 6-05-2015, rec nº 69/2015, (SP/AUTRJ/ 813680), indica que “La finalidad de supeditar el deber de inhibición del Juez civil al límite temporal del inicio de la fase del juicio oral obedece a que los principios de oralidad, concentración e inmediatez que rigen el acto del juicio imponen que sea el mismo Juez que lo celebra el que dicte sentencia. Se intenta evitar que un acto de juicio verbal ya iniciado tenga que repetirse ante otro Juzgado, retrasando, además, la decisión pronta y definitiva del conflicto, que es lo que fundamentalmente interesa en estos casos de violencia de género para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares. En consecuencia, y en atención a esta finalidad, no basta con que se haya señalado fecha para la celebración de la vista para que opere la excepción a la regla general, sino que es preciso que nos encontremos en la fase material de celebración de la vista del art. 443 LEC. En caso contrario, se imposibilitaría el conocimiento exclusivo y excluyente que sobre esta materia tiene atribuido los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con base en una interpretación amplia de "fase del juicio oral", sin que exista razón que lo justifique”.

Podemos también plantearnos ¿Qué ocurre con la fase de juicio oral, cuando nos referimos a los procedimientos para adoptar medidas provisionales previas o coetáneas?, La pregunta procede, ya que su tramitación es diferente según lo dispuesto en el artículo 770.6-a) de la LEC. Como indica M^a Jesús Cañadas Lorenzo, “...siendo que en estos procedimientos, tras la solicitud de las medidas, la

actuación judicial se limita a convocar a las partes a la celebración de la comparecencia que se ha de celebrar en el plazo máximo de diez días, sin que entre la solicitud y el inicio de la vista se produzca ninguna otra actuación judicial (salvo en su caso la adopción de medidas urgentes del artículo 102 del CC de conformidad con el artículo 771-2 apartado segundo de la LEC) no hay inconveniente, también conforme a la Circular 6/2011 de la FGE, en entender que el inicio de la fase de juicio no se produce hasta que se inicie la comparecencia del artículo 771 de la LEC. En el caso del mutuo acuerdo, se entenderá iniciada la fase del juicio oral el día de la ratificación de las partes, por las mismas razones que las esgrimidas para las medidas provisionales”.⁵⁹

Luego, aunque exista un señalamiento para el acto de la vista, se puede inhibir al JVSM, hasta el mismo momento de su celebración, el momento para el caso de la existencia de un mutuo acuerdo sería el de la comparecencia para su ratificación.

El TS ha fijado este criterio de manera abrumadora, por todos, auto de la Sala I, nº 4772/2018, de 11 de abril, que vuelve a reiterar que es el momento de la vista, el límite temporal para la inhibición, “De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, que recoge el criterio reiterado de la sala en los supuestos de competencia sobrevenida del juzgado de violencia de género y que en interpretación del artículo 49 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala un límite temporal para el deber de inhibición del Juez civil a favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer que es que se haya iniciado la fase del juicio oral, referida al juicio civil, esto es, a la vista del artículo 443 LEC”.

Este criterio ha supuesto, que la Fiscalía deba cambiar su postura inicial, de entender, que el inicio de la fase de juicio oral, se producía con la fecha de la providencia, que convocaba a las partes a la comparecencia de las medidas provisionales, o la vista del procedimiento principal, tal y como establecía en su Circular 6/2011, que deberá ser objeto de modificación en ese extremo.

Una de las conclusiones de las jornadas de unificación de criterios en materia de violencia de género, organizadas por el Observatorio contra la violencia de género en 2017, critica la interpretación que se efectúa del artículo 49 bis de la LEC, “Así se señala que si no se ha convocado a las partes al acto de juicio -civil- puede acordarse la inhibición de las actuaciones al JVSM si se ha denunciado un acto de violencia de contenido penal, y sin embargo, no se posibilita que el JVSM actúe de forma inversa en aquellos supuestos en que se haya producido un sobreseimiento de las actuaciones penales o una absolución firme. Por lo expuesto, se propone una modificación del artículo 49 bis de la LEC para posibilitar que en casos de sobreseimientos o absoluciones se posibilite la inhibición del asunto al Juzgado de Familia, al no existir ya fundamento para mantener la competencia civil del JVSM”.⁶⁰

⁵⁹ CAÑADAS LORENZO, M. J., “*Cuestiones civiles relacionadas con la violencia de género en los procedimientos de familia*”, ponencia en las “Jornadas sobre Violencia de género a la luz de las últimas reformas. Algunos problemas prácticos”, celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos, en Madrid, los días 4 y 5 de diciembre de 2017, p. 26 y 27. Disponible en: Ponencias formación continuada-Fiscal.es/<https://www.fiscal.es> (Última visita, 31-03-2021).

⁶⁰ JORNADAS DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. Organizadas por el observatorio contra la violencia de género en la Formación continua en violencia de género del CGPJ. Celebradas en Madrid, del 4 al 6 de octubre de 2017, CGPJ, p. 17. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/Temas/Formación>. (Última visita, 31-03-2021).

3.2. EL APARTADO N° 2 DEL ARTÍCULO 49 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

El punto 2° establece, que *“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, tras verificar que concurren los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir 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 Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente”*.

En este supuesto no hay ningún procedimiento penal abierto. Es el juez civil, quién tiene noticia de la existencia de un hecho, que podría ser constitutivo de un delito de violencia sobre la mujer en su procedimiento, por lo que de forma inmediata debe poner en marcha el mecanismo que se establece en la ley. Debe verificar que concurren los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la LOPJ, este apartado señala, que los JVSJ tendrán de forma “exclusiva y excluyente” competencia en el orden civil, cuando concurren los requisitos establecidos; se trata de reforzar a estos juzgados, reiterando la importancia del principio de improrrogabilidad de su competencia objetiva, frente a los juzgados de 1ª instancia/familia; y luego citar inmediatamente a las partes y al MF, a una comparecencia, que se celebrará en las siguientes 24 horas, a fin de que el MF tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos.

Esta comparecencia, es muy importante, se oye a las partes, que incluso pueden proponer medios de prueba, se debe ser muy cuidadoso, en su práctica, ya que al interrogar sobre los hechos, se está rozando el campo penal, y por lo tanto el derecho a la presunción de inocencia, en realidad puede suponer una primera declaración sobre los hechos presuntamente ocurridos, y por ello, se deben realizar a las partes, por su señoría, las advertencias legales oportunas.

La Circular 4/05, de la FGE, en relación a esta comparecencia señaló: “La decisión legislativa de optar por la celebración de una comparecencia pese a la urgencia que informa dicho trámite parece sustentarse en el entendimiento de que la valoración sobre si ciertos hechos revisten indicios de violencia contra la mujer no encaja en las atribuciones de los órganos civiles, pero aún así podría haberse evitado dando traslado inmediato al Ministerio Público de la “*notitia criminis*” por si hubiera lugar al ejercicio de la acción penal conforme a lo previsto en el art. 40 LEC”. Sin embargo, entiendo que tal traslado tampoco hubiera sido lo más correcto, puesto que en realidad, sin oír a las partes y sus representaciones, sobre los presuntos hechos objeto de violencia, no se puede valorar la interposición o no de una denuncia, y menos aún de una orden de protección, lo que además es puesto de manifiesto más adelante, en la propia Circular: “Los Sres. y Sras. Fiscales, por tanto, deberán examinar en qué forma ha llegado la *notitia criminis* al Juzgado y si el Juez ha

valorado correctamente la concurrencia de los requisitos del artículo 87 ter LOPJ, además de los elementos probatorios que puedan aportar las partes, si comparecen”.⁶¹ La celebración de esta comparecencia aparentemente sencilla, puede tornarse en complicada, si efectivamente se determina la existencia de indicios de un ilícito penal, ya que nos encontramos en un interrogatorio civil, y por lo tanto deberá en todo caso ser respetuoso con la presunción de inocencia que juega en el campo penal, para evitar indefensión.

Una vez que el MF tiene en su poder la documentación necesaria, (copias testimoniadas por el LAJ del acta, de la grabación de la comparecencia, de la demanda, y la contestación), en las 24 horas siguientes debe decidir si interponer denuncia o no. En el supuesto de que se interponga denuncia, o se solicite una OP en el JVSM que resulte competente, el MF habrá de entregar copia de la denuncia, o solicitud en el tribunal civil, el cual continuará conociendo del asunto, hasta que sea en su caso, requerido de inhibición por el JVSM competente.

Ahora bien, “En la denuncia que interponga el Fiscal al amparo del art. 49 bis.2 de la LEC los Sres./as Fiscales deben indicar por Otrosí que el JVSM que va a conocer de aquella debe requerir, en su caso, al Juez de 1ª Instancia la remisión del procedimiento de familia. Asimismo, deberán de solicitar, si fuera necesario, la orden de protección, las medidas del punto 7 del art. 544 ter o en su caso, las medidas del art. 544 quinquies o de los arts. 65 y 66 de la LO1/2004. Hasta el conocimiento por el Juez competente de la denuncia interpuesta al amparo del art. 49 bis.2, el Juez de 1ª Instancia de oficio puede acordar y el M. Fiscal solicitar alguna de las medidas al amparo del art. 158 del CC, si es necesario para salvaguardar el interés de un menor hasta que sea requerido de competencia. Los Sres./as Fiscales deberán acordar con los fiscales de familia que en los casos de urgente protección de los menores soliciten ante el Juez de 1ª Instancia la aplicación del art. 158 hasta que la denuncia sea conocida por el JVSM”.⁶²

Este número segundo, sólo se prevé que el juez civil espere a ser requerido de inhibición por el JVSM, pero ¿Sería posible que se inhibiera al igual que en el punto 1º? Entiendo que sí, razones de celeridad, economía procesal, y protección de la mujer, así lo aconsejan.

3.3. LOS APARTADOS 3º, 4º, Y 5º DEL ARTÍCULO 49 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

A) En el apartado nº 3º del precepto no hay dudas, “*Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente. A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de*

⁶¹ CIRCULAR Nº 4/2005, de la FGE, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LO de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, p. 97 y 98. Disponible en: <https://www.fiscal.es>. (Última visita 31-03-2021).

⁶² CONCLUSIONES DEL XIV SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Segovia los días 13 y 14 de noviembre de 2018, conclusión 4ª, p. 11. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita 31-03-2021).

la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada”.

El juez de violencia que esté conociendo de una causa penal por violencia de género, y tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, debe primero verificar la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 *ter* de la LOPJ, y luego requerir de inhibición al juez civil que esté conociendo, acompañando al requerimiento de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, (que no sería de faltas, sino con la reforma del CP, el juicio por delito leve), el auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada. A su vez el juez requerido, deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

No cabe en estos casos, el planteamiento de cuestiones objetivas de competencia, entre ellos, es una inhibición que tiene carácter imperativo. En este apartado, no se habla de límite temporal, pero es una cuestión pacífica, que debe entenderse al igual que en el apartado 2º de este artículo, que se produce hasta la celebración “del juicio oral”.

B) El apartado nº 4 del artículo 49 *bis* señala: *“En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese momento comparecer ante dicho órgano. En estos supuestos no serán de aplicación las restantes normas de esta sección, ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior.”*

Siguiendo la Circular 4/2005 de la FGE, se debe señalarse, “...que en caso de apreciación de oficio, por el juez civil de su falta de competencia objetiva, no se sigue lo dispuesto en el artículo 48.3, no hay audiencia, y por lo tanto, en caso de desacuerdo lo que cabe es el recurso de apelación, (artículo 66.1 de la LEC). Esta falta de audiencia, podría motivar, fundamentalmente en los supuestos del nº 1 del artículo 49 *bis* LEC, puesto que en los casos del nº 2, las partes podrían alegarlo en la previa comparecencia, que en algún caso el juez civil acuerde la inhibición, desconociendo que el asunto penal que la motiva, ha sido archivado, o ha recaído sentencia absolutoria firme, lo que daría lugar a la devolución de los autos civiles, al Juez de Primera Instancia o de Familia con la consiguiente demora en la tramitación del procedimiento civil, por lo que convendría en estos casos hacer una indagación previa acerca del estado procesal de la causa penal, en la medida que fuera posible, antes de acordar la remisión de los autos civiles.

Cuando sean las partes las que quieran hacer valer la competencia del JVSM, no cabe utilizar la declinatoria, tal como está prevista en el art. 49 LEC, sino que pueden presentar un escrito ante el Juzgado civil, adjuntando el testimonio de una resolución del JVSM, que pruebe la incoación del correspondiente procedimiento penal. Conforme a lo dispuesto en el artículo 66.2 LEC, si el juez civil no acoge la pretensión de inhibición, su decisión sólo será recurrible en reposición, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la falta de competencia objetiva, en la apelación contra la sentencia definitiva. O bien acudir al juez de violencia, para que interese la inhibición al Juez civil, para que actúe conforme al artículo 49 *bis*.3 LEC, sin esperar

a dicha fase de recursos. Sin embargo, queda sin resolver en la LO 1/2004, qué efectos produce la finalización del proceso penal sin declaración de responsabilidad criminal, (sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento firme) en la competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que precisamente le ha sido atribuida por la incoación de aquél. Aún admitiendo que puede dar lugar a soluciones insatisfactorias (p.ej. en caso de archivo porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho) no puede mantenerse una interpretación favorable a la pérdida de competencia sobrevenida del Juzgado de Violencia sobre la Mujer a favor del Juzgado de Primera Instancia en tales casos, ya que implicaría una alteración de la competencia no prevista legalmente”.⁶³

C) El apartado nº 5 del artículo 49 *bis* señala: “*Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

Se atribuye a los JVSJM la competencia civil en las materias determinadas, de forma “exclusiva y excluyente”, pretende así reforzar, el principio de improrrogabilidad de la competencia objetiva de estos juzgados, frente a los de 1ª instancia/familia.

4. LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES EN LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

El JVSJM, en relación a los procedimientos de los que conoce en estas materias civiles, utiliza la misma vía procedimental que los juzgados de 1ª instancia/familia, ya que no se ha previsto ningún procedimiento especial para violencia. Se debe acudir a lo dispuesto en la LEC para tramitar todos los procedimientos, si bien, hay que tener un especial cuidado en el tratamiento de las partes, y en lo relativo a la publicidad de las vistas, ya que al encontrarnos en sede de violencia de género, se puede acordar más fácilmente, que la celebración del acto de la vista sea a puerta cerrada, y en el caso de estar acordada una situación de alejamiento y prohibición de comunicación, también si lo pide la víctima, se puede utilizar un biombo para evitar la confrontación visual de las partes.

Los procedimientos civiles de los que va a conocer el JVSJM, podemos agruparlos según su carácter: declarativos, de ejecución, y de jurisdicción voluntaria. Sin ánimo de total exhaustividad, realizaremos una visión general. Se tramitan en estos juzgados:

- a) Los procesos de filiación, paternidad y maternidad, los procedimientos sobre patria potestad, su extinción, ejercicio o atribución exclusiva, o los de nulidad matrimonial.
- b) En relación a la separación, divorcio y modificación de medidas, estos pueden realizarse de mutuo acuerdo, o bien ser contenciosos, incluyen tanto los judiciales, como los celebrados ante el LAJ, o los extrajudiciales celebrados ante notario.

⁶³ CIRCULAR Nº 4/2005, de la FGE, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LO de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, p. 101 a 103. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 01-04-2021).

- c) Las diferentes medidas cautelares civiles que se pueden solicitar, medidas provisionales previas, que se establecen en los artículos 102 y 103 del CC, previas a las de nulidad, separación o divorcio, autorizadas por el artículo 104 del CC, (artículo 771.1 de la LEC). Medidas urgentes, derivadas de las medidas provisionales previas, a la demanda de nulidad, separación o divorcio, (artículo 771.2, párrafo 2º de la LEC), medidas coetáneas o provisionales, derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, (artículo 773 de la LEC), y por último, la solicitud de confirmación o modificación de las medidas provisionales previas a la demanda, (artículo 772 de la LEC)
- d) Los diferentes procedimientos relacionados con la guarda y custodia de hijos menores, o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro, en nombre de los hijos menores, y su modificación, ya sean de mutuo acuerdo o contenciosas.
- e) Procedimientos de reclamación en relación a las relaciones paterno filiales entre adultos, por ejemplo, la reclamación de alimentos por el hijo mayor de edad.
- f) Demandas en solicitud de eficacia civil, de resoluciones dictadas por tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, o las decisiones Pontificias sobre el matrimonio no consumado, artículo 748.5 de la LEC, siempre que se solicite, la adopción de medidas o su modificación.
- g) Exequátur, y reconocimiento de las sentencias de nulidad, separación y divorcio, dictadas por tribunales extranjeros.
- h) Solicitudes de oposición a resoluciones administrativas en materia de menores.
- i) Demandas en solicitud, de autorización de entrada en domicilios y restantes lugares, para la ejecución forzosa de medidas de protección de menor (artículo 778 ter de la LEC).
- j) Juicios verbales en materia de necesidad de asentimiento en la adopción.
- k) Expedientes de jurisdicción voluntaria, derivados del Título IV y VII del Libro I del Código Civil. Adopción, acogimiento, nombramiento de defensor judicial del menor, nombramiento de administrador judicial, autorización judicial para renunciar derechos de los hijos, enajenar y gravar sus bienes, repudiar herencias, decisiones y medidas establecidas en los artículos 156, 157, 158 del Código Civil, así como otras de análoga naturaleza.
- l) Demandas, en solicitud de fijación de régimen de visitas de los menores, a favor de abuelos, u otros parientes y allegados.
- m) Demandas que se formulen al amparo de los Títulos IV “Del matrimonio”, y VII “De las relaciones paterno-filiales”, del Libro I del Código Civil, que no tengan procedimiento especial de sustanciación.
- n) Demandas de liquidaciones de gananciales.
- o) Ejecuciones provisionales, y ejecución de títulos judiciales que les correspondan.
- p) Impugnaciones de justicia gratuita, reclamación de honorarios de abogados y cuentas de procuradores.
- k) Las cuestiones de competencia por declinatoria, en toda clase de asuntos de competencia que se planteen ante los mismos.
- r) Exhortos, despachos de auxilio judicial, comisiones rogatorias, y otras comunicaciones judiciales derivados de procedimientos a los que se refieren los procedimientos anteriores en materia de su competencia.

Por último, es necesario hacer una referencia al procedimiento de familia, creado por el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Se creó un nuevo procedimiento especial y sumario, en materia de familia,

en el artículo 3 de este RD: “Durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, se decidirán a través del procedimiento especial y sumario regulado en los artículos 3 a 5 del presente real decreto-ley las siguientes demandas:

a) Las que versen sobre pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las demás autoridades sanitarias con el objeto de evitar la propagación del COVID-19.

b) Las que tengan por objeto solicitar la revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, adoptadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 774 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando la revisión tenga como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas de cónyuges y progenitores como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.

c) Las que pretendan el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos, cuando dichas pretensiones tengan como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas del pariente obligado a dicha prestación alimenticia como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19”.

La referencia será breve, ya que este procedimiento no está en vigor. Se creó con un plazo de vigencia tasado en el propio RD, que indicaba un plazo máximo de vigencia, que llegaba a los tres meses después de la finalización del estado de alarma,⁶⁴ plazo que ni siquiera llegó a cumplir, ya que el RD que lo creaba fue íntegramente derogado, por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19, en el ámbito de la Administración de Justicia, cesando su vigencia el 20-09-2020.

Sobre su falta de utilidad, multitud de lagunas en su regulación, e innecesariedad, se pronunció Nuria Torres Rossell, con una crítica clara y contundente, que compartimos, “...la creación de este procedimiento no era necesaria, no está justificada, resulta contraproducente y no aporta ventaja alguna a la tramitación de los procedimientos ya existentes y en los que tenían total cabida las pretensiones enumeradas en el artículo 3 RD-L 16/2020. Es más, el contenido de los artículos 3 a 5 RD-L 16/2020 muestran un llamativo desconocimiento de nuestro Proceso civil y específicamente del actual juicio verbal y del proceso del artículo 770 LEC (LA LEY 58/2000), o una premeditada vuelta a una situación ya superada por la ley 42/2015 (LA LEY 15164/2015). Si lo que se deseaba era una tramitación más ágil, esta podía conseguirse de diversos modos, no necesariamente alternativos”.⁶⁵

En relación a la ejecución de las resoluciones civiles, el JVSM sigue igualmente los procedimientos generales, que en ejecución de las resoluciones dictadas, sigue el juzgado de 1ª instancia/familia, con todos los problemas que surgen en esta materia,

⁶⁴ El estado de alarma a nivel estatal, finalizó el día 21-06-2020.

⁶⁵ TORRES ROSSELL, NURIA. “¿Era necesario y útil el nuevo procedimiento en derecho de familia?”, en *Diario La Ley, Sección plan de Choque de la justicia*, Nº 9656, Ed. Wolters Kluwer de 18 de junio de 2020, p. 16 y 17. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 18-07-2020).

por su insuficiente y defectuosa regulación, sin que existan especialidades. Conoce pues de todas las solicitudes dentro del ámbito de su competencia.

4.1 EVOLUCIÓN DE LOS ASUNTOS CIVILES.

Podemos ver la evolución de los asuntos civiles, siguiendo las estadísticas que nos ofrece el CGPJ. Es difícil hacer una comparativa, ya que en los años 2016 y 2017, se especifica en el punto “Otros”, que “Incluye procesos contenciosos, entre otros sobre filiación, maternidad y paternidad, relación paterno filial, nulidades matrimoniales, separación de mutuo acuerdo y contenciosas, modificación de medidas o liquidación del régimen económico matrimonial, Otros contenciosos o Medidas cautelares”.⁶⁶

En el año 2016

ASUNTOS CIVILES INGRESADOS EN LOS JVM

ASUNTOS CIVILES	DIVORCIOS CONSENSUADOS	DIVORCIOS NO CONSENSUADOS	MEDIDAS PREVIAS	MEDIDAS COETANEAS	GUARDA, CUSTODIA O ALIMENTOS HIJOS NO MATRIMONIALES	OTROS ⁶
15.275	657	5.166	1.200	2.943	4.661	5.300
	4,30%	33,82%	7,86%	19,27%	30,51%	34,70%

En el año 2017

ASUNTOS CIVILES INGRESADOS EN LOS JVM

ASUNTOS CIVILES	DIVORCIOS CONSENSUADOS	DIVORCIOS NO CONSENSUADOS	MEDIDAS PREVIAS	MEDIDAS COETANEAS	GUARDA, CUSTODIA O ALIMENTOS HIJOS NO MATRIMONIALES	OTROS ⁶
15.574	623	5.217	1.013	2.814	4.833	5.375
	4,00%	33,50%	6,50%	18,07%	31,03%	34,51%

En los años 2018 y 2019, en los asuntos y medidas civiles, se incluye bajo el punto 6: el total de asuntos civiles y el total de las medidas civiles, previas, coetáneas y cautelares; y el último concepto “Otros”, pasa a ser el 7, y se especifica en la estadística que “Incluye procesos contenciosos, entre otros sobre filiación, maternidad y paternidad, relación paterno filial, nulidades matrimoniales, separación mutuo acuerdo y contenciosas, Eficacia civil, separación, disolución o nulidad modificación de medidas consensuadas y no contenciosas, Juicios Verbales, Asentimiento en adopción, Oposición a resolución administrativa en la protección de

⁶⁶ESTADÍSTICA DEL CGPJ. Datos sobre Violencia sobre la mujer. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (Última visita, 29-11-2020).

menores, Sobre la capacidad de las personas, liquidación del régimen económico matrimonial, Otros contenciosos o Medidas cautelares”.

Lo que si podemos observar es una cantidad similar en los asuntos ingresados en cada uno de los apartados a lo largo de los años.

En el año 2018

Asuntos Civiles Ingresados en los JVM

Asuntos Civiles y Medidas Civiles ⁶	Divorcios Consensuados	Divorcios no Consensuados	Medidas Previas	Medidas Coetáneas	Guarda, Custodia o Alimentos Hijos No Matrimoniales	Otros ⁷
21.816	686	5.843	1.158	3.136	5.373	5.620
	3,14%	26,78%	5,31%	14,37%	24,63%	25,76%

En el año 2019

Asuntos Civiles Ingresados en los JVM

Asuntos Civiles y Medidas Civiles ⁶	Divorcios Consensuados	Divorcios no Consensuados	Medidas Previas	Medidas Coetáneas	Guarda, Custodia o Alimentos Hijos No Matrimoniales	Otros ⁷
22.067	624	5.781	1.072	3.306	5.667	5.617
	2,83%	26,20%	4,86%	14,98%	25,68%	25,45%

En el Boletín de información estadística nº 43 del CGPJ, de noviembre de 2015, con motivo de los diez años desde la entrada en vigor por completo de la LIVG, el 25-06-2015, se realizó un informe que pretendía dar una visión de los diez años de aplicación de la ley, en estos órganos judiciales, con una comparación también del funcionamiento de estos juzgados.⁶⁷

⁶⁷ Boletín de información estadística Nº 43. “Diez años de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en los órganos judiciales”. Noviembre de 2015. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (Última visita, 29-11-2020).

**Movimiento de asuntos civiles en los juzgados de violencia
contra la mujer**

	Ingresados	Resueltos	Pendientes
Sobre filiación, maternidad y paternidad	569	495	61
Relación paterno filial	765	724	49
Nulidades matrimoniales	73	68	3
Divorcios consensuados	5.808	8.230	174
Divorcios no consensuados	50.557	47.058	3.324
Separación consensuada	930	1.099	11
Separación no consensuada	4.527	4.270	186
Eficacia civil, separación, disolución o nulidad	36	71	2
Medidas previas	16.390	15.797	435
Medidas coetáneas	22.083	20.982	937
Medidas posteriores	522	487	28
Modificación medidas consensuadas	1.367	1.452	71
Modificación medidas no consensuadas	13.998	12.744	1.360
Juicios verbales	5.234	5.022	149
Asentimiento en adopción	26	25	0
Oposición a resoluciones administrativas en protección menores	292	264	26
Sobre la capacidad de las personas	110	91	2
Liquidación régimen económico matrimonial	3.331	2.889	425
Guarda, custodia, alimentos a hijos menores no matrimoniales, consensuado	3.052	3.788	178
Guarda, custodia, alimentos a hijos menores no matrimoniales, no consensuado	29.614	27.247	2.340
Incidentes del Art. 241.1 LOPJ	287	261	7
Incidentes	11.993	11.350	754
Otros contenciosos	6.918	6.420	302

Respecto a estos procedimientos es necesario señalar el número de procedimientos consensuados en divorcios, separaciones, modificaciones de medidas y procedimientos de guarda, custodia, y alimentos a hijos menores no matrimoniales. No obstante, si los ponemos en comparación con los correspondientes a los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción durante el mismo periodo, se observa que el porcentaje de consensuados en estos último es seis veces superior al de los JVSM en divorcios y separaciones, dos veces en modificación de medidas, y más de tres veces en los procedimientos respecto a los hijos no matrimoniales.

	Jpi y Jpii	JVM
Divorcios consensuados	734.384	5.808
Divorcios no consensuados	445.720	50.557
Porcentaje consensuados	62,2%	10,3%
Separación consensuada	60.391	930
Separaciones no consensuadas	28.974	4.527
Porcentaje consensuados	67,6%	17,0%
Modificación medidas consensuadas	53.708	1.367
Modificación medidas no consensuadas	197.158	13.998
Porcentaje consensuados	21,4%	8,9%
Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no Matrimoniales Consensuados	93.185	3.052
Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no Matrimoniales No Consensuados	161.924	29.614
Porcentaje consensuados	36,5%	9,3%

4.2. INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL.

Cuando la situación de violencia se produce en el ámbito penal, podemos encontrarnos con dos situaciones diferentes, según el procedimiento civil para la determinación de las medidas personales o familiares se haya iniciado, o no.

4.2.1 SI NO HAY PROCEDIMIENTO CIVIL INICIADO.

El procedimiento se inicia directamente en el juzgado de violencia, a través de los diferentes procedimientos, y puede hacerlo cualquiera de las partes, o en casos muy especiales el MF.

Si se han acordado medidas civiles a través de una OP, por un JVSM, o bien por otro juzgado que inicialmente no sea competente, tanto de violencia como de instrucción en funciones de guardia, este procedimiento debe inhibirse al competente, de acuerdo con las normas de competencia territorial.⁶⁸

Es el supuesto previsto en el artículo 544 *ter*, nº 7 último párrafo de la LECr, “*Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 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*”.

Respecto de este párrafo aparentemente claro, se han planteado una serie de cuestiones importantes, en el plazo de los 30 días, ¿Son computables los días inhábiles? ¿Qué tipo de procedimiento se puede interponer? ¿Está legitimado el investigado? ¿El plazo de prórroga de 30 días desde cuanto se computa? Una vez presentada la demanda, ¿Es necesario que en la misma se solicite la ratificación, modificación, o cese de las medidas?, o la continuidad de las mismas opera “*ex lege*”.

Intentaremos contestar a estas preguntas. Los plazos resultan de suma importancia, ya que de ellos depende la continuación o no de la vigencia de las medidas acordadas en la orden.

Respecto del primer plazo, de 30 días, si transcurrido el mismo, no se ha interpuesto la demanda correspondiente, las medidas civiles quedan sin vigor, depende pues de la actividad de la parte, y determina en su caso la caducidad de las medidas. En el auto que acuerda la OP, se indica siempre para una mayor información de la víctima de violencia este extremo: “la vigencia de las medidas civiles por 30 días prorrogables por otros 30 en el caso que se interponga la correspondiente demanda civil”. Es pacífico, que el cómputo de estos días, tiene la consideración de un plazo procesal y debe computarse según las normas civiles (artículo 130 y siguientes de la LEC), y por ello en la práctica de su cómputo deben excluirse los días inhábiles. Sobre el cómputo del plazo de prórroga, una vez que se presenta la demanda dentro del primer plazo de 30 días la demanda, es evidente que el término utilizado en el precepto “incoación”, no puede afectarle, y ello porque presentada la demanda, en ese plazo, el funcionamiento del servicio del juzgado decano en el reparto de éstas, y los

⁶⁸ Un juzgado de instrucción en funciones de guardia, como por ejemplo el nº 4 de Torrejón de Ardoz, resuelve las OP solicitadas en relación a la violencia de género, cuando el JVSM no funciona, por ejemplo fines de semana o festivos, sin perjuicio de su posterior inhibición al correspondiente juzgado de violencia, en base a las normas de competencia territorial.

problemas de retraso de los juzgados, respecto de los plazos, no pueden afectar a las partes, por ello si la demanda se presenta en el plazo de los 30 días, ya no pueden decaer las medidas. La práctica habitual de los juzgados, por ejemplo en los de Madrid, es ratificar las medidas de la OP en el momento del auto de admisión a trámite de la demanda, hasta la celebración de la comparecencia del artículo 771 de la LEC, incluso si no se ha solicitado expresamente por la parte en la demanda, es cierto que el volumen de trabajo de los juzgados hace que la vigencia de estas medidas en ocasiones lleguen hasta que se dicta la resolución definitiva que pone fin al procedimiento, pero la protección de la víctima lo hace necesario. Lo que enlaza con la valoración de la necesidad de comparecencia y continuidad de la validez de las medidas. Según dispone el último párrafo del n.º 7 del art. 544 *ter* LECr. si transcurrido el segundo plazo de prórroga de 30 días, el juzgado no se ha pronunciado sobre cualquiera de los tres extremos que señala: ratificación, modificación o eliminación de las medidas civiles, se produciría la caducidad de las mismas, que según acabamos de ver, no puede producirse. La necesidad de comparecencia en el procedimiento civil, supone un problema, íntimamente relacionado con el anterior. La cuestión radica, en determinar si es necesario señalar comparecencia en el procedimiento civil, para la ratificación de las medidas civiles adoptadas en la orden de protección. “En definitiva, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 772 LEC – que, tras señalar en su párrafo primero que "cuando se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida esta, el Secretario judicial unirá las actuaciones sobre adopción de dichas medidas a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio, solicitándose, a tal efecto, el correspondiente testimonio, si las actuaciones sobre las medidas se hubieran producido en Tribunal distinto del que conozca de la demanda", *añade en su párrafo segundo que* "solo cuando el Tribunal considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas ordenará que se convoque a las partes a una comparecencia, que señalará el Secretario judicial y se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior"–, únicamente sería necesario celebrar la comparecencia en aquellos casos en los que proceda completar o modificar las medidas civiles adoptadas en la orden de protección, pues el citado precepto alude, de una forma genérica, a la existencia de medidas con anterioridad a la demanda, que es lo que ocurre cuando las mismas se hubieren dictado en una orden de protección se recojan medidas civiles, y solo exige la citación a una comparecencia cuando el Juez considere que procede completar o modificar las mismas. No obstante, y ante la escasa prueba que normalmente se habrá practicado al adoptar la orden de protección, puede plantearse frecuentemente la necesidad de completar o modificar las medidas adoptadas. En tales casos, se convocará a las partes a una comparecencia que se sustanciará conforme a lo dispuesto en el art. 771 LEC. En los demás, y con objeto de evitar que las medidas civiles adoptadas en el seno de la orden de protección puedan perder su vigencia, dado el plazo señalado en el citado art. 544 *ter*, n.º 7, LECr. y el cúmulo de asuntos que normalmente soportan los Juzgados, es aconsejable que las medidas sean ratificadas al admitir a trámite la demanda, acordando la subsistencia de las mismas hasta que recaigan las definitivas o, en su caso, las provisionales. Con ello se evitan los perjuicios que podrían ocasionar a la parte demandante retrasos no imputables a ella, como se ha analizado con anterioridad”.⁶⁹ El precepto también indica que es “la

⁶⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A., “Duración de la orden de protección”, en *Revista jurídica Sepin, Violencia Doméstica y de Género*, ref: SP/DOCT/18872, Ed. Jurídica Sepin, diciembre de 2014, p. 9. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica> (Última visita 20-04-2021).

víctima y su representante legal” quienes pueden presentar la demanda, pero puede suceder que la parte actora lo sea el investigado, que se adelante, e interponga la correspondiente demanda, ya que en el procedimiento civil, no hay limitaciones en cuanto a la interposición del procedimiento, siguiéndose el mismo con las especialidades propias de la violencia de género, o incluso excepcionalmente la puede presentar el MF. Luego, si la interponen el investigado, su representante legal, o el MF, en principio los plazos deberían ser diferentes, y seguir una “vía normal”, sin embargo entiendo que la existencia de la OP y la necesidad de protección de la víctima, harían que tal interposición, dentro de estos plazos supusiera continuar con la vigencia de las medidas civiles de la OP, en aras a la protección de la víctima, como si la hubiera interpuesto ésta.

Sobre el tipo de procedimiento, Julián Ángel González Sánchez, indica que “El nº 7 del art. 544 ter LECrim, alude a la incoación de un proceso de familia, pero no especifica de que tipo. Por tanto, la víctima puede instar cualquiera de los procedimientos posibles, ya sean los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio, adopción de medidas con respecto a menores en los supuestos de guarda y custodia de hijos no matrimoniales, o medidas provisionales previas. Puede ofrecer alguna duda si dentro de la expresión "proceso de familia" puede incluirse el juicio ordinario entablado para resolver los efectos de la ruptura de una unión more uxorio cuando no existan hijos o sean estos mayores de edad e independientes económicamente, máxime teniendo en cuenta que los Juzgados de Familia, en aquellos partidos judiciales en los que existen, carecen de competencia sobre los mismos, salvo que la misma derive de las normas de reparto. Una respuesta afirmativa, resulta de una interpretación amplia del término familia, que resulta conforme, con la filosofía de la Ley Orgánica 1/2004, que tiene por finalidad la protección de la mujer tanto en la pareja matrimonial, como en la no matrimonial, tal y como se señala en la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.⁷⁰

Recapitulando, debemos señalar que el plazo de prórroga se comienza a computar desde el momento de presentación de la demanda, ya que si bien el artículo habla de incoación de un proceso de familia ante la jurisdicción civil, y no de presentación de la demanda, las partes no pueden verse afectadas, por el volumen de trabajo inabarcable de los juzgados, si la incoación de la misma se retrasa, este retraso no les afectaría, de hecho en los diferentes juzgados la “práctica habitual” al incoar este tipo de demandas, es directamente prorrogar dichas medidas, al margen que luego puedan valorarse de nuevo, en una comparecencia (como la prevista en el artículo 771 de la LEC), si ello fuera necesario, por lo que se ratificarían hasta el dictado de unas nuevas medidas provisionales, o las ya definitivas. Si la parte no ha solicitado expresamente la prórroga, se han planteado varias situaciones diferentes, incluso que las medidas se pudieran quedar sin vigor, la solución viene dada por la actuación del juzgado, que bien de oficio, puede requerir a la parte para que subsane tal extremo, o directamente actuar como acabamos de indicar, prorrogando las medidas.

Una vez que la demanda llega al JVSJ, este debe dictar un auto en el que se admita a trámite, y ratifique o modifique las medidas ya acordadas; nos podemos plantear si

⁷⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A., “Duración de la orden de protección”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref: SP/DOCT/18872, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2014, p. 6. Disponible en: [https:// www.sepin.es /violencia-domestica](https://www.sepin.es/violencia-domestica) (Última visita 20-04-2021).

contra este auto cabe recurso. Según indica la jurisprudencia, en múltiples resoluciones no cabe recurso, en este sentido, por todos, auto de la AP de Madrid, sección nº 24 de fecha 03-03-2011, rec nº 200/11, (Roj: AAP M 1026/2011), "...Esta Sala, coincidiendo con el criterio expresado en diversas resoluciones judiciales de otras Audiencias Provinciales, como pueda ser el auto de 7 de mayo de 2.009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, considera al caso de análoga aplicación las previsiones del artículo 772 de la L.E.Civil, así como concordantes, en virtud del cual contra el auto que se dicte confirmando o modificando las medidas provisionales previas a la demanda, al admitirse esta, no se dará recurso alguno. La inadmisibilidad del recurso de apelación contra el auto que establece tal tipo de medidas civiles deviene del escaso periodo de vigencia de las mismas, por lo que es de aplicación el artículo 4 del Código Civil, por identidad de razón de lo previsto en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece la irrecorribilidad de las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, que al igual que las medidas que ahora nos ocupan, regulan los efectos ante la situación de crisis familiares, con una vigencia también de treinta días, por lo que hemos de considerar que tampoco las medidas civiles que nos ocupan, derivadas de una Orden de protección, son susceptibles de recurso de apelación. Consecuentemente con lo expuesto, en el supuesto sometido a la consideración de la Sala el presente recurso de apelación no debió ser admitido a trámite, siendo aquí de apreciar el principio jurisprudencial de que las causas de inadmisión de un recurso de apelación, devienen en causas de desestimación, y así procede declararlo, sin perjuicio de que en la instancia, previa convocatoria de las partes a vista o comparecencia, si se estima procedente, se acuerde dejar sin efecto, ratificar hasta la adopción de las medidas definitivas, o modificar, las acordadas en virtud de auto de 29 de septiembre de 2.010 en relación con los hijos comunes de los litigantes menores de edad, para el tiempo que reste desde el transcurso de los 30 días y el dictado de la resolución final".

4.2.2 SI EL PROCEDIMIENTO CIVIL ESTÁ INICIADO.

Si cuando se produce el hecho penal, el procedimiento civil ya está iniciado, pueden darse varias situaciones. El procedimiento civil llega al JVSM, cuando al comprobar la existencia de un procedimiento penal, el juzgado civil procede a la inhibición del mismo. Son los casos en los que se inicia el procedimiento en sede civil, mediante la interposición de una demanda de medidas previas, artículo 771 de la LEC, o de una demanda principal con solicitud de medidas coetáneas, artículo 773 LEC en el juzgado de 1ª instancia/familia, antes de existir procedimiento penal abierto en el juzgado de violencia y luego se conoce la existencia de una denuncia penal, el juez civil podrá convocar la comparecencia, del artículo 49 *bis* 2 de la LEC. Es necesario comprobar, como influye el dictado de la OP en el mismo, que será diferente, según la fase en la que el procedimiento se encuentre.

Cuando hay un previo procedimiento civil, surgen numerosos problemas, a la hora de determinar que juzgado es el competente, entrando en juego el artículo 49 *bis* LEC, tal y como hemos visto.

Ahora bien, una vez dictada la OP, debe llevarse testimonio de la misma al procedimiento civil, y si en este ya hay medidas civiles adoptadas, éstas pueden mantenerse o sufrir modificaciones en virtud de la orden, y de acuerdo con lo establecido en ella.

-Si el procedimiento civil se ha celebrado y hay sentencia firme, la vía a utilizar sería la del procedimiento de modificación de las medidas acordadas en dicha sentencia, utilizando los mecanismos de vigencia de las medidas civiles en su caso acordadas.

- Si el procedimiento civil ya se ha celebrado, y está pendiente de dictarse sentencia. Tanto si existen medidas provisionales, como si no, las partes podrían de acuerdo con lo dispuesto en el 286 de la LEC, alegar la nueva situación creada, y aportar testimonio del auto que acuerda la orden, ahora bien, una vez celebrada la vista, el juez civil está obligado a dictar sentencia, no podría darse en este momento una inhibición al JVSM.

- Si el procedimiento civil está en trámite y hay medidas civiles acordadas, estas se deberán ajustar a lo dispuesto en las medidas civiles y penales de la OP.

-Si el procedimiento está en trámite, y no hay medidas civiles acordadas, las que se contienen en la orden pasarán a regir la situación entre las partes, sin perjuicio de la posibilidad de su ratificación, modificación, o incluso que se dejen sin efecto las mismas, al llegar al juzgado civil.

4.2.3 ASPECTOS COMUNES A AMBOS SUPUESTOS.

No hay problema en la determinación del juzgado competente. Al margen del juzgado que haya dictado la OP, será siempre el JVSM al que corresponda el domicilio de la víctima, no el de juzgado de 1ª instancia que indica el artículo.

En relación a los recursos, ¿Qué eficacia tendría un recurso interpuesto en el que se impugnan también los pronunciamientos civiles del auto que acuerda la OP, o incluso que se interpone tan solo respecto de las medidas civiles?

El recurso de reforma y subsidiario de apelación frente al auto en cuanto a las medidas civiles debe ser admitido, ya que el auto es recurrible también en cuanto afecta a estas civiles. Sin embargo, su eficacia es nula, como luego veremos de forma amplia en el estudio de la OP.

En el desarrollo del proceso, se ha convertido en práctica consolidada, que al incoar el procedimiento en los juzgados de 1ª instancia/familia, lo primero que se incorpora, incluso con carácter previo al dictado del auto de admisión a trámite, es una diligencia donde consta la existencia o no de una situación de violencia, para determinar la competencia, si no hay, el procedimiento seguirá su curso normal, pero si consta un proceso previo y vigente de violencia, se producirá la inmediata inhibición. En el JVSM, también se realizan las diligencias necesarias de comprobación a estos efectos.

4.3 LA NECESIDAD DE COHERENCIA ENTRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

Reiteramos de nuevo que el objetivo prioritario de la creación de los JVSM era realizar un exhaustivo conocimiento de unos hechos, que están conectados en la vía penal y en la vía civil, para ajustar las medidas en ambos procedimientos evitando disfunciones, así como procurar una mejor protección de la mujer, de los menores, y en definitiva de la unidad familiar. El hecho de ser el mismo juzgado el que conoce ambos procedimientos, proporciona una mayor coherencia en las medidas adoptadas en la vía penal y en la vía civil.

La Guía práctica de la LIVG del CGPJ así lo expone, "... A título de ejemplo, si en este último se ha acordado la prohibición de aproximación o de comunicación con los hijos/as del investigado, no deberá fijarse régimen de comunicación y visitas del progenitor no custodio, ni siquiera en régimen progresivo, en el proceso civil, en tanto no se dejen sin efecto las anteriores. En este sentido, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia del JVM debería dejar constancia en las actuaciones, por diligencia, antes de que se dicte el auto de admisión a trámite de la demanda civil, de: 1. la existencia de los procedimientos penales que se han tramitado o se están tramitando entre las partes. 2. la existencia de una orden de protección, de otras medidas cautelares o el dictado de una sentencia de condena, de haberse dictado una de estas resoluciones. En este caso, debería incorporarse además la fecha en que se dictaron las medidas o el inicio del cómputo de la liquidación de condena, respecto de las penas que puedan tener proyección en la resolución a dictar en el procedimiento civil, así como, en su caso, su fecha de expiración...

A partir del contenido de esta diligencia, el auto de admisión a trámite de la demanda debería acordar: 1. un pronunciamiento en virtud del cual las medidas civiles de la orden de protección se prorrogan, en su caso, hasta el dictado del auto o sentencia que ponga final al proceso civil. Tendría expreso fundamento en el artículo 772 de la LEC, cuyo primer apartado prevé la unión de las actuaciones seguidas sobre adopción de medidas con anterioridad a la demanda principal, por testimonio, a las actuaciones relativas a procesos de nulidad, separación o divorcio, sin perjuicio de la comparecencia a la que se refiere el apartado 2 del precepto. 2. unir al auto de admisión a trámite de la demanda testimonio de la resolución en la que se basa la prórroga, en su caso, de las medidas con trascendencia civil, de conformidad con el precepto mencionado. En la remisión de los autos en apelación sería conveniente reiterar la diligencia de constancia sobre el estado de los procedimientos penales a los efectos de asegurar la coherencia de la resolución en segunda instancia.

En definitiva, las medidas civiles habrán de adaptarse a las penales vigentes, entre las que se encuentran la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia y del régimen de visitas, previstas en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, reformados por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia... El artículo 158 del Código Civil, reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, añade entre las medidas cautelares a adoptar por el Juez, de oficio o a instancias del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal "dentro de cualquier proceso civil o penal o expediente de jurisdicción voluntaria", las medidas de prohibición de aproximación de los progenitores, tutores, otros parientes o terceras personas al menor, a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, y de prohibición de comunicación con el menor, impidiendo a los progenitores, tutores, otros parientes o terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, en ambos casos, con respeto al principio de proporcionalidad (apartados 4º y 5º), 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", para lo cual, "se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses". Y "en caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública". Las medidas

contempladas en el artículo 158 Cc, tienen el carácter de medidas cautelares, se caracterizan por su carácter urgente y necesario y tienen por finalidad apartar al menor de situaciones puntuales excepcionales de peligro o perjuicio en el entorno familiar o frente a terceros. En lo que respecta a la previsión del artículo 92.7 del Código Civil relativa a la no atribución de la guarda y custodia exclusiva o custodia compartida a favor del investigado o encausado en un proceso por violencia de género, está en consonancia con el citado artículo 31 del Convenio de Estambul”.⁷¹

Esta coordinación también se determina a nivel de la actuación del MF, el conocimiento de la situación de violencia es fundamental en la protección de la víctima y su familia.

“Cuando los procesos penales de violencia de género estén sobreesidos o se haya dictado una sentencia absolutoria, y por las reglas de competencia de los arts. 49 bis y 775 de la LEC son los Juzgados de 1ª Instancia los que deban de conocer de los procedimientos civiles entre aquellos progenitores, es necesaria una eficaz coordinación con las secciones civiles de familia de la Fiscalía a fin que los fiscales que la integran tengan conocimiento de los antecedentes de violencia de género, su entidad y reiteración. Los Sres./as. Fiscales deben de contar en el procedimiento civil con todos los antecedentes necesarios para poder valorar el interés del menor y la relación de mutuo respeto e igualdad de los progenitores. A tal fin, se trasladará a la Fiscal General del Estado la correspondiente propuesta de Instrucción para una mejor coordinación entre las Secciones de lo Civil y de Familia y de Violencia sobre la mujer de las Fiscalías, para hacer realidad la unidad de actuación primordial en la intervención del Ministerio Público”.⁷²

La importante actuación del MF, exige el conocimiento completo de la situación familiar, por ello al acudir al acto de juicio, el Fiscal debe tener pleno conocimiento de lo ocurrido en el procedimiento penal, al igual que en el civil, realizándose un gran esfuerzo en la confección del material con el que este acude a los diferentes vistas y juicios orales, para que conste el mismo, evitando así que se puedan realizar informes contradictorios.

5 – BREVES APUNTES SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

La cada vez mayor movilidad geográfica de las personas, supone que en sus relaciones jurídicas, cuándo hay un elemento de extranjería, es necesario determinar qué ley es la aplicable, y para ayudar a tal resolución está el DIPr, derecho muy complejo en cuanto a su estudio y determinación de los puntos de conexión aplicables en cada caso. Realizaremos una breve exposición, dado que su incidencia hasta ahora en violencia de género es escasa, aunque con una previsión de crecimiento.

⁷¹ GUÍA PRÁCTICA DE LA LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ed. CGPJ, Madrid. Revisión y reedición, octubre 2016, p. 324 y 325. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es> (Última visita, 15-01-2020).

⁷² CONCLUSIONES DEL XIV SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Segovia los días 13 y 14 de noviembre de 2018, conclusión 4ª, p. 35. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 15-01-2020).

Donde nos podemos encontrar con mayores dificultades, no sólo a nivel de violencia de género, sino a nivel general es a la hora de determinar los conceptos que vamos a utilizar ya que en cada país es diferente, no solo el concepto de violencia de género, sino el contenido de cada institución civil, existiendo un amplio abanico de problemas que pueden plantearse, según las distintas nacionalidades de los esposos/parejas.

Hay tres materias que son determinantes en DIPr, la determinación de la competencia judicial internacional para conocer del asunto, la determinación del derecho aplicable, y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones, o transacciones judiciales realizadas en el extranjero, es decir, que las sentencias y acuerdos dictados se lleven a cabo, sean eficaces.

Nuestro país al formar parte de la UE, se encuentra con dos niveles de aplicación diferentes, del derecho internacional, el DIPr europeo y el DIPr interno. España ha firmado un importante número de reglamentos europeos de cooperación reforzada, que inciden en las materias de familia, y por lo tanto que afectan a los JVSJ, ya que estos funcionan y aplican las mismas normas en relación al derecho internacional, que los juzgados de 1ª instancia/familia.

Lo que caracteriza al DIPr en España es su dispersión y complejidad, comprende los Reglamentos UE y Convenios multilaterales sobre derecho procesal internacional, Convenios bilaterales, en materia de reconocimiento y ejecución en España, de decisiones judiciales extranjeras, Convenios bilaterales sobre cooperación judicial, Convenios multilaterales sobre las más variadas materias, (información del derecho extranjero, documentos públicos extranjeros, personas físicas, matrimonio, protección de menores, alimentos, sucesiones...); Reglamentos (UE) sobre ley aplicable. A nivel de normativa de origen interno las principales normas que contienen disposiciones de DIPr son: el CC, la LEC, la LOPJ, el Reglamento del Registro Civil, o la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil.

Entre las múltiples reformas que tuvieron lugar en el año 2015, la L.O. 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la L.O.P.J. (6/1985, de 1 de julio), señaló con claridad en el punto VI de su preámbulo, la necesidad de actualización de los criterios de atribución de jurisdicción, a los tribunales españoles del orden civil, ya que la progresiva internacionalización de las relaciones personales y empresariales, de los ciudadanos, exigía una actualización, de los criterios de atribución de jurisdicción a estos tribunales, dado que en el momento en el que fue redactado el artículo 22 de la LOPJ, el proceso de internacionalización de España, se encontraba en un momento muy inicial, ni siquiera se había culminado la incorporación plena al ámbito de la UE. Esta ley determina la decisiva vinculación de los jueces y tribunales españoles, al derecho de la unión, en la interpretación que hace del mismo el TJUE. En paralelo, y como corolario del sistema, se determina la forma en la que en nuestro ordenamiento, ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el juez español y el TJUE: la cuestión prejudicial. Con ello, se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Después llegaron otras reformas, como la del artículo 107 del CC,⁷³ o la importante regulación europea, a

⁷³ Artículo 107: “1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración. 2. La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

través de diferentes reglamentos, como el Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada, en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, y el Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada, en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.⁷⁴

“Ambos reglamentos determinan las normas aplicables al patrimonio de las parejas casadas o las uniones registradas cuando los cónyuges tienen dos nacionalidades diferentes de la UE o cuando poseen propiedades en otro país de la UE. Describen las normas revisadas y acordadas por 18 países de la UE, acerca de la jurisdicción y la ley aplicables, así como del reconocimiento y la ejecución de las resoluciones relativas a los regímenes económicos matrimoniales o uniones registradas o en caso de muerte de uno de los cónyuges”.⁷⁵

“Se debe en todo caso, buscar la respuesta en el derecho comunitario, pues la legislación comunitaria tiene primacía sobre la legislación nacional de cada estado. La legislación interna ha sido desplazada por la legislación comunitaria. En segundo lugar, es preciso valorar si hay norma aplicable en el ámbito extracomunitario. Tampoco debe olvidarse que el principio de reconocimiento mutuo constituye la piedra angular de la construcción de la Europa de la Justicia...”.⁷⁶

Recientemente la Sala de lo Civil del TS en S. 89/2021, de 17 de febrero, recurso 5281/2019, señaló: “para apreciar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, en virtud del principio de primacía, debe estarse a las normas procedentes de la Unión Europea”.

Todo ello sin olvidar, que existe también el elemento internacional, en parejas cuyos países no son miembros de la UE, o sólo uno de ellos lo es, lo que abre todo un abanico de posibles nacionalidades a combinar, que aún le otorga una mayor complejidad.

A la hora de aplicar el DIPr la primera cuestión que debe resolverse es la competencia, que ésta recaiga sobre los tribunales civiles españoles, (y también por ello de los JVSM), y la segunda cuestión, una vez determinada ésta, es elegir el derecho aplicable al procedimiento con ese elemento de extranjería.

⁷⁴ Ambos reglamentos han entrado en vigor en España el día 29-01-2019.

⁷⁵ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legaconten/ES/TXT/?qid=1564827173053&uei>. (Última visita 28-06-2021).

⁷⁶ SANTANA PÁEZ, E., Curso virtual “El juez en el espacio judicial europeo”, *Juez y Derecho de Familia en la UE. Bruselas II bis: Reglamento 2201/2003 competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y responsabilidad parental. Protección de menores*. Convenios de la Haya; La Red Internacional de Jueces de La Conferencia de la Haya. Red Europea de Formación Judicial (REFJ), Ed. 2011 Disponible en: <http://www5.poderjudicial.es/cvcc11-12/CVCC12-06-ES.pdf> (Última visita, 20-06-2021)

5.1 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, VIOLENCIA DE GÉNERO Y ORDEN PÚBLICO.

A la complejidad del DIPr en éste ámbito, se va a unir la dificultad a la hora de determinar los conceptos a utilizar, ya que en cada país el concepto de violencia de género es diferente, como también lo es el contenido de cada institución civil. Existiendo un amplio abanico de problemas que se pueden plantear, según las nacionalidades de los esposos, o parejas.

De hecho, algunas autoras como Carmen Vaquero López, abogan por la articulación de "...un sistema de DIPr de la mujer" que, a semejanza del DIPr. de los menores, se preocupe por salvaguardar su "mejor interés", aquel que consiste en que su dignidad sea respetada en todos los ámbitos de su vida privada y familiar". Este sistema estará afectado por la normativa internacional y comunitaria sobre derechos fundamentales, y particularmente por las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)... En el ámbito del DIPr. español se han producido importantes avances en el desarrollo del principio (constitucional) de no discriminación por razón de sexo, que han permitido superar las tradicionales discriminaciones que colocaban a las mujeres en una situación de subordinación y de dependencia. Sobre la base de este principio se han suprimido los puntos de conexión discriminatorios que llevaban a aplicar la ley nacional del marido o del padre; se ha reconocido una autonomía conflictual limitada en materia de Derecho de familia, que favorece el libre desarrollo de la personalidad de hombres y de mujeres; y se ha proyectado nuestra normativa sobre derechos humanos a mujeres extranjeras residentes en nuestro país pero sometidas a sistemas que desconocen el principio de igualdad, a través de la excepción de orden público".⁷⁷

En igual sentido se pronuncia Rosario Espinosa Calabuig, tal y como indica esta última autora, hay países que no han ratificado las declaraciones de derechos para lograr la igualdad de la mujer, haciendo especial mención a los Estados islámicos, ya que éstos, "A pesar de la existencia de estos Convenios, se da la circunstancia de que la Conferencia de los Estados islámicos ha promovido sus propias Declaraciones de Derechos Humanos, basadas en la ley religiosa islámica (la *Sharia*), lo que claramente desvirtúa el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las mujeres. De hecho, la misma Convención de 1979 es la que más reservas ha recibido por parte de los países islámicos, en particular en relación con el art. 16, referido al matrimonio y a las relaciones familiares".⁷⁸

Comparto la visión de Eva Díez Peralta, en relación con la evolución del DIPr, "...el proceso de humanización, especificación y especialización del Derecho

⁷⁷ VAQUERO LÓPEZ, C., "Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2018 Vol. 10 n° 1, p. 2 y 3. Disponible en: <https://www.uc3m.es/cdt-DOI>: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>. (Última visita, 21-11- 2020).

⁷⁸ ESPINOSA CALABUIG, R., Para un mayor estudio, "La (olvidada) perspectiva de género en el DIPr" en: "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies". *Rivista Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* n° 3, 2019, p. 38. Disponible en: <http://elea.unisa.it/handle/10556/3899> (Última visita, 24-11- 2020).

internacional ha traído consigo, de igual forma, su feminización. Evidentemente, la defensa de los derechos de la mujer cobra mayor impulso a partir de la creación de Naciones Unidas. Aparte de los numerosos instrumentos internacionales de ámbito universal (también regional) que consagran el principio de igualdad y proscriben la discriminación basada en el sexo, el tratado más representativo en la materia es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Este tratado, considerado uno de los principales en materia de derechos humanos, presenta sin embargo ciertas fracturas, como la que deriva de la formulación de un número desmedido de reservas que, basadas en normas y costumbres sociales internas, indiscutiblemente, la privan de sentido y eficacia, y comprometen la responsabilidad internacional del Estado reservante. En lo que respecta a los mecanismos de supervisión, no hay duda de que la firma y entrada en vigor del Protocolo Facultativo de 1999 consolida la posición de este tratado en el sistema universal de protección de los derechos humanos, puesto que, a semejanza de otros instrumentos internacionales en este sector del Derecho internacional, incorpora un sistema de control basado en la presentación de denuncias individuales ante el Comité creado por la Convención. Ahora bien, el poco uso que se está haciendo de las comunicaciones individuales, unido al hecho de que no se hacen valer contra aquellos Estados donde la igualdad de derechos de las mujeres está mucho menos garantizada, permiten desconfiar de que la promoción de los derechos de la mujer esté hoy, en determinados países, mucho más asegurada que en el pasado. Pero corresponde destacar que las mayores desigualdades y actitudes discriminatorias que hoy día padecen muchas mujeres se cometen en el plano nacional. Pese a que la Conferencia Mundial de la Mujer de 1995 arrancó a los gobiernos el compromiso de incluir de manera efectiva una dimensión de género en las políticas e instituciones, es evidente que en muchos países persiste aún una gran brecha entre las declaraciones de derechos y la posibilidad real de ejercitarlos, dada la vigencia de leyes, políticas y prácticas nacionales que chocan frontalmente con las obligaciones que aquellos asumen en el plano internacional. Estos países actúan, por tanto, con una doble vara de medir: ante la opinión pública internacional y en el interior de sus respectivos territorios, donde queda claro que no hay intención sincera de cumplir con su obligación de promover y proteger los derechos humanos de la mujer, una obligación que trasciende particularidades religiosas, culturales o de tradición... Pero corresponde destacar que las mayores desigualdades y actitudes discriminatorias que hoy día padecen muchas mujeres se cometen en el plano nacional”.⁷⁹

Una buena muestra de esta doble actuación, es la salida de Turquía, el día 20-03-2021 del Convenio de Estambul, Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica firmado precisamente en esta ciudad, que le ha dado nombre, el 11-05-2011. Ahora bien, podemos plantearnos si esta salida realmente supone un gran cambio para la situación de las mujeres en dicho país, la respuesta es sencilla, evidentemente no, ya que su

⁷⁹ DÍEZ PERALTA, E., “Los derechos de la mujer en el Derecho Internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional, REDI*, vol LXIII, nº 2, 2011, p. 31 a 33. (Última visita, 24-11- 2020).

pertenencia era más bien una cuestión de apariencia, que de una voluntad real de realizar cambios, pero aún así, era mejor que hubiera seguido dentro del Convenio, ya que al menos en este caso, había alguna posibilidad de pedir algunas actuaciones, informes, de visibilizar a las mujeres, un pequeño margen de maniobra.

En la parte civil de la violencia de género, nos encontramos con la disolución del matrimonio, o de la pareja, como núcleo central de las materias que se despachan en estos juzgados, y en relación, a la concepción del matrimonio como una institución que discrimina a la mujer, no nos encontramos esta situación en nuestro país, no como en otros donde la poligamia, los matrimonios concertados, o de niñas, efectivamente afectan directamente a los derechos más elementales de las mujeres.

ORDEN PÚBLICO Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

En la aplicación de cualquier ley extranjera, es evidente que deben siempre respetarse las normas internas de derecho necesario u orden público, por lo que en caso de conflicto siempre se dejaría de aplicar la norma extranjera.

Esther Gómez Campelo, se refiere a su aplicación, a nivel europeo, señala que “las relaciones familiares y, más en concreto, las que se refieren al matrimonio suelen promover la intervención del orden público en tanto su presencia garantiza la defensa de los principios fundamentales del foro. Precisamente, la internacionalización del Derecho de familia ha supuesto la presencia de normas comunitarias junto con las internas en pro de la uniformización, hasta hoy tímida, de las reglas de Derecho Internacional Privado...definido como un conjunto de principios, reglas, y valores esenciales imperantes en un ordenamiento jurídico que se colocan como parapeto ante una ley extranjera que los contradiga. En todo caso, no parece que deba ser aceptada como práctica habitual el empleo de esta figura en el marco de la Unión Europea, territorio en el que los 27 Estados que lo integran, han de participar de una misma filosofía jurídica y axiológica.

En todo caso resulta de enorme interés delimitar el contenido de orden público y la interpretación del exacto alcance de su ámbito de aplicación a tenor del artículo 27 del Convenio de Bruselas...La consideración del orden público internacional, que tiene por efecto derogar el derecho al que la norma conflictual remite si el que ha de aplicarse es un ordenamiento dispar, si que será tenido en consideración, actuando como correctivo excepcional destinado a defender principios esenciales de imperatividad reforzada. Y todo ello aunque la vinculación con el ordenamiento del foro sea tangencial y aunque la mayor conexión se produzca con el Derecho extranjero”.⁸⁰

Como hemos visto si incluso a nivel europeo aún surgen problemas de ciertos reconocimientos como del matrimonio homosexual, aún es mayor los problemas que se plantean a nivel internacional, especialmente en países que no respetan los derechos de igualdad jurídica de las mujeres, estableciendo para ellas una tutela permanente, como por ejemplo en los países musulmanes. La delimitación del concepto de matrimonio, de unión de hecho, se hace de acuerdo con la normativa interna de cada Estado, lo que puede crear graves disfunciones, por ejemplo con el matrimonio entre personas del mismo sexo, por el no reconocimiento en algunos países...En nuestro país, y referido a en nuestra materia de violencia de género, tal y

⁸⁰ GÓMEZ CAMPELO, E., *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*. Ed. REUS S.A. Zaragoza, 2008, p. 131 a 134.

como se configura actualmente, no cabría este problema, dado que la LIVG sólo prevé la situación civil entre parejas de distinto sexo, por cuanto en dicha ley únicamente cabe como sujeto activo un hombre y pasivo una mujer .

Pese a ello hay quién pensando en la perspectiva de género plantea el reconocimiento de matrimonios abiertamente contrarios al orden público español, en favor de la libertad de la mujer. “Desde otro punto de vista, con perspectiva de género se ha propuesto también que las autoridades españolas reconozcan los matrimonios poligámicos válidamente celebrados fuera de nuestras fronteras y abiertamente incompatibles con el orden público español, al menos a los efectos de disolver su vínculo matrimonial, con la finalidad de permitir a las mujeres casadas con un varón polígamo <salir de la esfera de lo claudicante> y adquirir un status civilis que pueda ser reconocido en toda Europa” En este sentido, vid Álvarez de Toledo Quintana, L” <La cuestión previa de la existencia del matrimonio en el proceso de divorcio con elemento extranjero>.⁸¹

Sin embargo, esto no sería tomar en cuenta la perspectiva de género, sino infringir la ley, no creo que esta posibilidad sea realista y beneficiosa, ya que lo que crearía es una brecha en la aplicación de la ley, y nos llevaría a plantearnos ¿Y porque no en otros casos?

De hecho aplicar la perspectiva de género, juzgar conforme a la misma, “... no es otra cosa que valorar las pruebas desde una óptica desnuda de estereotipos. Juzgar con perspectiva de género no es otra cosa que cumplir el mandato legal establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2017, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que establece que: <<La igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas>>, que, a su vez, es trasposición de las Directivas 2002/73/CE y2004/113/CE de la Unión Europea. La perspectiva de género es valorar la realidad desde una mirada crítica. No es <<inventar la ley>>.”⁸²

Dentro de nuestra materia, y de acuerdo con la ley, sería exigible el respeto a la prohibición de mediación y de guarda y custodia compartida si hay un elemento de violencia de género.

5.2 MATERIAS OBJETO DE CONOCIMIENTO EN ESTOS JUZGADOS.

De las materias, de las que conoce el JVSM, hay algunas que no son susceptibles de intervención del DIPr. Este no afecta, por ejemplo a los procedimientos que se ocupan de incluir la medida de autorización judicial, para ingreso de menores con problemas de conductas (778 bis de la LEC), o la autorización de la entrada en el domicilio, para la ejecución de medidas de protección, tampoco a los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, a los procedimientos para conocer de la impugnación de las resoluciones denegatorias

⁸¹ VAQUERO LÓPEZ, C., “Cuestiones prácticas sobre el sistema de Derecho internacional privado Europeo en materia de disolución del vínculo matrimonial”, en *Diario La Ley*, Nº 17, Ed. Wolters Kluwer, 2018, p. 18. Disponible en: <https://www.diariolaley.laley.es> (Última visita, 11-04-2021).

⁸² VELILLA, ANTOLÍN, N., *Así funciona la Justicia. Verdades y mentiras en la Justicia española*. Ed. Arpa&Alfil Editores SL. Barcelona, 2021, p. 275.

del derecho a la asistencia jurídica gratuita, y de los procedimientos de reclamación de honorarios de abogados, y cuentas de procuradores, que se deriven de los procedimientos principales de los que conozcan, o hayan conocido tampoco a los procesos de ejecución de las resoluciones dictadas, que corresponden al tribunal que las dictó.

Como hemos visto, cuando hay un elemento extranjero en la relación, es necesario determinar quién es el órgano competente para conocer, y luego el derecho aplicable, según cada una de las materias y procedimientos se aplican normas diferentes.

A) Sobre la competencia. “Lo primero que hemos de determinar cuando se inicia un litigio es revisar cual es el juzgado competente para conocer del asunto antes que revisar cual es la ley o el sistema jurídico que se va aplicar. En este sentido será la norma de competencia jurisdiccional la que determine el juez del Estado que declarará su competencia judicial civil internacional. La norma de derecho aplicable funciona como una vía para encontrar la norma material más adecuada para dar respuesta al fondo de la pretensión. Así, mientras la norma de competencia judicial civil internacional determina el Tribunal competente, la norma de conflicto encuentra la norma material más adecuada para resolver el fondo de la pretensión. Por último, hemos de hacer referencia al sistema de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por países extranjeros en España y a esta misma posibilidad cuando la sentencia emana de los tribunales españoles y se pretende su reconocimiento y ejecución en otro Estado”.⁸³

La determinación de la competencia judicial, se establece en el Reglamento (UE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, llamado también “Bruselas II bis”. *Reglamento que estará vigente hasta el año 2022 en el que será sustituido por Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019*, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. (Diario Oficial de la Unión Europea de 02-07-2019- Aplicable desde 1 de agosto de 2022, salvo los artículos 92, 93 y 103 que lo son desde el 22 de julio de 2019).

Este reglamento, unifica las normas de competencia judicial internacional en la UE (artículos 3 a 7). “La normativa que resuelve asuntos transfronterizos entre los niños y sus padres se contiene en el Reglamento Bruselas II bis. Dicha normativa se aplica por igual a todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio. El Reglamento Bruselas II bis es la piedra angular de la cooperación judicial de la UE en Derecho de matrimonio y asuntos de patria potestad. Se aplica desde el 1 de marzo de 2005 en todos los países de la UE menos Dinamarca”.⁸⁴

Se refiere a la nulidad, separación y divorcio, a la materia matrimonial y de responsabilidad parental, aunque no incluye otras materias vinculadas a estos

⁸³ TOLEDO, JA., *Mecanismos del Derecho Internacional Privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica usuarias de los recursos integrados de acogida y protección*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Córdoba, 2015, p. 263.

⁸⁴ Portal Europeo e-Justicia, actualizado a 18 de enero de 2019. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_parental_responsibility-302-es.do (Última visita, 11-04-2021).

procedimientos como podrían ser: las causas de divorcio, la obligación de alimentos, etc. Ahora bien, se establece igualmente como algo novedoso, la posibilidad de acumular a las acciones de nulidad, separación o divorcio otras, (artículo 5: Conversión de la separación judicial en divorcio). Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé”.

Señala Carmen Vaquero López: “...el sistema de DIPr., europeo en materia de Derecho de familia contiene diferentes foros de accesoriadad que permiten acumular las acciones de divorcio, separación judicial o nulidad con las relativas a la responsabilidad parental (art. 12RBIIbis), los alimentos (art.3.c Reglamento 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia , ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, Reglamento Bruselas III y el régimen económico matrimonial (art. 5 Reglamento 2016/1103 de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de regímenes económicos matrimoniales”.⁸⁵

Ha sufrido una importante modificación, con el Reglamento (UE), 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada, en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Se establece una cooperación reforzada y permite que junto con la demanda de nulidad, divorcio o separación, los órganos jurisdiccionales competentes para resolver de esa demanda, lo sean también para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda. Este reglamento tiene por finalidad ayudar a las parejas a administrar su patrimonio y a dividirlo en caso de divorcio o fallecimiento de uno de los cónyuges, ha sido adoptado hasta ahora por 18 países de la UE, (pudiendo el resto incorporarse en adelante). El Reglamento aportará seguridad jurídica a los matrimonios internacionales y reducirá los costes de los procesos judiciales, ya que los cónyuges sabrán qué país tendrá jurisdicción y qué órganos jurisdiccionales dentro de este tendrán competencia para conocer de las cuestiones económico-matrimoniales y qué derecho nacional será de aplicación para resolver estas cuestiones.⁸⁶

“La delimitación del ámbito de aplicación espacial (personal) de las disposiciones del RBIIbis ha sido una fuente importante de problemas para nuestras autoridades judiciales...Con carácter general y conforme a lo dispuesto en el art. 6 RBIIbis, las personas que tengan su residencia habitual o la nacionalidad de un Estado miembro UE solamente podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro UE conforme a los foros exclusivos de los arts. 3, 4, y 5. Lo que esta exclusividad significa es que si se verifican las conexiones del art. 6 RBIIbis, nuestros tribunales únicamente podrán declararse competentes para conocer del litigio sobre la base de dichos foros, sin que puedan acudir a sus normas de producción interna, en nuestro

⁸⁵ VAQUERO LÓPEZ, C., “Cuestiones prácticas sobre el sistema de Derecho internacional privado Europeo en materia de disolución del vínculo matrimonial”, en *Diario La Ley*, Nº17, Ed. Wolters Kluwer, 2018, p.3. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 11-04-2021).

⁸⁶Disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_law_aplicable_to_divorce_and_legal_separati365-es-es.do?

caso a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial. Es decir, en puridad, la exclusividad de la que habla el art. 6 RBIIbis no hace referencia a la naturaleza de los foros de competencia (en realidad alternativos) sino a su aplicación que tendrá lugar siempre que el cónyuge requerido o demandado tenga su residencia habitual o la nacionalidad de un Estado miembro UE. En definitiva el RBIIbis tiene un ámbito de aplicación universal, de manera que los órganos jurisdiccionales españoles deberán considerar sus disposiciones para resolver todos los litigios de nulidad, separación judicial o divorcio de carácter internacional que se les planteen. Si conforme a estas disposiciones el tribunal español carece de competencia judicial internacional, deberá verificar si son competentes los tribunales de otro Estado miembro UE, y únicamente cuando ningún órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro UE resulte competente con arreglo a las disposiciones del propio Reglamento, las autoridades españolas pueden acudir a las soluciones de DIPr autónomo. En la práctica, únicamente cuando el cónyuge demandado carece de residencia habitual y de nacionalidad de un Estado miembro UE, la competencia judicial internacional de nuestros tribunales debe determinarse de conformidad con la solución de Derecho interno que contiene el artículo 22 quáter c) LOPJ”.⁸⁷

En cuanto a los foros de competencia, una vez determinado que es objeto de aplicación este reglamento, entra en juego “los tribunales españoles podrán basar su competencia en cualquiera de los siete foros alternativos del art. 3 RBIIbis que se construyen sobre los criterios de residencia habitual y nacionalidad”.⁸⁸

Este reglamento establece igualmente el reconocimiento automático de las resoluciones dictadas en materia matrimonial y de responsabilidad parental en otro país de la UE, salvo causas especiales y tasadas, por ejemplo que sea contraria al orden público...” Si se trata de obtener el reconocimiento en España de una sentencia de divorcio, nulidad y separación, que ha sido dictada en un Estado miembro, excepto Dinamarca, se presentará una solicitud de reconocimiento, sin que sea preciso que la resolución a reconocer sea firme en el Estado donde se dictó, ante el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio de la persona contra la que se pide el reconocimiento o la declaración de no reconocimiento...El reconocimiento en España de las resoluciones dictadas en Dinamarca, se rige por las normas españolas...”⁸⁹

B) Derecho aplicable. Una vez determinada la competencia, la siguiente cuestión es la del Derecho aplicable para resolver la cuestión que se plantea.

En relación al derecho aplicable a la nulidad, separación, divorcio guarda y custodia y alimentos. El artículo 107 del CC ha sido recientemente reformado por la LJV, ahora señala, “1. *La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.* 2. *La separación y el divorcio legal se regirán*

⁸⁷ VAQUERO LÓPEZ, C., “Cuestiones prácticas sobre el sistema de Derecho internacional privado Europeo en materia de disolución del vínculo matrimonial”, en *Diario La Ley*, Nº 17, Ed. Wolters Kluwer, 2018, p. 4. Disponible en: <https://www.diariolaley.laley.es> (Última visita, 11-04-2021).

⁸⁸ VAQUERO LÓPEZ, C., “Cuestiones prácticas sobre el sistema de Derecho internacional privado Europeo en materia de disolución del vínculo matrimonial”, en *Diario La Ley*, Nº 17 Ed. Wolters Kluwer, 2018, p. 5. Disponible en: <https://www.diariolaley.laley.es>. (Última visita, 11-04-2021).

⁸⁹ Disponible en: https://www.e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-es.do?member=1, p. 3 y 4.

por las normas de la Unión Europea o las españolas de derecho internacional privado.”

Si se quiere aplicar el Derecho extranjero, es necesario su alegación y prueba. La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, señala en el punto V de su Preámbulo:

“En materia de prueba del Derecho extranjero, no se estima conveniente alterar el sistema español vigente tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pero se considera prudente especificar que, cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español, en evitación así de una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda, y en búsqueda de la efectiva tutela judicial. Se ha buscado de este modo incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. No se especificaba hasta la fecha qué había que hacer en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero no haya podido probarse. En la práctica forense se habían propuesto en esencia dos soluciones, la desestimación de la demanda y la aplicación de la “*lex fori*”. El presente texto se decanta por esta última solución, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva. Debe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo a la normativa de protección de consumidores y usuarios así como a la registral civil”.

En el punto VI señala, “En lo relativo a información sobre el Derecho extranjero, el sistema que se adopta es subsidiario, lo que condicionará su efectiva aplicación, respecto de la normativa nacional e internacional, si consideramos los instrumentos vigentes en la Unión Europea, los dos Convenios multilaterales de Londres de 7 de junio de 1968, con su protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, y de Montevideo de 8 de mayo de 1979, y los bilaterales en que España es parte y que contienen previsiones sobre la materia, caso, por ejemplo, del bilateral con Marruecos de 30 de mayo de 1997, que regula de forma muy precisa la información a suministrar y las vías, realizándose la comunicación de la mejor forma posible a través de las autoridades centrales designadas. Es por ello que se regula un proceso habilitante, pero simple y sencillo a la vez, de modo que permita obtener una hipotética respuesta. En el artículo 35, por ejemplo, se regulan las peticiones de información de Derecho extranjero por los órganos judiciales, y por los notarios y registradores. En este campo no deben generarse falsas expectativas, pues la regulación se aplica en defecto de norma convencional o europea y no hay garantía alguna de que las autoridades extranjeras accedan a proporcionar dicha información”.

Las normas a aplicar en nuestro país, en materia de disolución del matrimonio y de las parejas de hecho, se encuentran, principalmente en la LOPJ, el CC, la LEC, la

LJV, los Tratados internacionales de los que España forma parte, y en especial la legislación de la UE. El CC, en su capítulo IV contiene las “Normas de derecho internacional privado”, que desarrolla, en los artículos 8 a 12.⁹⁰

⁹⁰ Artículo 8: “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”. El artículo 9, se refiere a las personas jurídicas en el punto 11, el resto señala: “1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior. 2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio. La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107. 3. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento. 4. La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. 5. La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional. 6. La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo. La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección. 7. La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya. 8. La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes. 9. A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente. 10. Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual”. El artículo 12 establece la forma de determinar la norma de conflicto aplicable. “1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española. 2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. 3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. 4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa

Respecto de la LOPJ, fue reformada por L.O. 7/2015, de 21 de julio, que modificó el artículo 21 e introdujo un nuevo artículo 4 bis. El artículo 4 bis señala: “1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”.

El artículo 21 en relación a la competencia indica, “1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas. 2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con las normas del Derecho Internacional Público”.

C) Desde el punto de vista concreto en relación a los procedimientos más frecuentes.

1.- *La ley aplicable a la nulidad y sus efectos*, se determinará de acuerdo a la ley que se aplicó en su celebración. Y ello, dado que pese a que el Reglamento Bruselas II bis, se refiere tanto a la nulidad como a la separación o el divorcio, hay una disfunción con el Reglamento Roma III ya que este no se aplica a la nulidad. “ El art. 1.2.c) RRRRI excluye también de su ámbito de aplicación material la nulidad a pesar de que esta institución sí está regulada por el RBII bis, rompiendo la coherencia del sistema de DIPr, europeo en esta materia. En consecuencia, la determinación de la ley aplicable a la nulidad deberá realizarse conforme a las soluciones de Derecho interno, en particular de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del art. 107 CC, según el cual <la nulidad y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración>.”⁹¹

2.- *En relación a la determinación de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial*, se establece en el Reglamento (UE) nº 1259/10 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, llamado también “Roma III”, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio, y la separación judicial, este reglamento es el aplicable en el caso de conflicto de leyes. Los países comunitarios que no participan continúan con sus normas de DIPr internas. Desde el 21-06-2012 es aplicable por los tribunales españoles.

Sus características más importantes son:

a)-Debe ser coherente con el Reglamento Bruselas II Bis, lo que de inicio ya no consigue al no ser aplicable a la nulidad.

b) -Es obligatorio y directamente aplicable a todos los procedimientos de separación y divorcio con elemento extranjero, y se aplica a todos los extranjeros residentes tanto comunitarios como extracomunitarios.

española. 5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado. 6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”.

⁹¹ VAQUERO LÓPEZ, C., “Cuestiones prácticas sobre el sistema de Derecho internacional privado Europeo en materia de disolución del vínculo matrimonial”, en *Diario La Ley*, Nº 17 Ed. Wolters Kluwer 2018, p.8. Disponible en: <https://diariolaley.laley.es> (Última visita, 11-04-2021).

c)- Aplicación “*erga omnes*”, el artículo 4 del Reglamento supone que el órgano jurisdiccional español en el caso de un conflicto de leyes dentro del marco de este reglamento debe aplicar incluso una ley no comunitaria si se cumplen los requisitos del reglamento. “La aplicación a todos los supuestos –incluidos aquellos en los que pudieran resultar aplicables leyes no comunitarias- la recoge el art. 4 del Reglamento 1259/2010 que señala que “La Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante.” Esto es lo que se conoce como aplicación universal o “*erga omnes*”. La aplicación universal de este texto es aclarada de manera acertada por la AP de Barcelona en la sentencia de 20 de octubre de 2015 que conoce de un divorcio de dos nacionales de Marruecos y señala: “La ley designada en el Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante (art. 4) proclamando así el principio de aplicación universal como forma de dotar seguridad jurídica y protección a las personas que residen en el ámbito de la Unión, cualquiera que sea el país de procedencia”.⁹²

d)-No tiene un contenido exhaustivo, y de hecho no se aplica a las siguientes materias: capacidad jurídica de las personas físicas, existencia, validez o reconocimiento de matrimonio, nulidad matrimonial, nombre y apellidos de los cónyuges, las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales, la responsabilidad parental, la obligación de alimentos, los fideicomisos y sucesiones. Tampoco afectará a la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

e)-Establece la posibilidad de elección de la ley aplicable a la separación o el divorcio a las partes, incluso aunque sea contencioso; ahora bien dentro de unos límites, (según el artículo 5) siempre que se trate de la ley del Estado miembro con el que tienen un vínculo más estrecho, y para el caso que no se hubiera realizado dicha elección o ésta no fuera válida, el Reglamento establece unas disposiciones para determinar el sistema jurídico aplicable, con el juego de los artículos 5 y 8 del mismo. Incluso permite que la ley aplicable designada pueda modificarse en cualquier momento, hasta la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

f)-Contiene en su artículo 12 la cláusula de “orden público”, la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del Reglamento, podrá únicamente rechazarse si esa aplicación es contraria al orden público del foro. Sí sería importante el tema de la no discriminación por razón de sexo.

g)-Cuando las partes elijan la aplicación del derecho extranjero, no se establece en el reglamento disposición alguna, sobre su alegación y prueba que seguirán las normas del derecho interno.

“El Reglamento no incluye normas relativas a la alegación y prueba del derecho extranjero. Las normas nacionales se aplicarán en este asunto como se indica en la cuestión D.5 de las secciones nacionales. No obstante, el apartado 14 del Preámbulo señala que la red creada por la Decisión 2002/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, podría desempeñar una función para ayudar a los órganos jurisdiccionales en relación con el contenido del derecho extranjero. Toda referencia a la ley de un Estado debería interpretarse como una referencia a las normas jurídicas en vigor de dicho Estado, con

⁹² DUTREY, Y., “La ley aplicable a los divorcios con elemento extranjero”, en *Diario Confilegal*, de 7 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://confilegal.com/20160508-la-ley-aplicable-los-divorcios-elemento-extranjero/> YolandaDutey (Última visita, 11-04-2021).

exclusión de las normas de derecho internacional privado (artículo 11). El reenvío, por lo tanto, queda excluido”.⁹³

“Debe recordarse con el mayor énfasis que este Reglamento Roma III es aplicable a toda situación internacional de divorcio y separación judicial. Son irrelevantes la nacionalidad, la residencia habitual, el domicilio y cualquier otra circunstancia personal o profesional de los cónyuges, como indica, de modo implícito, el art. 4 RR-III (P. Hammje, P. Franzina). Se aplica, naturalmente, el Reglamento Roma III, también a sujetos cuya residencia habitual radica fuera de la UE o en un Estado miembro no participante en el Reglamento. Se aplica también a sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro no participante o de un tercer Estado. Se trata de un Reglamento de aplicación *erga omnes*, pues además de ser aplicable a toda persona con independencia de sus circunstancias particulares, es irrelevante que la Ley designada por el Reglamento para regir el divorcio o separación judicial sea la Ley de un Estado miembro participante, de un Estado miembro no participante o de un tercer Estado no miembro de UE [Cons. (12) y (14) y art. 4 RR-III]. El Reglamento se aplica a los matrimonios entre personas del mismo y de diferente sexo, sin perjuicio, recuerda U. P. Gruber, de lo que el art. 13 RR-III indica.”⁹⁴

Requisitos adicionales del Reglamento en España. La legislación española prevé requisitos formales adicionales para los convenios sobre la elección de la ley aplicable de conformidad con el artículo 7, apartados 2 a 4, del Reglamento (UE) n° 1259/2010, a saber: la elección de la ley aplicable debe concluirse en un documento público con fuerza ejecutiva (ante un notario público) o un <documento auténtico>(un documento cuya fecha y firma por las partes sean inequívocas, aún si no adopta la forma de un instrumento notarial). Sobre la posibilidad de elección de la ley aplicable en el curso del procedimiento, según la legislación española, los cónyuges no pueden designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento, artículo 5, apartado 3.⁹⁵

3. *En relación a los procedimientos de filiación, maternidad y paternidad.* En relación a la determinación de la competencia judicial, el artículo 22 *quáter* de la LOPJ, señala: “*Los tribunales españoles serán competentes: d) en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales (...) cuando el hijo tenga residencia en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda*”.

El artículo 9.4 del CC determina cual es la ley aplicable a la filiación por naturaleza en DIPr, este artículo ha sido modificado por el artículo 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, tal y como indica J. Carrascosa González, “El art. 9.4 CC actual se presenta dividido en

⁹³ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., Academia de Derecho Europea (ERA). “Divorcio Transfronterizo, Ley Aplicable”. Disponible en: <https://www.eracomm.eu/> (Última visita, 21-11-2020).

⁹⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ J., “Divorcio internacional y actividad notarial”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/74621, septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 21-11-2020).

⁹⁵ Disponible en: https://ejustice.europa.eu/conten_law_applicable_to_divorce_and_legal_separation-356-es-es.do?member=1 (Última visita, 21-11-2020).

dos partes que se ocupan de cuestiones diferentes. En primer lugar, se fija la ley reguladora de la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza mediante una norma de conflicto con tres puntos de conexión estructurados de modo jerárquico o en cascada (art. 9.4.I CC). En segundo término, se precisa la ley reguladora del contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y también la ley aplicable al ejercicio de la responsabilidad parental (art. 9.4.II CC) y ello se hace mediante una norma de remisión al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (responsabilidad parental y protección de niños). Son las normas de conflicto contenidas en este convenio las que determinan la ley reguladora de las instituciones jurídicas de protección de los menores y la ley reguladora del ejercicio de la responsabilidad parental que se ejercita a través de dichas instituciones....esta norma de conflicto ha optado por dar preferencia a la residencia habitual sobre la nacionalidad del hijo y que dicha opción de política jurídica es correcta desde un punto de vista constitucional y desde una perspectiva de eficiencia. La residencia habitual conduce a aplicar una ley que asegura una buena administración de la justicia y unos costes conflictuales reducidos para las partes. El trabajo también explora el carácter materialmente orientado del art. 9.4 CC a la hora de fijar la ley aplicable a la determinación de la filiación”.⁹⁶

4. *Los procedimientos que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.* Estos procedimientos se regulan ahora por la LJV, en el capítulo III, bajo la rúbrica “De la adopción”, en los artículos 33 y ss se regula el procedimiento para la misma, cuya competencia se determina a favor del Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. En su artículo 41 se regula la *Adopción internacional*. En los casos de adopción internacional se estará a lo previsto en el artículo 9.5 del Código Civil y en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como a lo establecido al respecto en los Tratados y Convenios internacionales en que España sea parte y, en especial, en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

5. *Los procedimientos sobre exequátur de las sentencias matrimoniales extranjeras, o la disolución de la sociedad de gananciales (1.393 del CC.)*

A nivel europeo con carácter general, tendremos que acudir a las normas de la UE relativas a la cooperación judicial en materia civil. Desde un punto de vista especial en cada uno de los reglamentos se contiene un régimen de reconocimiento, de las resoluciones. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 del Consejo facilitarán el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de régimen económico matrimonial, y patrimonial, dictadas en otro país de la UE. Fuera del ámbito de la UE éste sigue el régimen general del DIPr. - La disolución de la sociedad de gananciales (1.393 del CC). Ha sufrido un importante y reciente cambio en relación al *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016* por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable,

⁹⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, en *Revista Española de Derecho Internacional Sección ESTUDIOS* Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, p.157-182. Disponible en: <https://bibliotecaculturajuridica.com/> (Última visita, 21-11-2020).

el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, que ha entrado en vigor en España el 29-01-2019. El régimen económico matrimonial al que se refieren es al conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución.

“El reglamento nº 2016/11003 busca clarificar la ley aplicable al régimen económico de los matrimonios en los que concurra un elemento de extranjería o transfronterizo. Se quiere evitar que un mismo matrimonio o una pareja registrada, en los que concurra un elemento de extranjería se puedan llegar a considerar sujetos a un régimen patrimonial diferente en función de las autoridades del Estado que resuelvan y de la legislación nacional que se aplique. Se quiere que el régimen patrimonial de los cónyuges en su caso de los miembros de la pareja, o sea las normas por las que se rigen las relaciones patrimoniales de ambos entre sí y de estos con terceros sean las mismas cualquiera que sea la naturaleza y el lugar de localización de los bienes afectados, y, sobre todo, la autoridad que intervenga o los terceros involucrados. En efecto, no es aceptable que un mismo matrimonio se considere casado en Alemania en participación de ganancias, en Italia en comunidad limitada de bienes, en Holanda en comunidad universal y en Austria en separación de bienes. Y lo mismo puede decirse de una pareja registrada”.⁹⁷

Los cónyuges pueden acordar la legislación del país que se aplicará a su patrimonio matrimonial o a la unión registrada, y si no lo hacen, la jurisdicción se decide en base a un orden determinado expuesto en el mismo.

La LJV señala en su Preámbulo, punto X: “Los dos Capítulos que integran el Título I regulan, respectivamente, las normas de Derecho internacional privado de la Ley (en las cuales se establece el criterio general de competencia internacional para conocer de los expedientes, la remisión a las normas de conflicto de Derecho internacional privado, así como normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras), y las normas procedimentales generales, aplicables a todos los expedientes de esta Ley en lo no establecido por sus normas específicas.”

El Título I bajo la rúbrica “De las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria”, contiene en su Capítulo I las “Normas de Derecho internacional privado”, artículos 9, 11 y 12.⁹⁸

⁹⁷ CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes matrimoniales y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en revista jurídica, *El Notario del Siglo XXI*, Nº 94, diciembre de 2020, p.1 y 2. Disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-69/6973-nuevos-reglamentos-europeos-sobre-regimenes-matrimoniales-y-sobre-efectos-patrimoniales-de-las-uniones-registradas-en-los-que-inciden-elementos-transfronterizos> (Última visita, 17-01-2021).

⁹⁸ En el artículo 9 se determina la competencia internacional. “1. Los órganos judiciales españoles serán competentes para conocer los expedientes de jurisdicción voluntaria suscitados en los casos internacionales, cuando concurran los foros de competencia internacional recogidos en los Tratados y otras normas internacionales en vigor para España. En los supuestos no regulados por tales Tratados y otras normas internacionales, la competencia vendrá determinada por la concurrencia de los foros de competencia internacional recogidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. En el caso de que, con arreglo a las normas de competencia internacional, los órganos judiciales españoles fueran competentes en relación con un expediente de jurisdicción voluntaria, pero no fuera posible concretar el territorialmente competente con arreglo a los criterios de esta Ley, lo será aquél correspondiente al lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución”.

En la enumeración general de los procesos de jurisdicción voluntaria, hay una serie de ellos que no se incluyen dentro de las competencias de los JVSJM, no es competente en relación a los procedimientos de tutela, curatela y guarda de hecho (arts. 43 a 52), siendo competente para el conocimiento de este expediente el juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor. En los expedientes para la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad (arts. 53 a 55), será competente el juez de 1ª instancia del domicilio del menor, mayor de 16 años, sujeto a patria potestad, y también es competente el juez de 1ª instancia del domicilio del menor para conocer de la solicitud de beneficio de mayoría de edad que inste el mayor de 16 años sujeto a tutela.

Para la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieren a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (arts. 61 a 66), se establece la competencia del juzgado de 1ª instancia, del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor, al igual en la intervención judicial en caso de ejercicio inadecuado de la guarda o de la administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 84 a 89)

En relación a estos procedimientos, con carácter general serán competencia de los juzgados y tribunales del país de la UE en que se encuentre el menor, no obstante el Reglamento Bruselas II Bis, se aplica también a los asuntos que impliquen responsabilidad parental como: “el derecho de custodia y de visitas, la tutela, la curatela y otros regímenes jurídicos, a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse del menor o de los bienes del menor, de representarlo o prestarle asistencia, del acogimiento del menor en una familia o en un

Artículo 10. “Los órganos judiciales españoles aplicarán a los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria respecto de los cuales resultaren competentes, la ley determinada por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado. Artículo 11. Inscripción en registros públicos. “Las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial podrán ser inscritas en los registros públicos españoles: a) Previa superación del trámite de exequátur o de reconocimiento incidental en España. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación preventiva. b) Por el Encargado del registro correspondiente, siempre que verifique la concurrencia de los requisitos exigidos para ello. 2. En el caso de que la resolución carezca de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación preventiva. 3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por los órganos judiciales extranjeros será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no pertenecientes a órganos judiciales extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria cuya competencia corresponda, según esta Ley, al conocimiento de órganos judiciales”. Artículo 12. Efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras. 1. Los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras que sean firmes surtirán efectos en España y accederán a los registros públicos españoles previa superación de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la legislación vigente. 2. El órgano judicial español o el Encargado del registro público competente lo será también para otorgar, de modo incidental, el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras. No será necesario recurrir a ningún procedimiento específico previo. 3. El reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos :a) Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas. b) Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados. c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español. d) Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico”.

establecimiento, a las medidas de protección del menor que incluyen la administración, conservación o disposición de sus bienes”.⁹⁹

6. *El procedimiento para la adopción de medidas relativas a las parejas de hecho y uniones estables heterosexuales*, cuya ruptura puede precisar de la adopción de medidas de trascendencia familiar, como pueden ser la atribución del uso y disfrute de la vivienda común o la fijación de una indemnización equiparable a la pensión compensatoria de los procedimientos matrimoniales, todos los procedimientos con trascendencia familiar referidos a ellos. En las cuestiones referentes a la guarda de los hijos se rigen conforme se fija en el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 por la ley de la autoridad que resuelve.

En el ámbito patrimonial. En este caso hay una diferencia, en cuanto a que el Reglamento 2016/1104 sólo se ocupa de la cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de uniones registradas,¹⁰⁰ establece las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, en particular la liquidación de activos. Mientras que en nuestro país el procedimiento judicial lo es tanto para las uniones de hecho registradas o no, por lo que el Reglamento sólo sería aplicable a las primeras. El Reglamento permite mientras está vigente la relación elegir a las parejas la legislación de qué país se aplica a su patrimonio.

¿Qué ocurre pues, con las uniones de hecho no registradas?

Alfonso Ortega Giménez, señala sobre ellas, “Esta distinción entre parejas registradas y no registradas resulta relevante pues es el criterio que ha utilizado el legislador europeo para determinar el ámbito de aplicación del Reglamento sobre régimen económico de las parejas de hecho, de forma que finalmente se ha ocupado únicamente de regular las uniones registradas ante una autoridad pública, por lo que las no registradas serán regidas por el Derecho nacional de cada Estado. No existe en España una Ley a nivel estatal que regule las parejas de hecho, no obstante, todos los demás sistemas de Derecho civil vigentes en España sí han regulado las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares, País Vasco y Galicia). Otras Comunidades autónomas sin competencia en Derecho civil también cuentan con legislaciones respecto a parejas de hecho, pero las mismas, por mandato constitucional, solamente pueden regular aspectos de Derecho administrativo (inscripción en registro, pensiones, normas sobre función pública...).

Todas las diferencias regulativas expuestas, tanto a nivel internacional como a nivel interregional, hacen necesaria una normativa clara de Derecho internacional privado que sea capaz de proporcionar certeza sobre la gestión y liquidación de su patrimonio a las parejas de hecho que tengan contacto con más de un ordenamiento jurídico.

⁹⁹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/uri=LEGISSUM:122194>, p.2(Última visita, 21-11-2020).

¹⁰⁰ Disponible: <https://eurlex.europa.eu/legaconten/ES/TXT/?qid=1564827173053&uei=LEGISSUM:4353>
120 Unión registrada: régimen por el que se rige la vida en común de dos personas que está contemplado en la legislación, cuyo registro es obligatorio en virtud de la ley y que para existir debe cumplir los requisitos legales exigidos por dicha ley. Efectos patrimoniales de una unión registrada: normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado de la relación jurídica establecida mediante el registro o la disolución de la unión (p. 2). (Última visita, 21-11-2020).

Aunque el Reglamento 1104/2026 entró en vigor el 29 de enero de 2019, la normativa interna de cada Estado miembro no ha quedado del todo inaplicada ya que la misma seguirá aplicándose para determinar toda cuestión relativa al régimen económico de las parejas de hecho no registradas y a otros aspectos patrimoniales distintos del régimen económico para todo tipo de parejas, registradas o no. La normativa interna también seguiría aplicándose al reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre el patrimonio de todo tipo de parejas de hecho que provengan de Estados no miembros de la Unión Europea y al reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre parejas de hecho no registradas que provengan de Estados Miembros. En cambio, el Reglamento sí se aplicará en aquellos casos en que el Reglamento remita a la Ley de un Estado con varias unidades territoriales con Leyes sobre la materia, si dicho Estado no cuenta con normas internas de conflicto de leyes sobre la materia. Por ello, el tratamiento que el Derecho internacional privado español proporciona a los efectos patrimoniales de las parejas de hecho sigue siendo relevante.

Si bien hay cuestiones relativas a dichos efectos que pueden calificarse fácilmente a través de normas especiales (uso de la vivienda familiar, sucesiones, subrogación en el contrato de arrendamiento, y otras relaciones con terceros) hay otras, las propiamente referidas al régimen económico, que pueden crearse entre los miembros de la pareja, respecto a las que existe una evidente laguna en el sistema español de Derecho internacional privado. Aquí cabe destacar la situación de las parejas cuya relación sea “análoga” a las descritas como parejas de hecho registradas, de acuerdo con el régimen de extranjería, pero que hacen referencia a aquellas que suponen una relación “estable debidamente probada”, en estos casos el proceso previo que permita entender que tal relación existe genera un sinnúmero de dudas legales, máxime cuando, como en España, no contamos con una normativa estatal al respecto.

Ante dicha laguna, se ha propuesto, tanto para competencia judicial internacional como para Ley aplicable, la calificación del régimen económico de la pareja de hecho como un efecto de una institución de “derecho de familia”, pero que ha de diferenciarse del matrimonio. Esta es la única solución más acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual en su sentencia decisiva STC de 23 de abril de 2013 consideró la equiparación al matrimonio como una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), pero que incluye estas relaciones en la protección de la familia del art. 39 CE. Por eso, la Sentencia, declaró inconstitucionales ciertos preceptos de la Ley Navarra, la cual establece que los integrantes de la pareja han de realizar un acto expreso (como escritura pública o inscripción registral) para que puedan ser considerados pareja de hecho, sin que sea posible que se deduzca tal condición “*ipso iure*” de la mera convivencia o de la tenencia de hijos en común.

En cualquier caso, la situación normativa actual no es satisfactoria. El legislador español no debería “desentenderse” como ha hecho hasta el momento, sino reaccionar estableciendo una norma tanto de competencia judicial internacional como de Ley aplicable para regular el régimen económico de estas parejas. Esto ayudaría a proporcionar seguridad jurídica no solamente a los casos internacionales, sino también a los interregionales, en los que las parejas de hecho cuentan con su propia normativa. El legislador de Derecho internacional privado de Derecho español no puede ser el legislador de Derecho internacional privado del Derecho civil común, sino que ha de ser el legislador de Derecho internacional privado de todos los

Derechos civiles españoles por el mandato que al respecto ha recibido de la Constitución (art. 149.1.8 CE)”.¹⁰¹

¿Que es lo que sucede en la práctica en España? La ley aplicable a la separación y el divorcio, en los JVS, en los supuestos de separación y divorcio, con elemento extranjero, se suelen resolver con la aplicación del derecho español, ya que habitualmente, en más de un 90% las partes residentes en España, nada alegan, no hay datos sobre la aplicación del derecho internacional en violencia.

Pero, la ley aplicable en estos casos, no tiene porqué ser siempre la ley española, y se puede acudir al Reglamento 2021/2003, a los Tratados internacionales de los que España forme parte y por último a la ley nacional. Según el Portal Europeo de e-Justicia, en relación a la información de la UE,¹⁰² se “ofrece a los ciudadanos soluciones apropiadas en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, protege a la parte más débil durante los litigios de divorcio e impide la búsqueda del foro de conveniencia (<forum shopping>). Ello ayuda a evitar los procedimientos complejos, largos y dolorosos”.

Con la salida del Reino Unido de la UE, la cooperación judicial entre la UE y el Reino Unido que se regirá con carácter general, en materia civil, por los Convenios internacionales adoptados en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, y en materia penal, por los Convenios internacionales adoptados en el marco del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas.

El 31 de enero de 2020, tras la salida del Reino Unido de la Unión, empieza un periodo transitorio de 11 meses durante el cual, sin perjuicio de las consecuencias de la retirada del Reino Unido de la Unión en lo que respecta a la participación de aquella en las instituciones, órganos y organismos de ésta, el Derecho de la Unión, incluidos los acuerdos internacionales, debe ser aplicable al y en el Reino Unido, y, por regla general, desplegar los mismos efectos en relación con los Estados miembros, para evitar perturbaciones en el período durante el cual se negociará el acuerdo o acuerdos sobre la relación futura.

El Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2019/C 384 I/01), por su parte, incluye una serie de disposiciones que definen qué sucede con los procedimientos de cooperación judicial en curso durante el periodo transitorio y no finalizados el 31 de diciembre de 2020.¹⁰³ A partir del 1 de enero de

¹⁰¹ ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Las uniones de hecho no registradas en relación al Reglamento Europeo 1104/2016”, en *Ibide*, Instituto de Derecho Iberoamericano, de 19-06-2019, p. 2 y 3. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/las-uniones-hecho-no-registradas-relacion-al-reglamento-europeo-11042016> (Última visita, 26-11-20).

¹⁰² En el estudio del Reglamento seguiremos las indicaciones de la página del Portal Europeo e-Justicia. Disponible en: https://ejustice.europa.eu/content_law_applcalbe_to_divorce_and_legal_separation-356-es.do. (Última visita, 21-11-2020).

¹⁰³ El artículo 62 se refiere a los procedimientos de cooperación judicial en curso en materia penal, el artículo 66 al derecho aplicable en materia contractual y extracontractual, el artículo 67 a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación conexa entre las autoridades centrales, el artículo 68 a los procedimientos de cooperación judicial en curso y el artículo 69 a otras disposiciones aplicables.

2021, una vez finalizado el periodo transitorio, dejarán de ser de aplicación los instrumentos de la UE y, a salvo de los resultados de la negociación de la relación futura entre la Unión y el Reino Unido, la cooperación judicial se basará en los convenios multilaterales de aplicación a ambos Estados”.¹⁰⁴

Terminar por último haciendo una referencia al “Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ”, una de las funciones principales que desarrolla el Consejo, sobre las consultas que efectúan los jueces y magistrados, que solicitan “ayuda”, en relación a la solución de diferentes problemas técnicos muy complejos, de DIPr.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/preparacion2/> (Última visita, 12-01-2021).

¹⁰⁵ Relaciones Internacionales, CGPJ. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (Última visita, 3-07-2021).

CAPÍTULO II: MEDIDAS CAUTELARES CIVILES, EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL. MEDIDAS CAUTELARES PENALES CON CONTENIDO CIVIL, EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL.

“La protección urgente necesaria y efectiva, que las víctimas necesitan”.

Las medidas cautelares que se adoptan en los diferentes procedimientos de violencia, tienen un fin primordial, aislar a la víctima del principal factor estresor que produce el maltrato, su autor, y protegerla en los ámbitos que son de su competencia. Se pretende la protección de su entorno familiar, de su integridad física y psíquica, evitando la reiteración delictiva. Las medidas civiles en éste ámbito, intentan proteger a la mujer, y a su familia, en especial a los eslabones más débiles, los hijos y las personas discapacitadas que convivan con ellos. Se crea en nuestra legislación de violencia de género, un sistema de protección que pretende ser fuerte, inmediato, y efectivo en el ámbito penal, pero también en el civil, podemos adelantar que son fines que se han conseguido.

Tal y como recoge la Circular 4/2005, de la FGE, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LO de medidas de protección integral contra violencia de género, la LIVG, “diseña un subsistema reforzado de protección y seguridad para estas víctimas (por tanto, sólo aplicables a ellas y no a otras víctimas de la violencia doméstica) que viene a yuxtaponerse tanto al ya existente en relación con las víctimas en general de determinados delitos (art. 544 bis LECrim) como al específicamente previsto para las víctimas de violencia doméstica (art. 544 ter LECrim). No obstante, la técnica legislativa utilizada, consistente en la regulación autónoma y específica en la LO 1/2004 de las medidas de protección y seguridad aplicables en relación con la violencia de género, sin transposición normativa alguna a las leyes sustantivas y procesales de referencia –salvo la lacónica remisión al art. 544 ter LECrim contenida en el art. 62–, puede plantear en la práctica cierto confusionismo no sólo en cuanto a la legislación aplicable, sino también en relación con el cauce procesal que debe seguir su adopción, ya que algunas de ellas redundan en las ya imponibles conforme a los artículos 544 bis y ter LECrim”.

En cuanto a la compatibilidad de todas las medidas que se pueden adoptar en violencia de género, la Circular continua exponiendo que la LIVG, “Predica en el artículo 61.1 de la LO 1/2004, la compatibilidad de las relacionadas en su Capítulo IV con cualesquiera medidas cautelares y de aseguramiento que se puedan adoptar en los procesos civiles y penales, de modo que en nuestro ordenamiento jurídico pasan a coexistir un amplio elenco de medidas judiciales cautelares, de protección y aseguramiento aplicables a las situaciones de violencia de género. A saber: – Medidas cautelares del artículo 13 LECrim.– Medidas del artículo 544 bis LECrim.– Orden de protección del artículo 544 ter LECrim. Como recordaba la Circular 3/2003 de la FGE, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección, tanto las medidas del artículo 544 bis como las del artículo 544 ter se pueden adoptar ya en las primeras diligencias preventivas del artículo 13 LECrim, ya en otras fases más avanzadas del proceso penal, sea en la instrucción, en la fase intermedia o en la fase de apertura del juicio oral.– Medidas del artículo 158 CC, aplicables según dispone el último párrafo de dicho precepto, tanto en el proceso civil –incluidos

expedientes de jurisdicción voluntaria- como en el penal. Existiendo hijos menores, el catálogo de medidas cobra un carácter abierto al amparo de los artículos 158 CC y 544 ter LECrim ya que permiten la adopción de cualquiera que resulte conveniente o necesaria a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios: limitación de salidas al extranjero con el menor, conducir vehículos llevando a los hijos, etc.– Medidas de la Ley de Enjuiciamiento Civil: medidas urgentes inaudita parte (art. 771.2 LEC), medidas provisionales previas (art. 771 LEC) o medidas provisionales coetáneas a la demanda (art. 773 LEC).– Medidas de la LOMPIVG”. Y concluye en relación con la protección de las víctimas en nuestro ordenamiento, constatando varios niveles de protección, “...tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, nuestro ordenamiento jurídico contempla tres niveles de protección de las víctimas: uno general al amparo de los artículos 13 y 544 bis LECrim, un segundo nivel de protección reforzada para las víctimas de violencia doméstica conforme al artículo 544 ter LECrim, y un tercer nivel de máxima tutela que añade a las anteriores las previsiones de la LO 1/2004”.¹⁰⁶

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES CIVILES, EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL.

Tal y como hemos visto, la Circular 4/2005, de 18 de julio, cuando realiza la enumeración del elenco de medidas judiciales y cautelares de protección y aseguramiento, señala las medidas previstas en la LEC. Se habla de medidas cautelares civiles, que se pueden adoptar en violencia de género, pero en realidad se trata de las medidas cautelares que con carácter general, se pueden adoptar en el procedimiento civil: medidas provisionales previas, y previas urgentes a la presentación de una demanda, así como las medidas provisionales que se presentan de forma coetánea con la misma. Son medidas cautelares civiles, que se aplican en el procedimiento civil de violencia. En relación a las parejas de hecho, la adopción de estas medidas está prevista en el artículo 770.6 de la LEC, y siguen el mismo procedimiento.

A) *Las medidas provisionales previas* se regulan en el artículo 771.1 de la LEC.¹⁰⁷ Se proponen por el cónyuge que presente la demanda de nulidad, separación o divorcio, y las medidas que puede solicitar, son las previstas en los artículos 102 y 103 del CC, ante el tribunal de su domicilio, en violencia se debe contar con las especialidades que hemos visto al tratar la competencia. Para formular esta solicitud no será precisa la intervención de procurador, ni abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior.

Las medidas que pueden solicitarse al amparo del artículo 102 del CC, suponen que los cónyuges puedan vivir separados, así como el cese de la presunción de convivencia conyugal, la revocación de los consentimientos y poderes entre ambos, y

¹⁰⁶ CIRCULAR N° 4/2005, de la FGE, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LO de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, p. 55 a 57. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 26-02-2021).

¹⁰⁷ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha modificado el artículo 771.2, si bien se refiere únicamente a la denominación de las personas discapaces, y así a partir del 3-09-2021 señalará “...si hubiera hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores...”

el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica.

Las medidas del artículo 103 del CC son las relativas a la atribución de la patria potestad, guarda y custodia, así como el régimen de visitas y comunicación con el progenitor no custodio, uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico; se debe fijar igualmente la contribución a las cargas del matrimonio de cada uno de los cónyuges... señalar atendidas las circunstancias los bienes gananciales o comunes que previo inventario se hayan de entregar a uno y otro cónyuge, así como las reglas de administración, disposición y rendición de cuentas, y por último se debe determinar en su caso, el régimen de administración y disposición de bienes privativos afectos a las cargas del matrimonio, según capitulaciones matrimoniales o escritura pública.

A la vista de la solicitud, el LAJ citará a los cónyuges, y si hubiere hijos menores o discapaces, al MF a una comparecencia, que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador. En esta comparecencia, primero se intentará un acuerdo entre las partes, y si no hubiera acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar, o si dicho acuerdo, oído, en su caso, el MF, no fuera aprobado en todo, o en parte por el tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes, y se practicará la prueba que éstos propongan, y sea admitida, y también, en su caso, la que se pueda acordar de oficio.

Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, el LAJ señalará fecha para su práctica en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes. La falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia, podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente, para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial. Una vez celebrada, se resolverá por auto en el plazo de 3 días, auto contra el que no cabe recurso. Los efectos y medidas acordados sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la correspondiente demanda de nulidad, separación o divorcio.

B) *Las medidas provisionales previas urgentes, o “inaudita parte”*. Se regulan en el artículo 771.2 de la LEC: *“De esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno”*.

Se está refiriendo a hechos graves, con una necesidad urgente de resolución, por ejemplo casos de posible de sustracción del menor, existencia de una situación de riesgo para el menor, etc, hechos que justifiquen la adopción de una medida, sin comparecencia de ninguna de las partes, sin oírlas.

La resolución debe revestir la forma de auto, contra el que no cabe recurso. El artículo 772 de la LEC, establece la forma de confirmar o modificar las medidas ya adoptadas como provisionales previas. El LAJ, debe unir la pieza separada a las actuaciones principales, y si fueron dictadas por otro juzgado, unir el testimonio de las mismas. El juez competente, tras su examen, si estima que deben modificarse o completarse, convocará a las partes a una comparecencia, que seguirá los trámites señalados en el artículo 771 LEC, e igualmente contra el auto que dicte, no cabe recurso alguno.

C) *Las medidas provisionales coetáneas, con la demanda.* Se regulan en el artículo 773 de la LEC. La parte actora, podrá solicitar las medidas que considere oportunas en relación a las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren acordado con anterioridad. Ambos cónyuges pueden también presentar, el acuerdo al que hayan llegado para su aprobación, pero es importante explicar a las partes que el hecho de llegar en este momento a un acuerdo, no supone quedar vinculados por el mismo, en relación a sus pretensiones de fondo, ni tampoco, vincula la decisión final que pueda adoptarse por el juez. Una vez admitida la demanda, el LAJ convocará a los cónyuges y, en su caso, al MF, a una comparecencia que se sustanciará, conforme a lo previsto en el artículo 771 de la LEC, y se resolverá sobre las peticiones realizadas o, en su defecto, se acordará lo que proceda, según lo dispuesto en el artículo 103 del CC, contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

Se pueden también solicitar medidas provisionales en la contestación a la demanda, siempre y cuando, no se hubieran adoptado con anterioridad, o no hubieran sido solicitadas por la parte actora. La solicitud deberá hacerse en la contestación a la demanda, y se sustanciará en la vista principal, cuando ésta se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, resolviendo el tribunal por medio de auto no recurrible, cuando la sentencia no pudiera dictarse inmediatamente después de la vista. Si la vista no pudiera señalarse en el plazo indicado, el LAJ convocará una comparecencia, según lo dispuesto en el artículo 771 de la LEC.

Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezcan definitivamente la sentencia, o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo. En estos casos pueden también plantearse problemas de competencia, los mismos que en los procedimientos principales, y la solución sería la misma que hemos visto en el Capítulo I.

2. MEDIDAS CAUTELARES PENALES CON CONTENIDO CIVIL, EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

La primera y más importante actuación es la penal, no hay discusión. Y por ello debemos partir en nuestro estudio de una premisa importante: cuando en el procedimiento penal se adopta una medida cautelar penal, se hace de manera que concurren todas las garantías necesarias, con los requisitos de proporcionalidad y necesidad, que éstas deben tener.

Las medidas cautelares más utilizadas en violencia de género, son la prohibición de acercamiento y la prohibición de comunicación por cualquier medio o procedimiento. Cuando se impone una medida cautelar de esta naturaleza, se afecta directamente a derechos fundamentales de la persona, como son la libertad de deambulación, y comunicación. Los presupuestos de su adopción son: el “*fumus boni iuris*” o apariencia de buen derecho, que en estos casos sería la existencia de indicios racionales de criminalidad, de haberse cometido un delito de los que son competencia del JVSJ, y el “*periculum in mora*”, que la medida a acordar sea necesaria para evitar una situación de riesgo para la víctima. Ambos requisitos deben ser evaluados por el juez para su resolución, y una vez que está clara la necesidad de la adopción de las medidas penales, es cuando se valora la existencia y necesidad de adopción de unas medidas civiles, estas últimas, dependen siempre del dictado previo de las medidas penales sin las cuales no podrían existir, y ello tanto en la LECr como en la LIVG.

En estos supuestos es fundamental principio de inmediación por parte del juzgador “*a quo*”, que es quien practica las diligencias de investigación, y puede observar de

primera mano aquellas circunstancias que concurren a la hora de acordar o no, la medida cautelar. Esa valoración sobre la concurrencia de tales requisitos, ha de enmarcarse además, en el juicio de inferencia indiciaria propio de la fase procesal, en que se encuentra la causa, normalmente se adoptan en sede de instrucción, y al principio de la misma. Deben existir indicios racionales de criminalidad, diligencias a partir de las cuales puede desprenderse que existe un delito y una determinada persona es el presunto responsable del mismo, sin perjuicio que puedan adoptarse a lo largo del procedimiento.

2.1 MEDIDAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Las medidas cautelares penales se contienen en la LECr, Libro II, Título VII: “De la libertad provisional del procesado”. Se regula, además de todo lo relativo a medidas sobre la libertad del procesado, las medidas cautelares que se pueden tomar, para acordar su libertad, como la obligación de comparecer “*apud acta*”, fianza, retención del pasaporte, privación del permiso de conducir vehículos a motor y ciclomotores, y las medidas cautelares contenidas en los artículos 544 *bis*, 544 *ter* y 544 *quinqüies*, (este último introducido por la Disposición Final 1.4 de la LEVD).

2.1.1 EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

El artículo 13 de la LECr contiene una medida penal, pero ya alude a las medidas civiles, al considerar posible la adopción de medidas al amparo de los artículos 544 *bis* y 544 *ter* del mismo texto legal. “*Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta Ley.*”

Este artículo contiene un nivel básico de protección, de carácter general para todas las víctimas, y si bien se podría utilizar también en violencia de género, por la remisión a los artículos que cita, en realidad lo que hace es un reenvío a los mismos, por lo que en violencia de género iremos directamente a aplicar estos.

2.1.2 EL ARTÍCULO 544 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Este artículo, fue introducido por la LO14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su tenor es el siguiente: “*En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal,*¹⁰⁸ *el Juez*

¹⁰⁸ Artículo 57: “1. Los jueces o tribunales, 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 y el orden socioeconómico, 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.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y

o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización. En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

Este artículo contiene la “medida cautelar general de protección penal”, que se utiliza en los juzgados de instrucción y violencia. Como breves notas generales, podemos señalar:

a) No tiene ninguna especialidad por la relación entre las partes, se aplica cuando con ocasión de la comisión de un determinado delito es necesaria la protección de la víctima, sin que importe la vinculación con el presunto autor. Pueden ser conocidos, extraños, estar unidos por vínculos familiares, o no.

b) No hay una regulación específica en cuanto a su solicitud, esta medida puede adoptarla el juez de oficio, incluso “*inaudita parte*”, sin necesidad de celebración de comparecencia, si aprecia una situación de riesgo. Tampoco está determinado el momento para su adopción, no hay un plazo preclusivo para poder solicitarla, puede adoptarse en cualquier momento del procedimiento; no hay un procedimiento determinado para su resolución, aunque lo normal y más deseable, es la celebración de una comparecencia como la prevista en el artículo 544 ter de la LECr. Por el

cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. 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 se acordará, en todo caso, la aplicación 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delito leve.”

contrario, sí se regula su conclusión, debe terminar por resolución motivada, por auto.

c) Su ámbito material es concreto, está señalado por el artículo 57 del C.P. “... 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”.¹⁰⁹

d) Requisito imprescindible, es la concurrencia de una situación objetiva de riesgo, se adopta, cuando resulte estrictamente necesario, para lograr el fin de protección de la víctima.

e) Sobre quién resulta competente para su adopción, “El órgano competente, siempre en ámbito material y objetivo expresado en los delitos que enumera el art. 57 del Código Penal, será: El Juez de Guardia del lugar donde se solicite. El Juez de Instrucción competente del asunto. El Juez de Violencia sobre la Mujer, en asuntos de su competencia, es decir en el ámbito material que coinciden, como si de círculos concéntricos se tratara, el art. 544 *ter* y el art.544 *bis*”.¹¹⁰

f) Los recursos que se pueden interponer, contra el auto que acuerda la medida o la deniega, son los de reforma y subsidiario de apelación y el recurso de apelación directo, según lo establecido en la LECr.

Este artículo contiene en su último párrafo, la celebración de una comparecencia sustancialmente diferente a lo que hemos expuesto hasta ahora, la “*comparecencia del artículo 544 bis in fine*”. Para celebrar esta comparecencia es necesario que exista y esté vigente una medida cautelar o pena ya acordada. Su fin también es el de proteger a la víctima. Se convoca siempre que se haya producido un incumplimiento de la medida acordada, un quebrantamiento, y se puede solicitar tanto en el JVSM, como en el juzgado de lo penal, si está pendiente de celebrarse el correspondiente juicio oral, a los efectos de valorar la gravedad del incumplimiento, y adoptar en su caso las correspondientes medidas. Estas pueden ser más o menos gravosas, ya que no sólo se puede agravar la medida con un incremento de la distancia del alejamiento, prohibición de entrada en la ciudad, o acordar la prisión provisional, también se puede valorar, según las circunstancias, su mantenimiento en los mismos términos, o incluso dejarla sin efecto. Esta comparecencia, tiene un contenido tasado y limitado, no habiendo ninguna previsión respecto de adopción de medida civil alguna. También se celebra en los casos de presunto quebrantamiento de la pena de alejamiento o prohibición de comunicación impuesta en sentencia.

¹⁰⁹ Según redacción dada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE de 05-06-2021).

¹¹⁰ GALDEANO SANTAMARÍA A.M., “El estudio comparativo de la orden de protección y las medidas cautelares de alejamiento de los artículos 544 *ter* y 544 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Formación continua de la FGE, 2013, p.10. Disponible en: [https:// www.fiscal.es](https://www.fiscal.es) (Última consulta el 03-04-2021)

En relación a la posibilidad de adopción de medidas civiles.

Es una cuestión pacífica, que las medidas cautelares de protección acordadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 544 *bis* de la LECr, nunca contienen medidas civiles. Pero, ¿Que ocurre si apreciada una situación de riesgo, es necesario para completar la protección de la víctima, acordar medidas civiles? No se puede eludir su adopción, pero en este caso el procedimiento sería el dispuesto en el artículo 158 del CC, tendríamos un auto de medidas penales, que establecería una serie de medidas civiles, pero al amparo del artículo 158 del CC.

Después de la reforma efectuada por la LEVD, se podría también utilizar para la protección de la víctima menor de edad, o de la persona con la capacidad judicialmente modificada, otra vía de adopción de las medidas civiles, que sería la prevista en el artículo 544 *quinquies* de la LECr.

*Por último sobre su relación con el artículo 544 *ter* de la LECr.*

Es importante estudiar la estrecha relación que en violencia sobre la mujer tienen estos dos preceptos, sobre todo porque algunos operadores jurídicos, no distinguen bien su diferente ámbito. El artículo 544 *bis* de la LECr es una medida cautelar de protección, pero el artículo 544 *ter* del mismo texto legal, incorpora un estatuto integral de protección, que además allana el camino de la víctima de violencia de género, para el acceso a los beneficios de todo tipo que implica el mismo, por lo que su alcance es diferente. En caso de existencia de menores o discapaces, en los hechos que se presentan ante el JVSJ, en la OP deben acordarse siempre medidas civiles, pero también pueden acordarse medidas civiles, en ausencia de estos, aunque esto sucede de una forma más excepcional como luego veremos.

Las víctimas en su solicitud pueden no distinguir que medida piden, lo que suele suceder cuando se comparece sin asistencia de letrado, en cuyo caso el MF debe informar de la posibilidad de acordar una OP como estatuto integral, y ello, aunque la víctima indique, “que sólo que quiere que la protejan”, ya que preguntada al respecto, suele manifestar, que “le da igual que se le conceda una orden de protección o una medida cautelar de alejamiento y prohibición de comunicación”, pero evidentemente las medidas no son iguales, sino sustancialmente diferentes por su contenido, y en este caso, se debe informar a la víctima, del contenido de los derechos a los que le da opción estar protegida mediante una orden. Después de esta información, la práctica totalidad opta por la OP, sólo en algún caso aislado, la víctima ya informada elige la protección del artículo 544 *bis*, pero son casos especiales de víctimas perfectamente informadas, como por ejemplo, una letrada en ejercicio, que manifiesta que quiere la medida cautelar, y no la OP.

Si se ha solicitado una orden, y no puede celebrarse la comparecencia, bien porque el denunciado no ha sido localizado, localizado no ha podido ser citado, o citado se produce la incomparecencia de su abogado, la medida cautelar de protección penal para la víctima, se tomará al amparo de lo dispuesto en el artículo 544 *bis* de la LECr. En estos casos, tanto por el MF como en su caso por la representación de la acusación particular, se deben interesar las medidas penales, únicamente, y su mantenimiento con un límite temporal muy claro: “hasta la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 544 *ter* LECr”.

Límite muy importante, fijado de forma pacífica por la “pequeña jurisprudencia” desde al menos el año 2012, entre otras por la AP de Madrid, por todos, auto de la sección nº 26, nº 958/12, rollo de apelación nº 837/12, de 22 de agosto de 2012: “

...recurre el Ministerio Fiscal tal decisión por considerar procedente en derecho que tal medida cautelar debería estar vigente únicamente hasta la celebración de la comparecencia prevenida en el artículo 544 Ter de la LECr, al haber solicitado la perjudicada una orden de protección que constituye título en virtud del cual se han de adoptar medidas cautelares penales y/o civiles y poder la víctima de violencia de género acceder a las diferentes prestaciones sociales y laborales establecidas en el ordenamiento jurídico. El recurso ha de ser acogido, pues, además de las alegaciones antes referidas, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, en el Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, se alude a que la orden de protección establece un cauce único a través del cual se solicitan todas las medidas de protección y asistencia social que requiere la víctima y poder acceder la víctima a medidas tales como la renta activa de inserción social, la asistencia jurídica especializada y cualquier otra asistencia o medida de protección que prevean las leyes. Por tanto, debiendo prevalecer el interés de la víctima de violencia de género y siendo más beneficioso para su condición la orden de protección que la medida cautelar establecida esté vigente únicamente hasta la celebración de la comparecencia prevenida en el artículo 544 Ter de la Lecr.”

Todo ello a salvo de lo indicado anteriormente, en relación a la posibilidad de solicitar medidas civiles al amparo del artículo 158 del CC, si estas fueran urgentes y necesarias, pero se celebraría siempre “una comparecencia del artículo 544 bis”, quedando pendiente la celebración de la orden.

La conflictividad en el uso de ambos mecanismos de protección entre los juzgados de instrucción y los de violencia, ha sido muy importante. Al inicio de la ley aún no existían JVSM suficientes, y muchas de las peticiones se debían ver en los juzgados de de instrucción en funciones de guardia. Estos eran muy reticentes al dictado de medidas civiles, tanto, que se celebraba la comparecencia de la OP y se dictaban las medidas penales y no las civiles. Se celebraban comparecencias de OP como si fueran comparecencias del artículo 544 bis. Esta situación producía importantes disfunciones, ya que no había un momento posterior fuera de éste para adoptarlas, salvo que se acudiese a la vía del artículo 158 del CC, pero ésta era y es, una vía excepcional para adoptar medidas civiles, no para suplir las que se deben acordar en cada momento del procedimiento.

Desde el inicio de la andadura de la ley se produce esta situación, y así lo puso de relieve, Teresa Peramato Martín, “existe una práctica judicial en relación a las solicitudes de orden de protección referidas a violencia de género, constatada en algunos juzgados de guardia, consistente en que durante el servicio de guardia se celebra la comparecencia del artículo 544Ter pero no se permite que se formulen peticiones de medidas de carácter civil, entendiendo tales juzgados que las mismas deben ser, en su caso, acordadas por el Juzgado de Violencia competente para la instrucción de la causa. Tal práctica determina que, después, y en el contexto de la orden de protección ya resuelta, no se pueden acordar esas medidas aún cuando sean absolutamente necesarias para garantizar la protección que el legislador pretende no sólo para la víctima sino también para sus hijos produciéndose en algunos casos auténticas situaciones de absoluto desamparo para la víctima y en concreto para los hijos quienes pueden verse privados del mínimo sustento para cubrir sus necesidades más básicas y de la relación paterno-filial con el progenitor a quien se le prohíbe la aproximación a la solicitante, consecuencias que resultan evidentes en aquellas situaciones en las que toda la familia depende económicamente del imputado (al

carecer la denunciante de ingresos) pues el alejamiento puede conllevar que aquel (el imputado) no haga llegar voluntariamente ninguna aportación a fin de garantizar la supervivencia de los suyos y que no puede contactar con sus hijos (si tal contacto se advierte no perjudicial y necesario para la adecuada evolución y desarrollo de la personalidad de los menores). La solución a la que se ha tenido que acudir en algunos casos para proteger efectivamente a los menores, es la de adoptar esas medidas de conformidad con el artículo 158 del CC, pero es evidente que las medidas adoptadas en base a ese precepto no están vinculadas a un plazo de 30 días prorrogables por otros 30 en los términos previstos en el artículo 544 ter de la LEcr, lo que puede conllevar a que esas medidas, que se adoptan sin contar con los elementos de prueba *contundentes y definitorios*, al igual que en la orden de protección, se perpetúen más allá de lo estrictamente necesario. Ciertamente es que se pueden acordar estableciendo un plazo en que se exhorte a las partes a que insten el correspondiente procedimiento civil pero a nadie se nos escapa que esto no es más que un parche utilizado excepcionalmente para resolver una situación creada por una práctica judicial, incorrecta”.¹¹¹

Debido al tiempo transcurrido, deberíamos creer que esta situación habría sido ya resuelta, sin embargo no es así. En las Jornadas sobre unificación de criterios en materia de violencia de género, celebradas en el CGPJ, en el año 2017, sobre la adopción de las OP en los juzgados de instrucción, haciendo referencia a estas disfunciones se concluyó: “En estos últimos, la práctica sigue poniendo de manifiesto que muchos Juzgados de Instrucción cuando actúan en sustitución del JVM, no resuelven las medidas civiles de la Orden de Protección...aún a día de hoy, subsisten múltiples problemas de competencia con los Juzgados de Instrucción, como por ejemplo los derivados de la reticencia a adoptar medidas civiles en el marco de la orden de protección (544 terLECRIM en relación a los artículos 61 y ss de la LIVG). El problema se plantea cuando se reciben las actuaciones, en día hábil posterior, en el JVSM. En caso de que no se hayan adoptado medidas civiles se plantea por los asistentes abrir la posibilidad a que las partes puedan recurrir la resolución dictada o que insten, en su caso, un procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda, que se podrá tramitar con celeridad y que no requiere de Abogado y Procurador para la petición inicial (artículo 771.1 párrafo 2º de la LEC). Se constata la mala praxis existente en algunos partidos judiciales en que el Juzgado de Instrucción dicta auto en aplicación del artículo 544 bis de la LECRIM (pese a haberse solicitado orden de protección) procediéndose a convocar la comparecencia del artículo 544 ter de la LECRIM en el día hábil siguiente, ya ante el JVSM. Por los asistentes se pone de manifiesto que esta solución no solo choca con el tenor de la norma (el artículo 544 ter de la LECRIM hace referencia a la posibilidad de adopción de orden de protección por parte del Juzgado de Instrucción de guardia) sino que desprotege a la víctima y duplica actuaciones –con la consiguiente comparecencia ante el Juzgado y problemas derivados de la “revictimización” de la mujer”.¹¹²

¹¹¹ PERAMATO MARTÍN, T. “La orden de protección”, en el manual, “*Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*”. Manual de Formación Continuada, Ed. CGPJ, Madrid 2009, p. 576 y 577 (Última visita, 03-04-2021).

¹¹² JORNADAS DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. Organizadas por el observatorio contra la violencia de género en la Formación continua en violencia de género del CGPJ. Celebradas en Madrid, del 4 al 6 de octubre de 2017, CGPJ, Punto 4, p. 13 a 18. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/Temas/Formación> (Última consulta, 03-04-2021).

2.1.3 LA ORDEN DE PROTECCIÓN.

Pese a todas las disfunciones que se puedan producir, la OP es la medida más utilizada en la protección de las víctimas de violencia.

Por Ley 27/2003, de 31 de julio, se introdujo en la LECr el artículo 544 *ter*, que regulaba la OP referida a las víctimas de violencia doméstica, con una redacción diferente a la que ahora está vigente. En su Exposición de motivos, la ley dejaba clara su intención de protección integral, rápida y efectiva, que luego recogería la LIVG, “La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos. La situación que originan estas formas de violencia trasciende el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía. Resulta imprescindible por ello arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos, bien articulados técnicamente, que atajen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves. Es necesaria, en suma, una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad.

La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. Pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente 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. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador”.

Este artículo fue modificado, en varias ocasiones hasta llegar a la redacción que hoy está vigente, desde el 25-06-2021.¹¹³

¹¹³ Se incorpora a la LECr, por el artículo 2, de la Ley 27/2003, de 31 de julio. Ref. BOE-A-2003-15411. Redactado el apartado 7 conforme a la corrección de errores publicada en BOE núm. 126, de 25 de mayo de 2004. Ref. BOE-A-2004-9703. Se modifica el apartado 1 por la disposición final 1.2.f) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Ref. BOE-A-2003-21538. Se modifican los apartados 4, 8, 9 y 10 por el artículo 2.61 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Ref. BOE-A-2009-17493. Se modifica el apartado 7 por la disposición final 1.13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril. Ref. BOE-A-2015-4606. Se sustituye el sustantivo "imputado" por "investigado o encausado" por el artículo único.21.2 de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10725. La última reforma se efectúa por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Ref. BOE-A-2021-9347, que reforma los apartados 6 y 7 (subrayado).

Por su especial importancia lo veremos completo junto con su reciente reforma. Artículo 544 *ter*: 1. *El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.*

2. *La orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal. Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.*

3. *La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente. Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.*

4. *Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal. Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud. Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado. Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de*

ello, el Juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1º un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

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.

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 pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la forma en la 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, 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.

8. *La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el Secretario judicial inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.*

9. *La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado o encausado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.*

10. *La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género.*

11. *En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el investigado o encausado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores”.*

La importancia y sobre todo la especialidad de esta medida de protección, es que su ámbito de protección en sede jurisdiccional penal, va dirigido a las relaciones familiares, con la posibilidad de adoptar medidas civiles además de las penales. No es una tímida regulación la que va a aplicarse, se va a exigir un pronunciamiento civil en el ámbito penal. Cambio radical en nuestro sistema jurídico, que como hemos visto produjo un inicial rechazo de los juzgados de instrucción no especializados.

Lo más habitual es que estas medidas se adopten durante el período de guardia, con lo que esto supone: rapidez en la toma de decisiones con datos muy escasos, proporcionados casi exclusivamente por las partes, urgencia en la valoración y decisión sobre los mismos, además de los consabidos problemas de competencia que pueden surgir.

Hay dos momentos en la resolución de la OP, es necesario primero que se haya determinado por el juez que existen los requisitos para acordar las medidas cautelares penales, y luego se pasa al segundo momento, la determinación de las medidas civiles, ya que sin el presupuesto previo del dictado de unas medidas penales, no sería posible acordar medidas civiles en base a la OP.

2.1.3.1 PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA OP.

Los principios en los que se basa la OP, se pueden considerar como el resumen de lo que consiste una protección efectiva de las víctimas.

Siguiendo el Protocolo para la implantación de la OP, los podemos reducir a seis:

1. “Principio de Protección de la víctima y de la familia”. El objetivo prioritario es que la víctima y la familia, recuperen la sensación de seguridad frente a posibles amenazas o represalias posteriores del agresor.

2. “Principio de Aplicación General”. El juez debe poder utilizar la OP siempre que la considere necesaria para proteger a la víctima, con independencia de que el supuesto sea constitutivo de delito grave o leve.
3. “Principio de Urgencia”. La OP debe obtenerse y ejecutarse con la mayor celeridad posible, en un procedimiento lo suficientemente rápido como para conseguir la verificación judicial de las circunstancias de hecho y las consiguientes medidas de protección de la víctima pero sin menoscabo de las debidas garantías procesales ni del principio de proporcionalidad.
4. “Principio de Accesibilidad”. Los formularios para pedir una OP responden a un modelo normalizado caracterizado por su sencillez, que pueda ser cumplimentado por cualquier persona, y por su fácil accesibilidad, puede obtenerse en un gran número de instituciones y organismos (Policía, Juzgados, Oficinas de Atención a la Víctima, Colegios de Abogados, etc.).
5. “Principio de Integralidad”. La concesión de la OP por el Juez debe provocar, de una sola vez, la obtención de un estatuto integral de protección para la víctima, el cual active una acción de tutela que concentre medidas de naturaleza penal, civil y de protección social.
6. “Principio de Utilidad Procesal”. La OP debe facilitar además la acción de la Policía Judicial y el subsiguiente proceso de instrucción criminal especialmente en lo referente a la recogida, tratamiento y conservación de pruebas”.¹¹⁴

Las características de la OP, se reflejan de una forma clara por Julián Ángel González, cuya estructura de trabajo seguiremos, si bien refiriéndonos fundamentalmente, a las medidas civiles, que se ven de una forma secundaria en el mismo.

a) *Jurisdiccionalidad*. La orden de protección ha de adoptarse, dentro del marco de un proceso penal, por una autoridad judicial, que será, según los casos, el Juez de Instrucción, el Juez de Violencia sobre la Mujer o el Juez de Guardia [arts. 14.5 c) y 544 ter, n.º 1 y 2, LECrim., 87 ter, n.º 1, apdo. c), LOPJ y 61.2 y 62 LOMPIVG] o el Juez o Tribunal que conozca de la causa cuando durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo (art. 544 ter, n.º 11, LECrim.).

b) *Legalidad*. Rige el principio de legalidad, puesto que el órgano judicial no está autorizado a adoptar medida cautelar alguna que no esté establecida en la Ley. Así, la orden de protección comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en el art. 544 ter LECrim, como medida cautelar, limita libertades fundamentales de las personas, por lo que su utilización, requiere un estricto cumplimiento de los requisitos previstos en la disposición que lo regula.

c) *Necesidad*. Únicamente se adoptará cuando se den los presupuestos necesarios para ello, es decir, cuando existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna víctima de violencia doméstica (de alguna de las personas recogidas en el art. 173.2 CP), y también una víctima de violencia de género, y se constate una situación objetiva de riesgo para ella, tal y como resulta del citado art. 544 ter, n.º 1, LECrim. Este carácter aparece recogido en el art. 68 LOMPIVG cuando dispone que "las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad...". Lo

¹¹⁴ PROTOCOLO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA, de 3 de junio de 2004, p. 2, 3, y 4. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (Última visita, 03-09-20).

que supone una valoración por el órgano judicial que la adopta, tanto de los hechos, como de la situación objetiva de riesgo, en la valoración de esta situación, la jurisprudencia hace hincapié en la importancia del “principio de inmediación”, ya que es el juez instructor, quien tiene la percepción inmediata de las circunstancias, que le llevan a adoptar o no la medida cautelar.

d) Accesoriedad. Como toda medida cautelar, la suerte de la orden de protección depende y sirve al proceso en cuyo seno ha sido adoptada: se mantendrá durante la tramitación del proceso; finalizado el mismo desaparece, pudiendo transformarse, en su caso, en una pena o en una medida de seguridad. En este punto, Julián Ángel González se refiere a la parte penal de la medida cautelar de la OP, y efectivamente, la medida cautelar penal depende de la tramitación y resultado del procedimiento penal en el que se dicta. Pero no así la medida cautelar civil, que si bien, necesita el previo dictado de la penal para poder adoptarse, una vez hecho, se desvincula por completo de ella, comenzando a correr los plazos, para acudir en su caso a la vía civil correspondiente (artículo 544 Ter 7, último párrafo).

e) Temporalidad. La temporalidad de las medidas contenidas en la orden de protección varía según su naturaleza: a) la vigencia de las medidas cautelares de carácter penal será la establecida con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 544 ter, n.º 6, LECrim.); b) las medidas de carácter civil tendrán una vigencia temporal de 30 días, plazo que se amplía a 60 días en el caso de interposición de la correspondiente demanda en el Juzgado competente (art. 544 ter, n.º 7, LECrim.). Veremos luego con más detenimiento, los plazos de vigencia de las medidas civiles.

f) Revocabilidad. Las medidas penales contenidas en la orden de protección podrán ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio. Si el Juez puede, de oficio, adoptar una orden de protección, no existe ningún obstáculo para que alguna de las medidas penales contenidas en ella (v. gr., la prohibición de aproximación o comunicación) se agrave por el propio Juez sin necesidad de que exista instancia de parte (v. gr., ampliando la distancia del alejamiento). ¿Y, las civiles?, también pueden dejarse sin efecto, de oficio, y a instancia de parte, por el mero transcurso del tiempo, si no se interpone el procedimiento civil”.¹¹⁵

2.1.3.2 PRESUPUESTOS, LEGITIMACIÓN Y PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA SU ADOPCIÓN.

A) En relación a los presupuestos para su adopción.

Como acabamos de indicar, requiere siempre, que previamente se acuerden las medidas penales de la orden, pero también es necesaria la inexistencia de medidas civiles previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil.

Resulta curioso que las medidas penales sean imprescindibles para el dictado de la orden, y sin embargo luego las medidas civiles, se desliguen totalmente de éstas, haciendo posible iniciar un procedimiento civil, que continuará al margen de la vida de la medida penal, o perdiendo su vigencia si no se hace.

¹¹⁵ GONZALEZ SÁNCHEZ J. A., “Orden de protección: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y caracteres”, en *Revista jurídica Sepin, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18842, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2014, p. 2 a 4. Disponible en: [https:// sepin.es/violencia-doméstica](https://sepin.es/violencia-doméstica) (Última visita, 03-09-20).

Una vez que se determina, la necesidad de acordar medidas penales, y que concurren los tres presupuestos para su adopción: 1.-existencia de indicios fundados de la comisión de un delito, incluido también el delito leve, de los indicados en el propio artículo: contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad; 2.-que la víctima sea una de las personas relacionadas en el artículo 173.2 del CP, que castiga, a quién “habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quién sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”, también ampara a cualquier víctima de violencia de género, según el ámbito subjetivo que determina la LIVG, y por último, 3.-que exista una situación objetiva de riesgo.

Es necesario comprobar, que no haya unas medidas previamente acordadas en el orden jurisdiccional civil. En algunas ocasiones en la denuncia que se formula, o en la solicitud de OP, se hace mención a la existencia de tales medidas, pero el efecto de la orden sobre ellas es diferente según su estado: si están solicitadas, ya dictadas o en trámite.

-Si las medidas están únicamente solicitadas en el procedimiento civil, y la solicitud no ha llegado a incoarse, nos encontramos ante la inexistencia de medidas.

-Si hay medidas dictadas, se deberá estar a lo que estas señalen. Ahora bien, el auto que acuerda la orden, puede tener una influencia directa en las mismas según las medidas penales que se acuerden respecto del investigado. Si se mantiene la situación de relación directa con los hijos, y se establece un Rv y comunicación con estos, al existir la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima y perjudicada, es necesario arbitrar la forma de realizarlas. El auto puede no indicar nada, en cuyo caso las partes deberán acudir al procedimiento civil a los efectos de regular como realizarlas, o de una forma más resolutive, reflejar como realizar el Rv, a través de terceras personas, o si se estima necesario en el correspondiente PEF, así como la realización de las comunicaciones relativas a la patria potestad, o urgentes en relación a los hijos menores, a través de sus letrados (lo que no es frecuente), o de terceras personas.

Si se acuerda la prohibición de acercamiento y comunicación con los hijos, esta medida penal afecta directamente al régimen de visitas y comunicación, que se suspende de forma inmediata. En este caso, el auto que acuerda la orden, deberá ser comunicado por el JVSJ, mediante el correspondiente testimonio al juzgado que acordó las medidas civiles.

-Si las medidas están en trámite, Francisco J. Martínez Derqui señala, “...Esta previsión legal no permite que se obvие el pronunciamiento sobre medidas civiles en los casos en los que la orden de protección se solicite estando ya señalada la vista de medidas provisionales, puesto que no se puede hacer de peor condición a la unidad familiar en la que la mujer es objeto de un acto de violencia estando señalada la vista que a aquella que no tiene tal señalamiento, si bien en este supuesto se plantea el problema relativo a la vigencia de las medidas civiles acordadas, puesto que no cabe la incoación posterior de un proceso civil dado que este acto jurídico ya se ha

producido. Lo que cabe es que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer requiera de inhibición al Juzgado de Primera Instancia, dado que ningún sentido tiene que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer dicte unas medidas, el Juzgado de primera Instancia acuerde otras o las ratifique y posteriormente la competencia deba volver al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En esta línea el artículo 49 bis 3 LEC establece que “cuando un Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del poder Judicial requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano competente. A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada. No obstante hay quien mantiene la postura contraria y que entiende que “no cabe su adopción en estos supuestos sin perjuicio de que puedan acordarse medidas urgentes al amparo del artículo 158 del Código civil y remisión de testimonio de lo actuado al Juzgado que conoce del procedimiento civil”.¹¹⁶

Comparto la necesidad del dictado de las medidas, por cuanto el hecho de haberlas presentado previamente, no resuelve la situación que se presenta en el momento de solicitud de la OP, ni supone un obstáculo. No se hace referencia a qué tipo de procedimiento civil, por lo que afectaría cualquier resolución civil dictada, ya sea en sede de medidas coetáneas, provisionales o definitivas. El hecho de valorar la situación y el momento procesal en que se encuentran, si ya hay una citación para el juicio oral o no, y la proximidad del mismo con la fecha de celebración de la comparecencia del artículo 544 *ter* de la LECr en relación con los hechos que se denuncian, puede servir para determinar si se acuerda o no el primer presupuesto de la orden de protección, si hay medidas penales, o late o puede latir una motivación espuria para solicitar dicha orden, pero no para decidir sobre si no se dictan medidas civiles, por la proximidad temporal del señalamiento, tratándose de una actuación urgente como lo es una OP.

B) *Sobre la legitimación.*

Es diferente la legitimación para solicitar las medidas penales y las civiles. El artículo 544 *ter* nº 7 de la LECr, establece la legitimación para pedir las medidas civiles: “*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 capacidad judicialmente modificada que convivan con la*

¹¹⁶ MARTÍNEZ DERQUI, F. J., “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del juzgado de violencia sobre la mujer”, “Intercambio de experiencias y unificación de criterios. Fase de instrucción y órdenes de protección”, en *Cuadernos digitales de formación*, nº 25-2010, CGPJ Madrid, 2011, p. 8 y 9. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgoj/temas/Formación> (Última visita, 01-04-2021).

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.”.

La importancia de las medidas civiles de la OP es tal, que si no se solicitan el juez puede acordarlas de oficio, “Como consecuencia de la modificación del art. 544 ter 7 de la LECrim., que obliga al juez a pronunciarse sobre la pertinencia de adoptar medidas civiles en todo caso y de oficio, de conformidad con el arts. 3, 5 y 10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y el art. 19 de la LEVD, el Fiscal, que ha de velar especialmente por derecho a la protección de las víctimas menores de edad, podrá pedir que el juez se pronuncie sobre la modificación cautelar de las medidas acordadas anteriormente en el orden jurisdiccional civil cuando sea necesario para apartar al menor de cualquier riesgo derivado de la ejecución de aquellas”.¹¹⁷

Es una cuestión pacífica, que el investigado a través de su defensa, no puede solicitar tales medidas, sin perjuicio que pueda realizar las alegaciones necesarias en relación a las medidas civiles, sobre su situación, capacidad económica, posibilidad de hacerse cargo del cuidado de los hijos menores/discapaces, para el caso que se acuerden las medidas civiles, todo ello en el acto de la comparecencia.

Solicitud y presentación. La solicitud por las personas legitimadas, no tiene una forma determinada, puede hacerse incluso mediante una manifestación en el transcurso de una declaración judicial que se esté produciendo, pero en la práctica habitual se realiza en la denuncia, y si la víctima pide una OP se aporta con ésta el “modelo protocolizado” de la misma.

La solicitud se puede presentar ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, donde se realiza la puesta en conocimiento del hecho delictivo, directamente en el JVSM o en el de instrucción, ante el MF, en la OAVD, servicios sociales y asistenciales dependientes de las administraciones públicas, o ante los servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados. La formalización del modelo es muy importante, dado que ofrece una gran cantidad de información útil para conocer la situación que se presenta. La gran mayoría de OP se gestionan desde la denuncia en las diferentes dependencias policiales, el lugar desde luego más apropiado, ya que son los agentes de la autoridad quienes pueden directamente comenzar con la investigación de los hechos denunciados.

El modelo tiene una estructura fácil y completa: -identificación del órgano ante el que se presenta, -en relación a la asistencia jurídica: solicitud de abogado si así se estima. -identificación de la víctima y si no es ella quién denuncia, identificación del denunciante, identificación del denunciado, relación víctima/denunciado, situación familiar (personas que conviven en el domicilio, su edad y parentesco) -descripción de los hechos denunciados, atención médica si se ha recibido, -las medidas que se solicitan: tanto medidas cautelares de protección penal, como civil, ambas se formulan con un tenor de respuesta claro: sí / no, y en este momento, ambas cuestiones, penales y civiles están íntimamente relacionadas.

Las medidas de protección penal: En caso de convivencia en el mismo domicilio de la persona denunciada ¿quiere continuar en el mencionado domicilio con sus hijos o hijas, si los/as hubiere? Sí / No, ¿Quiere que la persona denunciada lo abandone para garantizar su seguridad? Sí /No, ¿Quiere que se prohíba a la persona

¹¹⁷ CONCLUSIONES DEL XII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Madrid los días 7 y 8 de noviembre de 2016, conclusión A), p. 17. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 4-09-20).

denunciada acercársele? Sí / No, ¿Y a sus hijos o hijas? Sí / No, ¿Desea que se prohíba a la persona denunciada que se comunique con Vd? Sí / No, ¿Y con sus hijos o hijas? Sí / No.

Las medidas cautelares de carácter civil, vienen con una inicial acotación, “Estas medidas civiles solamente pueden ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el MF cuando existan hijos menores o incapaces y precisan para su establecimiento su petición expresa”. Se formulan en igual sentido que las penales, ¿Solicita la atribución provisional del uso de la vivienda familiar? Sí/No, - Régimen provisional de custodia, visitas, comunicación y estancia de los hijos o de las hijas, ¿Tiene hijos o hijas menores comunes? Sí / No, en caso afirmativo, indique número y edades. ¿Desea mantener la custodia de sus hijos o hijas? Sí / No, -¿Desea que su cónyuge/ pareja tenga establecido un régimen de visitas en relación con sus hijos o hijas? Sí / No, - Régimen provisional de prestación de alimentos. ¿Interesa el abono de alguna pensión con cargo a su cónyuge / pareja para Vd. y/o sus hijos o hijas? Sí /No, en caso afirmativo, ¿a favor de quiénes?, si la anterior respuesta es afirmativa, ¿en que cuantía valora las necesidades básicas de los/as precisados/as de dicha pensión?, -En caso de riesgo de sustracción de menores ¿quiere que se adopte alguna medida cautelar al respecto?

El formulario termina consignando otra serie de preguntas sobre otras ayudas, y por último unas instrucciones básicas para poder contestar las preguntas que se realizan.

C) *Procedimiento a seguir.*

Una vez que se ha solicitado la OP, hay un procedimiento urgente que tramitar. Existe unidad de acto y de tramitación en la adopción de las medidas penales y civiles de la orden, un único procedimiento. La competencia para conocer se determina en relación a las primeras, y una vez valorada la necesidad de las medidas penales, y resuelto acordar su dictado, se pasa a resolver sobre las medidas civiles.

Lo primero ante la solicitud es valorar su admisión a trámite, nada se dice en el precepto sobre la posible inadmisión, ya que es muy poco frecuente, pero puede ocurrir. Se había previsto en la Circular 3/2003, de 30 de diciembre de la FGE, sobre cuestiones procesales de la orden de protección, “... el art. 544 ter dispone en su apartado 4 que recibida por el Juez de guardia la solicitud de orden de protección, "en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia...". El citado apartado 1 establece los presupuestos para que el juez pueda dictar la orden de protección... Por ello, aunque el precepto nada dice expresamente sobre la posible inadmisión a trámite de la solicitud, en los casos en que directamente se advierta de la simple lectura de aquélla que no concurre alguno de los citados presupuestos (por ejemplo, que no se trata de víctimas incluídas en el art. 173, o que se solicita por razón distinta de la comisión de infracción penal alguna, o que ya existen medidas cautelares suficientes acordadas contra el denunciado que anulan la situación objetiva de riesgo, etc.) será procedente dictar auto que inadmita de plano la orden de protección, por lo que no será precisa entonces la celebración de la audiencia. Por ello, los Sres. Fiscales a quienes se diere traslado de una solicitud de orden de protección, cuando -en supuestos que serán excepcionales- apreciaren directamente de su examen que no sería procedente su admisión por la inexistencia de fundamento, deberán dirigir por cualquier medio al Juzgado comunicación

solicitando se dicte auto de inadmisión a trámite de la orden y la desconvocatoria de la comparecencia”.¹¹⁸

También se refiere a la inadmisión, la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que concreta más aún los supuestos de ésta “... a propósito de la inadmisión de la pretensión por parte del Juez de Violencia sobre la Mujer cuando notoriamente los actos no son constitutivos de violencia de género, señala que se entenderá que no constituyen expresión de violencia de género aquellos supuestos de hecho en los que se aprecie alguna o varias de las siguientes circunstancias: a) Cuando no se trate de una infracción penal propia del ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer –art. 87 ter LOPJ– (p. ej., delito de estafa del autor a su exmujer). b) Cuando no concurra la especial relación y condición en los sujetos activo y pasivo de la violencia (p. ej., violencia entre hermanos). Quedan excluidas por ello tanto las agresiones del hombre sobre otras mujeres de su círculo afectivo, ya sea madre, hermana, hija –salvo que en este caso vayan acompañadas de actos de violencia de género– etc., como las que pueda llevar a cabo la mujer sobre sus parientes sean femeninos o masculinos. c) Cuando el comportamiento esté plenamente desvinculado de la específica relación sentimental de pareja presente o pasada y en consecuencia no sea predicable el prevalimiento por parte del hombre de la situación de superioridad que pueda proporcionarle dicha relación”.¹¹⁹

La inadmisión deberá realizarse por auto, contra el que caben los recursos establecidos en la LECr.

Una vez admitida a trámite debe celebrarse la comparecencia, y el juez ante el cual ha sido formulada, convocará la misma, esta es absolutamente necesaria para el dictado de la orden de protección, no caben medidas “*inaudita parte*” en base al artículo 544 *ter* de la LECr, y es urgente, se señala en el plazo más breve posible, y en todo caso el plazo máximo para su celebración son 72 horas desde la presentación de la solicitud.

1.-Citación y asistencia. Deben ser citadas, la víctima y en su caso su representante legal, el denunciado, su letrado, y el MF, la repercusión de su ausencia es diferente. Quién es absolutamente imprescindible, es el letrado del denunciado, y no se puede celebrar sin él, ya que supondría un quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, generaría indefensión y daría lugar a la nulidad, (Vid, auto nº 1403/12 de la AP de Madrid de 30-11-2012), no así la ausencia del resto.

La ausencia tanto de la víctima, como de su representante legal o del denunciado, si están legalmente citados y no comparecen sin una causa justificada, no impide que la vista puede seguir adelante, siempre y cuando así lo decida el juez, que debe valorar en conjunto las circunstancias a la hora de tomar la decisión. Si la causa es justificada, por ejemplo motivos médicos graves, puede suspenderse la

¹¹⁸ CIRCULAR Nº 3/2003, de la FGE, de 18 de diciembre, sobre “Algunas cuestiones procesales de la orden de protección”, p. 4 y 5. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 4-09-20).

¹¹⁹ CIRCULAR Nº 4/2005, de la FGE, de 18 de julio, sobre “Criterios de aplicación de la Ley orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”, p. 31. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 4-09-20).

comparecencia y proceder a una nueva citación, dictándose las medidas que procedan al amparo del artículo 544 *bis* de la LECr si se considera necesario.

El MF no es una “parte más”. Debido a las funciones que ejerce es siempre preferible su asistencia, ahora bien, si está legalmente citado, y no comparece, el juez podría continuar la audiencia sin él.¹²⁰ En el caso que no pueda celebrarse la comparecencia del artículo 544 *ter* de la LECr se celebraría la comparecencia del artículo 544 *bis*, del mismo texto legal, tal y como hemos visto antes.

Hay unos importantes requisitos formales previos a la celebración de la comparecencia, y también en ella. Desde la publicación de la LEVD, se reconocen una serie de derechos extraprocesales comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal, hayan decidido o no, ejercer algún tipo de acción. Algunos de estos derechos se venían realizando ya, como por ejemplo adoptar las medidas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, y los familiares de ambos, medidas en las que se pone un especial cuidado en los juzgados, no sólo de violencia, tanto en la toma de declaración que se debe hacer por separado, como evitando que ambos se puedan ver fuera de la sala de vistas.¹²¹

Se permite a las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante legal, por una persona de su elección durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma, artículo 21 c) de la LEVD. Es una innovación importante, de la que sin embargo en la práctica se ha hecho muy poco uso.

Previamente a su celebración debe realizarse la información de derechos a ambas partes, mucho más sencilla la del investigado, ya que a la víctima, desde la entrada en vigor de la LEVD, se le debe transmitir tal volumen de información sobre sus derechos, y servicios a los que puede acudir, que es difícil que los pueda asimilar, en ese momento, dada la situación en la que normalmente se encuentra en este primer momento de toma de contacto con el procedimiento judicial, de nerviosismo, estrés, dolor...; sería más fácil para su protección realizar una información más concreta de lo esencial, y luego en un momento posterior, explicar el resto, de una forma más pausada y entendible.

Puede desarrollarse de forma presencial o telemática, y si bien es a raíz de la pandemia sufrida a partir del mes de marzo de 2020, cuando se ha generalizado el uso de estos medios en la administración de justicia, la comparecencia de la orden de protección, fue una de las primeras actuaciones que desde hace años se realizaba mediante videoconferencia, precisamente para paliar, los problemas que el MF tenía para asistir a las mismas, por la falta de medios personales.¹²²

¹²⁰ El artículo 124.1 de la CE así lo señala, “*El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”.

¹²¹ Artículo 20 LEVD: “*Las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes*”.

¹²² CIRCULAR Nº 3/2003 de la FGE, de 18 de diciembre sobre “*Algunas cuestiones procesales de la orden de protección*”. “... Es posible, por tanto, que la incomparecencia del Fiscal en la audiencia no

La comparecencia de la OP, se puede celebrar simultáneamente con la comparecencia de prisión, prevista en el artículo 505 de la LECr, y con la prevista para las diligencias urgentes (juicio rápido), artículo 798 del mismo texto legal.

2.-Acto de la vista. El desarrollo de la vista es sencillo, se toma declaración a ambas partes víctima y denunciado/investigado, a través del correspondiente interrogatorio que se realiza, primero por el juez instructor, luego por el MF, el letrado de la víctima, y por último por el letrado de la defensa.

Dado que es un procedimiento urgente, no se suele practicar más prueba, si bien las partes pueden solicitarla, y se resuelve por su señoría sobre su admisión. Cabe presentar los documentos que estimen oportunos, para justificar sus posiciones tanto en el ámbito penal, como en el civil, si hay audios, grabaciones de teléfonos móviles, o conversaciones de wasap, es en este momento donde debe realizarse su audición y cotejo por el LAJ, ya que ofrecen una visión bastante ajustada de los hechos, y son muy importantes a la hora de tomar decisiones sobre el dictado de la orden. No es frecuente practicar la declaración de testigos, dada la premura de tiempo con la que se debe incoar y celebrar, sin embargo si se estima que son necesarios también se hace, al igual que con los peritos que se puedan proponer; siempre que es necesario, se cuenta con el informe médico del forense del juzgado. Ahora bien, ¿Cabe acordar la suspensión, de la celebración de la vista, si las partes o el MF lo interesan, para aportar un medio de prueba con el que no se cuenta en ese momento? Entiendo que sí, siempre que se esté dentro del plazo de las 72 horas, si se debe practicar fuera de este plazo, para proteger a la víctima, sería necesario acordar una medida del artículo 544 *bis* de la LECr. Esta posibilidad de suspender la vista para practicar pruebas, es muy poco frecuente en la práctica.

La necesidad de audiencia del menor en la OP, se ha planteado sobre todo tras las últimas reformas legales, ya que en principio no suele hacerse, salvo que sea estrictamente necesario. La necesidad de esta audiencia no es un planteamiento nuevo, el Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica, ya señalaba que: “Cuando los hijos/as menores de edad sean mayores de doce años, o tengan suficiente juicio, pueden aportar trascendentes datos sobre la situación familiar y sobre la realidad de la existencia de actos de violencia. En este caso el Juez de guardia podrá valorar si resulta procedente oírlos...La comparecencia del menor, si procede, se procurará celebrar de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, procurando evita la reiteración de su presencia ante los órganos judiciales, y se podrán utilizar al efecto elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares...”.¹²³ Recientemente se ha instado al MF a través de sus instrucciones para

provoque, sin embargo, la suspensión de ésta, cuando el Juez considere que existen razones para continuar y resolver sobre las medidas cautelares. Ello se dará muy excepcionalmente, pero no son descartables supuestos de urgencia en la adopción de medidas que, ante la inexistencia de videoconferencia u otros medios similares y ante la imposibilidad de asistencia en tiempo breve del Fiscal, aconsejen no demorar la respuesta judicial; sin perjuicio, además, de que el Fiscal pudiese dejar constancia de su criterio en la causa a través de otros medios (fax, teléfono, etc.) que no suponen o permiten tenerle por comparecido en la audiencia”, p.6. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 4-09-20).

¹²³ PROTOCOLO DE COORDINACIÓN ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES PENAL Y CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. Comisión de seguimiento e implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, p.8. Disponible en: <https://violenciageneroigualdad.gob.es/> (Última visita, 03-09-2020).

que fomente su práctica, solicitando la audiencia de los hijos menores cuando tengan suficiente juicio, y en todo caso cuando sean mayores de 12 años salvo en aquellos casos en que sea perjudicial para el menor, lo que deberá justificarse suficientemente y siempre adoptando las medidas necesarias para garantizar la plena protección y estabilidad del menor y respetando su derecho a la dignidad e intimidad (artículo 9 de la LOPJM).

Pero a la vez que se pretende llevar al menor para oírle, se constata que no hay instalaciones adecuadas en los JVSJ, y menos aún en los de instrucción, para atender a los menores, con intimidad y privacidad, por lo que lo mejor si no es estrictamente necesario, es posponer la audiencia a otro momento posterior. Debido a la celeridad de la comparecencia, y que esta se suele producir en cuando el procedimiento da los primeros pasos, entiendo que no se debe hacer comparecer al menor, para estos supone una situación muy estresante para la que no están preparados; por otra parte el interés superior del menor, no queda cumplido sin más por escucharle,

sino con escuchar a los menores que realmente sea necesario traer al procedimiento, contrariamente a lo que se piensa, en multitud de ocasiones, no es más clarificador, y supone una victimización del menor, que lo pasa realmente mal. Desarrollaremos más adelante su audiencia.

Sobre la publicidad de esta vista, su falta de publicidad es una cuestión clara y zanjada en la LECr, artículo 302, la realización de las diligencias de instrucción son siempre reservadas, por lo que se celebra a puerta cerrada.

3.- Resolución, recursos, y ejecución. La comparecencia del artículo 544 *ter* de la LECr, termina por el dictado de un auto motivado, que resuelve siempre primero las medidas penales, y luego las civiles. La necesidad de motivación afecta también a las medidas civiles, la mayoría de los autos que las adoptan, suelen incluir en su redacción, la expresa indicación de la necesidad de cumplimiento de todas las medidas, con respeto a las prohibiciones acordadas.¹²⁴

¹²⁴ La motivación, queda satisfecha con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del tribunal. La exigencia de motivación no pretende, como tienen dicho el TC y el TS, satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la resolución dictada merced a la revisión por vía de recurso. La exigencia de motivación responde a la necesidad de satisfacer el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva, pues este derecho, cuyo contenido es complejo, comporta, entre otros aspectos, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho en la que se dé respuesta a las pretensiones deducidas ante el órgano jurisdiccional, lo cual quiere decir que la resolución que se adopte ha de ser motivada (STC núm. 93/1990 de 23/05, núm. 96/1991, de 9/05, y 7/1992, de 30/03, entre otras). La motivación, sin embargo, puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, pero, en cualquier caso, una resolución penal correcta debe contener una motivación completa, es decir, que abarque la extensión y profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se han de resolver (STS núm. 258/2002, de 19/02). No obstante lo anterior, el TC también ha advertido que al Juzgador no le es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado - art. 120.3 C.E.- que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su "*ratio decidendi*" (SSTC núm. 196/1988, de 24/10, núm. 215/1998, de 11/11, núm. 68/2002, de 21/03, núm. 128/2002, de 3/06, núm. 128/2002, de 3/06, núm.8/2001, de 15/01, y STS núm. 97/2002, de 29/01 y de 14/01/2004).

Su estructura es igual que la de cualquier otro auto dictado en un procedimiento penal, tras los antecedentes de hecho, que contienen la determinación de las partes, la comparecencia celebrada, y los intervinientes en ésta, se pasa a la fundamentación jurídica, en la que tras indicar los preceptos de la LECr y del CP en los que se basa para resolver sobre la orden, pasa a analizar si los hechos puestos en su conocimiento, contienen los indicios racionales de criminalidad y la situación objetiva de riesgo que puede dar lugar a la orden, si concluye de forma afirmativa, entonces pasará a continuación a determinar las medidas civiles a imponer, y por último se establece la parte dispositiva, que resuelve la adopción o no de la OP.

El auto puede ser desestimatorio de las medidas penales, en cuyo caso no cabe la adopción de ninguna medida civil al amparo de este artículo. Ahora bien, si a lo largo de la comparecencia tanto por el juez como por el MF, se observara una situación en relación con los menores o las propias partes que necesitara de una intervención, ésta debe realizarse, bien porque el MF solicita las medidas que considere necesarias, o porque éstas se adopten por el juez de oficio, son situaciones en las que los menores pueden estar en una situación de riesgo, incluso ajena al los hechos penales de la propia orden, en estos casos se acudiría a lo previsto en el artículo 158 del CC, o en el artículo 544 *quinquies* de la LECr; o puede que sean las partes, quienes necesiten una intervención urgente, por ejemplo un problema psiquiátrico grave, que suponga la necesidad de realizar un internamiento involuntario, etc, en cuyo caso también se actuaría adoptando las medidas necesarias, pero estas actuaciones ya lo serían al margen de lo previsto en este artículo.

Si el auto estima la necesidad de dictar medidas penales, después si ha lugar a las civiles, resuelve sobre ellas. El artículo 544 *ter* de la LECr indica que se deberá fijar el contenido y vigencia de las medidas que incorpore; respecto de la determinación de la vigencia temporal de las medidas civiles debemos acudir al punto 7º que la fija en 30 días. Debe notificarse a las partes, y al MF, y realizar los requerimientos de cumplimiento de la OP al investigado,¹²⁵ facilitando a la víctima un testimonio del auto para su acreditación como tal, en cualquier momento. También debe notificarse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que arbitren los mecanismos de protección, al SAV, que a su vez remitirá la orden a los servicios correspondientes, y al Encargado del Registro Central-Registro General del Ministerio de Justicia, la orden acordada, y en su caso al Punto de Coordinación, si este existe.

Además de las notificaciones, la orden debe registrarse. “La orden de protección se registra en los programas informáticos de seguimiento de las mismas tanto del Ministerio de Justicia como del Ministerio del Interior, conocidos con los nombres de SIRAJ y VioGén, respectivamente. Dichas aplicaciones actualizan los datos de las órdenes de protección y facilitan a los jueces, fiscales y a la policía toda la información necesaria en orden a su vigencia, órgano que la acuerda, órgano de destino en caso de inhibición, si la misma finalmente se ha transformado en pena, si se ha cumplido, indicando la víctima en cada caso. Esto permitirá, in situ, facilitar a la

¹²⁵ Esta notificación y requerimiento es fundamental, por su posterior trascendencia si se produce un incumplimiento por el investigado. Recientemente un cambio en la jurisprudencia ha declarado que no es necesario el requerimiento como elemento imprescindible para la condena por quebrantamiento. Y ello dado que el artículo 544 *ter*, al regular la orden de protección, no se establece, para la eficacia de la medida que se acuerde, la necesidad de un requerimiento con apercibimiento o una especial notificación sobre el momento de la entrada en vigor, bastando la notificación a las partes.

policía la información necesaria para saber si se está cometiendo un delito de quebrantamiento o no y al resto de los operadores jurídicos la situación de la medida y de los procedimientos existentes donde se haya acordado”.¹²⁶ El auto debe contener también el “pie de recurso”, indicando los recursos que caben contra el mismo.

4.-Recursos. Al ser un auto dictado en un procedimiento penal, ya sean diligencias urgentes, diligencias previas, sumario, o en los procesos que se incoan directamente como el del jurado, e incluso en los procedimientos por delito leve, y no constar ninguna previsión específica en este precepto, entendemos que los recursos que caben siguen la norma general. Se pueden interponer: recurso de reforma, recurso de reforma y subsidiario apelación, recurso de apelación contra el resolutorio de reforma, y recurso de apelación directo, y también el de queja, según el artículo 216 de la LECr.

Ahora bien, en un solo auto se deciden conjuntamente medidas penales y civiles, por lo que podemos preguntarnos al recurrir el auto ¿Son recurribles ambos pronunciamientos?

La jurisprudencia ha resuelto que las medidas penales sí lo son, y por el contrario las civiles, no. Las razones de esta irrecurribilidad giran en torno a tres argumentos: el plazo perentorio de su vigencia, 30 días, la especial función de la OP, y su naturaleza civil.

El plazo fijado otorga a estas medidas una naturaleza temporal muy corta, limitación temporal que tiene su fundamento en las especialidades de la orden, pero además como se indica por las diferentes AP, una vez transcurrido el plazo de treinta días decae la función de dichas medidas puesto que las partes han tenido tiempo y ocasión para interponer la oportuna demanda civil solicitando en su caso, las medidas provisionales para regir sus relaciones familiares durante su sustanciación, contra las que en su caso, se podrá interponer los recursos que se estimen procedentes.

En relación a la especial función de la OP, esta se desarrolla a través de un procedimiento rápido y sencillo en su sustanciación, por lo que transcurridos esos momentos iniciales de urgencia en la adopción de medidas, su función decae y se debe reconducir la pretensión civil a los procedimientos habituales.

Por último, estas medidas a pesar de acordarse en el seno de un procedimiento penal, tienen una naturaleza civil similar a las medidas provisionales previas, a la demanda de nulidad, separación o divorcio reguladas en el artículo 771 de la LEC, y no pueden sustraerse del régimen de recursos que les debe ser aplicable, y que expresamente dispone en su apartado cuarto, contra el auto que se dicte resolviendo sobre las mismas no se dará recurso alguno. En este sentido se pronuncian las diferentes AP, por ejemplo la AP de Madrid, entre otros, en autos de la sección nº 26, de fecha 10-07-19, (nº de rec 1196/19, ROJ: AAP M 2498/2019, y de la sección nº 27, de fecha, 17-07-2018 (nº de rec 1134/18, ROJ AAPM 3446/18), 10-10-19 (nº rec 2086/19, , ROJ AAPM 4457/19, o 25-06-20 (nº rec 1051/20, , ROJ AAPM 2888/20)

¹²⁶ GALDEANO SANTAMARÍA, A.M., “*Víctimas de Violencia de Género*”. Jornadas de especialistas sobre protección y tutela de las víctimas, FGE, celebradas en Madrid, los días 23 y 24 de noviembre de 2017, p. 4. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 30-08-20).

En el año 2016, por parte del MF se cambió el criterio, en relación a la posibilidad de recurso sobre las medidas civiles, entendiendo que sí debía abrirse camino a la posibilidad de recurso de las medidas civiles de la OP, de acuerdo con las reformas legislativas en relación a la protección de la infancia y la adolescencia.

En el XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, se señaló en la conclusión H), “... la previsión legal establecida en el Art. 2.5.º de la LO 8/2015, que entre las garantías procesales para proteger el "interés superior del menor" establece la necesidad de arbitrar recursos que permitan revisar la decisión adoptada cuando se considere que no atiende adecuadamente al interés del menor, abre de nuevo la polémica de la recurribilidad de las medidas provisionales previas o coetáneas, posibilidad vetada en los arts. 771.4 y 773.3 LEC, con los que entra en contradicción al no haber sido reformados. La posible recurribilidad ya fue apuntada en la Circular FGE 1/2001, de 5 de abril de 2001, *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* y en los informes a la Ley realizados tanto por el Consejo Fiscal como por el CGPJ, que se remiten al Informe realizado por el Defensor del Pueblo en Mayo de 2014 –*Estudio sobre escucha y superior interés del menor. Revisión judicial de las medidas de protección y procesos de familia*- sobre el derecho del menor a ser oído, que pone el acento en que su alcance temporal y limitado no le resta importancia a la decisión ni capacidad para incidir en la vida del menor e incidió en la necesidad de arbitrar mecanismos de revisión de esas decisiones”, por lo que concluye con la admisión de la posibilidad de recurso, “Con la nueva regulación del derecho del menor a ser oído y a participar en el proceso se abre la posibilidad de recurso de todas las decisiones judiciales en las que se adopten medidas que les afecten, y por tanto también las medidas de naturaleza civil acordadas en el contexto de la orden de protección, recurso para el cual, obviamente, también está legitimado el Fiscal cuando considere que la decisión se aparta del superior interés del menor y de su adecuada protección (art. 124 de la CE y arts. 3-5 y 7 del EOMF)”.¹²⁷

Este giro sobre la posibilidad de recurso, no ha tenido acogida en la jurisprudencia, y realmente en este momento es una previsión poco realista, dado el corto plazo en el que debería resolverse el recurso, y el volumen de asuntos que colapsa nuestros juzgados y tribunales, lo que haría imposible su resolución en plazo, por lo que carecería de objeto su interposición.

127 CONCLUSIONES DEL XII SEMINARIO DE FISCALIA DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Madrid los días 7 y 8 de noviembre de 2016, conclusión H), p.17. Disponible en: <https://www.fiscal.es> III Menores: medidas civiles adoptadas en procedimientos penales., “Será conveniente trasladar a los organismos competentes, a través de los cauces pertinentes, la necesidad de que habiliten instalaciones adecuadas y dignas en los Juzgados de Violencia sobre la mujer a fin de que se pueda atender en ellas a los/as menores con la necesaria intimidad y privacidad. Conclusión E) Cuando esta ausencia de instalaciones adecuadas pueda suponer un grave perjuicio para el menor, de forma excepcional podrá posponerse esa audiencia a otro momento posterior, como puede ser la ratificación de las mismas en el procedimiento civil (art. 544 ter párrafo 7 apartado 3.º de la LECrim.). (Última visita, 28-08-20).

5.-Ejecución. En relación a la ejecución del auto, desde el punto de vista penal es inmediatamente ejecutivo, y el investigado deberá abandonar de forma inmediata el domicilio familiar, pudiendo retirar sus enseres y efectos personales, para cumplir el alejamiento, y no volver a comunicar con la víctima. Para ello el juzgado libra un oficio a la fuerza pública para que lo acompañe al domicilio a retirar sus efectos personales. Las medidas civiles contenidas en la OP, son también inmediatamente ejecutables por el juez que las ha dictado, y al igual que en el estudio de su recurribilidad, acudiremos a la relación que mantienen, con las medidas provisionales previas o coetáneas a la demanda, como a éstas tampoco sería aplicable ningún plazo de espera.

El artículo 545 de la LEC, declara "*...será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo*". Luego es competente el JVSM, sin estar sujeto al plazo de 20 días previsto en el artículo 548 de la LEC, "*No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado*". Las medidas civiles que están en íntima relación con las penales, como la salida del investigado del domicilio familiar, son inmediatas, ya que su contenido de hecho es el mismo, pone en posesión del domicilio a la mujer y los hijos, en cuanto al resto, son igualmente ejecutivas, debiendo adoptarse las garantías y cautelas convenientes para asegurar su efectividad.

En el caso de adopción de otras medidas, deben realizarse actuaciones inmediatas y de oficio por el JVSM, o el que las acuerde para garantizar su eficacia, como en la retirada del pasaporte, se debe librar oficio a las entidades responsables del control de fronteras y pasaporte, Ministerio del Interior, Comisaría General de Extranjería y documentación, para que así lo cumplimenten, etc...

El inicio de la ejecución puede documentarse en la pieza separada de medidas cautelares penales de la OP, o abrir ya en la vía civil por el JVSM la correspondiente pieza con el testimonio del auto que acuerda la orden, y las actuaciones realizadas.

Los problemas competenciales entre juzgados de instrucción y violencia, en esta materia son muy poco frecuentes, porque las medidas más importantes, se ejecutan en el momento, como por ejemplo, la atribución del domicilio familiar, y solo quedaría por ejecutar en su caso la reclamación de la pensión acordada, por impago de la misma, de estos caso hay muy pocos pronunciamientos judiciales, podemos citar el auto de la AP de Madrid, Sección 22.^a, de 11 de enero de 2013 que señala "*...en este caso –en el que lo que se formula, y en definitiva, se tramita es una demanda de ejecución de títulos judiciales y, en concreto, del auto de 31 de julio de 2012 dictado por el Juzgado de violencia sobre la mujer número 1 de los de Torrejón de Ardoz, que concede una orden de protección a A. y entre cuyas medidas civiles se acuerda una pensión de alimentos de 500 euros por los dos hijos- la competencia para la tramitación de la presente demanda ejecutiva no puede sino corresponder a dicho órgano judicial de violencia sobre la Mujer número 1 de los de Torrejón de Ardoz que dictó aquella resolución judicial, cuya ejecución se demanda, y en virtud de cuanto se establece en los artículos 545 y ss. de la LEC, que dispone expresamente, en este sentido, que corresponde y es competente para dictar el despacho de ejecución, el*

tribunal que conoció del asunto en primera instancia si se trata, como en este caso, de un título ejecutivo consistente en una resolución judicial".

2.1.3.3 CONTENIDO DE LAS MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN.

El nº 7 del artículo 544 *ter* de la LECr, recién reformado como hemos indicado, contiene las medidas civiles.

“Estas medidas podrán consistir en la forma en la 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, 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 inculcado 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”.

Además de la remisión que el párrafo anterior de este artículo hace a las medidas del artículo 158 del CC, “... y *sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil*”.

No hay un “*numerus clausus*”, tal y como lo refleja el término “podrán” y la enumeración que se realiza lo es a título ejemplificativo. Hay que hacer una importante puntualización: las medidas civiles respecto de los hijos menores, lo son siempre respecto de los hijos menores comunes, reconocidos legalmente. En muchos casos en la práctica, al realizar las diferentes declaraciones, se afirma son “nuestros hijos”, incluso por ambas partes se indica que el investigado es el padre, pero sin la existencia de un reconocimiento legal de la filiación, no se pueden adoptar medidas respecto de los mismos. En la comparecencia, a través de las pruebas que se practiquen, pero esencialmente a través de la declaración de las partes, se va obteniendo la información necesaria para que el juez resuelva sobre los distintos extremos que se van a adoptar. La solicitud de las medidas civiles en la comparecencia de la OP, se suele realizar en un orden determinado, orden que se traslada a los autos que resuelven sobre las mismas, y que seguiremos aquí.

1º.-Atribución de la patria potestad (artículo 90.1 del CC). Es el primer pedimento y pronunciamiento que se hace. En la última reforma se introduce en primer lugar” que estas medidas podrán consistir *en la forma en la que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho*”. Que en realidad, como hemos indicado es lo primero que siempre se ha venido haciendo desde la entrada en vigor de este artículo. Está íntimamente relacionado con el Rv, ya que si se va a solicitar o fijar este, lo normal es que la atribución de la patria potestad sea compartida, o puede establecerse también, según las circunstancias, “el ejercicio exclusivo a favor de la madre”, que de hecho supone impedir provisionalmente al padre que participe en las decisiones de la patria potestad, (ya que la suspensión es un concepto penal, y

aquí nos encontramos en medidas civiles), se toma como medida para que se pueda desarrollar por ésta, las actuaciones necesarias, sin necesidad del consentimiento del padre, durante un período de tiempo. Se utiliza en casos por ejemplo de gran conflictividad, ingreso en prisión, paradero desconocido, etc. No cabe en este momento procesal, la privación de la patria potestad que debe realizarse en el correspondiente procedimiento, civil o penal.

Se ha objetado a esta atribución unipersonal, que la misma deja en manos de la madre la posibilidad no ya de un cambio de domicilio, sino de abandonar el territorio español, medida realmente trascendente, que se puede y debe contrarrestar con la adopción de una cautela junto con tal medida, y es la de acordar la prohibición de la salida del territorio nacional del menor sin la correspondiente autorización judicial. No obstante no es una medida generalizada, aunque cada vez se utiliza más en casos en los que la madre/víctima, puede tener graves problemas en el desarrollo de la toma de decisiones que vienen amparadas por la patria potestad, ante la falta de colaboración y oposición por el padre.

2º.-Atribución de la guarda y custodia (artículo 103.1 del CC). Es una atribución, urgente e inicial, que debe tener en cuenta la prohibición de la GyCc establecida en violencia de género. Como norma general y teniendo en cuenta que nos encontramos en sede de violencia, donde la madre presuntamente ha sufrido una situación de agresión, amenazas... que justifican el dictado de la orden, salvo casos muy excepcionales, se otorga a ésta. Es en casos excepcionales, en los que puede otorgarse a los familiares más cercanos, abuelos, tíos, otros familiares, o incluso valorando las circunstancias, se ha podido atribuir al padre, por ejemplo por enfermedad grave de ésta, física o psíquica, y valorarse el interés superior del menor.

3º.-Atribución del uso y disfrute del domicilio familiar (artículos 96 y 103.2 del CC). Como la guarda y custodia de los hijos menores, se atribuye a la madre, el interés más necesitado de protección lo tiene esta, por lo que también se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a los menores.

La atribución lo es siempre del “domicilio familiar”, artículos 103.2 de la CE, 40, 68, 69 y 70 del CC, de la residencia habitual de la familia, donde viven y desarrollan de modo estable sus relaciones personales y familiares, no lo sería la segunda residencia. Se hace sin entrar a valorar la titularidad del domicilio, que puede ser: propiedad de ambos, sólo de uno de ellos, de un familiar, en situación de arrendamiento, y puede ser también una vivienda “okupa”, una nave abandonada,...hay múltiples lugares que pueden constituir el domicilio familiar. Todo ello sin perjuicio de los derechos que terceras personas puedan tener sobre el mismo, que podrán en su momento ejercitar las acciones legales que les correspondan, dependiendo del título jurídico, arrendamiento, comodato, precario, etc. Lo que se atribuye a la víctima es la titularidad provisional del uso de la vivienda.

Hay múltiples casos y situaciones diferentes, ya que no siempre la mujer quiere la atribución del domicilio familiar, bien porque decide irse, o por otras razones que estime oportunas, y en este caso no hay obligación de atribuir el uso a la mujer. Ahora bien también hay supuestos en los que inicialmente se ha abandonado el domicilio por la situación de maltrato y manifiesta en la orden su deseo de volver a él, en este caso, si se realizaría su atribución. En el caso de la convivencia con hijos mayores de edad, siempre y cuando estos carezcan de ingresos propios, y también cuando no hay hijos comunes, puede atribuirse el uso y disfrute del domicilio familiar

a la mujer, en base a las circunstancias que concurren, condicionado a que por ésta se realice tal petición.

El dictado de la medida penal de alejamiento y prohibición de comunicación con la denunciante y víctima, supone la inmediata salida del domicilio del investigado, pero hay que distinguir, ya que esta salida lo es en base a una medida exclusivamente penal, no hay atribución del domicilio, por lo que hay que resolver desde el campo civil, tanto la atribución del domicilio, como la forma en que se va a continuar haciendo frente a las obligaciones familiares.

4º.-Solicitud respecto del régimen de visitas (artículos 94 y 103.1 del CC).

Podemos señalar un antes y un después del régimen de visitas no sólo en la OP, sino en violencia de género con la reforma efectuada por la Ley 8/2021 de 2 de junio que modifica el artículo 544 *ter* de la LECr y da una nueva redacción al artículo 94 del CC. En el momento de elaborar este trabajo la reforma aún no tiene ningún recorrido, por lo que señalaremos el funcionamiento hasta ahora, como ya teníamos desarrollado y las notas principales de la reforma.

Desde el principio de la vigencia de la ley se determinó en relación al Rv, la necesidad de adopción de dicha medida, a pesar de su corta vigencia. Hay dos tipos de resoluciones judiciales en relación a las visitas, cuando se trata de la OP, unos jueces determinan el Rv desde un punto de vista restringido y otros desde un punto de vista amplio; así por unos juzgados se fijan Rv con unos períodos mínimos relativos únicamente de fines de semana alternos y visitas intersemanales, mientras que otras resoluciones judiciales, fijan un Rv, más amplio y se refieren también al resto de medidas que se incluyen en un régimen de visitas ordinario, como ejemplo los períodos vacacionales. Hay multitud de posibles regímenes de visitas, tantos como las diferentes familias a las que se dirigen. Las circunstancias varían de unos a otros, pueden acordarse con pernocta o sin ella, establecer días intersemanales, determinar como se va a realizar la entrega y recogida del menor, a través de terceras personas, familiares o amigos de ambos, que puedan ayudar en esta situación, ya que si no lo que procede es la remisión al correspondiente PEF, con los problemas de saturación que sufren estos, salvo que se considere que la única forma de realizarlo es a través de este, o en él a través de las visitas tuteladas. Si se acuerda, el Rv a través del PEF, es necesario que el JVSM le comunique la orden, para su conocimiento; también debe informar a la OAV, para que colabore en el cumplimiento. En el auto debe intentarse concretar lo máximo posible, como deben realizarse las visitas, dado que quién las acuerda y determina es el juez, y el PEF, sólo tiene la función de controlar y facilitar su desarrollo.

La reforma de la ley, “parece” que ha supuesto, la supresión del Rv con carácter general, salvo resolución judicial.

“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”.

Pero, es más, la nueva redacción del artículo 94 del CC, que entrará en vigor el 03-09-202, indica respecto del Rv: No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

No hay aún instrucciones de la FGE, ni de la Fiscalía de Sala de Violencia, en relación a estas nuevas redacciones, que incluyen una nueva vuelta de tuerca en el intento de eliminar el Rv y cualquier contacto del padre que se encuentra en un procedimiento de violencia de género. En los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la ley, se van a evaluar las resoluciones dictadas por los JVSJ en relación en primer lugar a las OP, sobre su resultado a la vista de la nueva regulación.

Según Juan Luis Ortega Calderón, “ Con la nueva previsión legal se ofrece amparo normativo a tales medidas cuando el menor no es la víctima, sino uno de sus progenitores y el sujeto activo del delito el otro. Se trata en definitiva de garantizar que el establecimiento de un régimen de visitas, estancia o comunicaciones no comprometa la propia seguridad de los menores...De lo expuesto resulta que la novedad del nuevo párrafo añadido al apartado séptimo es ciertamente reducida, si bien adquiere relevancia porque colma una importante omisión de la regulación anterior: establece los presupuestos que deben ser valorados por la autoridad penal para realizar tales pronunciamientos, subsanando la insuficiencia anterior...Así la triada presenciar, sufrir o convivir con situaciones de violencia intrafamiliar debe ser interpretada en la clave de esa concepción, y aún convicción de que la situación de violencia en el seno de la unidad familiar, especialmente en situaciones de convivencia, se proyecta necesariamente sobre la evolución psicológica del menor, especialmente en sus fases más tempranas de formación, en tanto en cuanto que no sólo perturba las normales bases de convivencia de su núcleo primario sino también la percepción del menor sobre la forma en la que tales relaciones deben desarrollarse. A diferencia de lo que ocurre en el nuevo artículo 94 CC, la decisión del juez no es imperativa, opción que sin duda alguna resulta más prudente”.¹²⁸

5º.-*Determinación de la pensión por alimentos (artículo 93 del CC).* La determinación de la pensión por alimentos en sede del artículo 544 *ter* de la LECr, se va a referir a los hijos menores o discapaces. Se debe fijar una pensión por alimentos para el mantenimiento de cada uno de los hijos, a satisfacer por el progenitor no custodio. Su determinación se hará de acuerdo con las normas generales, debe ser

¹²⁸ ORTEGA CALDERÓN, J.L, “Régimen de estancia, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la LO8/21 de 4 de junio”, en *Revista jurídica El Derecho*, 10 de junio de 2021, p. 3 a 6. Disponible en: <https://www.elderecho.com> (Última visita, 10-07-21).

proporcional a los ingresos y circunstancias económicas del obligado a darlos y a las necesidades de los hijos que la reciben.

Como en el resto de pronunciamientos se está a las manifestaciones de las partes, ya que no se suele aportar en ese momento documentación, ahora bien, estas manifestaciones al ser cruzadas, suelen ofrecer una información general bastante completa de la situación de ambos progenitores y de las necesidades de los hijos. Puede realizarse por el LAJ, una consulta al punto neutro judicial a los efectos de conocer realmente la situación económica de ambas partes. El momento del abono se fija generalmente por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que al efecto se designe; cantidad que se actualizará anualmente, cada primero de enero conforme a las variaciones del IPC, que publique el INE u Organismo que pudiera sustituirle. También debe realizarse un pronunciamiento sobre los gastos extraordinarios, y la proporción que va a asumir cada progenitor, que generalmente será por mitad.

No se puede realizar ningún otro pronunciamiento, ya que en ocasiones se pretende que se resuelva sobre otros aspectos que exceden de los límites de la comparecencia, como por ejemplo peticiones sobre pensión compensatoria, cargas del matrimonio, etc, dado que los términos del propio artículo lo impiden, y en su caso estas peticiones se deben resolver a través del correspondiente cauce en la vía civil. Sí se puede establecer una pensión por alimentos a favor del cónyuge o los hijos mayores de edad que conviviesen en ese momento y carecieran de ingresos propios, más difícil es mantener la posibilidad de fijar una pensión entre convivientes, ya que tal pensión se establecería en base al derecho de alimentos previsto en el CC, y excedería del ámbito de la orden.

6º.-Petición de cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios. Precepto “cajón de sastre”, por su amplitud e indefinición. Dentro de este apartado de la OP, la medida más habitual a imponer es la de prohibición de salida del hijo menor del territorio nacional salvo acuerdo de ambos progenitores, y a falta de dicho acuerdo, la necesidad de obtener la autorización judicial; la prohibición de expedición del pasaporte al menor, o retirarle el que ya tenga, también puede restringirse el acceso a vehículos de motor con el menor, realizar actividades deportivas, actividades de riesgo etc., las posibilidades son tan amplias como las circunstancias familiares posibles. También permite acudir a lo dispuesto en el artículo 158 del CC, ya que se refiere al punto 6º del mismo.

2.1.3.4 CUESTIONES COMPLEJAS EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS.

Se plantean en la OP una serie de situaciones en las que surgen dudas sobre su resolución. Podemos preguntarnos, cuando hay varias víctimas del delito y sólo una o varias pueden ser protegidas por la orden de protección, ¿Qué se puede hacer? ¿Es posible adoptar medidas civiles cuando no existan hijos menores de edad o discapaces, sólo a favor de la víctima y perjudicada? ¿Qué ocurre cuando los hijos son mayores de edad, y conviven en el domicilio familiar careciendo de ingresos propios? Cuando el procedimiento penal termina en el JVSM en funciones de instrucción, al llegarse a una sentencia de conformidad, y se ha solicitado una OP, ¿Es necesario dictar el auto? o, ¿Al existir sentencia de conformidad penal, no es necesario?, ¿Qué ocurre con el pronunciamiento obligatorio de oficio, sobre la adopción de medidas, cuando convivan con la víctima, menores o discapaces, y la

reforma del artículo 544 *ter* nº 7 de la LECr por la LEVD, y por la Ley 8/2021 de 2 junio? Intentaremos encontrar las respuestas.

1º. Cuando hay varias víctimas del delito y sólo una o varias pueden ser protegidas por la OP, ¿es necesario dictar varias órdenes o se acuerdan las medidas sólo en una?

En ese caso se pueden adoptar las medidas penales y civiles que sean necesarias, pero de forma conjunta, es decir no se dictaría un auto que acuerde una orden de protección para todos, sino varios autos en los que se establecer el ámbito de protección de cada persona o grupo de personas. Así pues, en un solo procedimiento pueden coexistir varias medidas diferentes dictadas al amparo del artículo 544 *ter* de la LECr respecto de las víctimas de su ámbito, y al amparo del artículo 544 *bis* del mismo texto legal, respecto de las del suyo, por ejemplo para la protección de un testigo presencial de los hechos sin relación con las partes.

2º. ¿Es posible adoptar medidas civiles cuando no existan hijos menores de edad o discapaces, sólo a favor de la víctima y perjudicada?, y ¿cuando los hijos son mayores de edad, y conviven en el domicilio familiar careciendo de ingresos propios?

Al principio de la andadura del artículo 544 *ter* de la LECr se plantearon estas dos cuestiones, surgiendo dudas que dividieron a la doctrina y la jurisprudencia. La legitimación para solicitarlas como hemos visto es clara, la propia víctima, su representación legal y el MF si hay menores de edad/discapaces, pero no lo era tanto cuando se pedía pensión para la víctima o los hijos mayores de edad.

El panorama en ese momento lo refleja de forma clara Julián Ángel González Sánchez, al que seguiremos en este apartado.¹²⁹ Fue "...objeto de polémica si es posible adoptar medidas civiles cuando no existan menores o incapaces, dado que la redacción de la norma no permite afirmar, al menos sin lugar a dudas, que tal exigencia se refiera a todos los supuestos o únicamente a aquellos en los que las medidas civiles sean solicitadas por el Ministerio Fiscal.

Esta polémica está en íntima relación con la concreta redacción del n.º 7 del art. 544 *ter* LECrim. que, al publicarse la Ley 27/2003 (BOE de 1 de agosto de 2003), señalaba en su primer inciso que *"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 ..."*. Sin embargo, el BOE de 25 de mayo de 2004 suprimió la coma, señalando que *"advertido error en la Ley 27/2003, de 31 de julio... donde dice: «...o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos...», debe decir: «...o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos...»"*.

Teniendo en cuenta lo señalado, son varias las resoluciones que consideran que es necesaria la existencia de hijos menores o incapacitados para que puedan fijarse medidas civiles en la orden de protección. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26.ª, de 1 de abril de 2009 dispone que *"se necesita para establecer medidas civiles que haya menores o incapaces, y en el caso de autos y a tenor de lo declarado por las partes la hija del matrimonio es mayor de edad, por lo tanto la*

129 GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A. "Contenido de la orden de protección", en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18871, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2014, p. 13 a 15. Disponible en: [https:// www.sepin.es/violencia-domestica/](https://www.sepin.es/violencia-domestica/) (Última visita, 11-12-2020).

atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar debe instarla en el procedimiento civil correspondiente".

En el mismo sentido se han manifestado, entre otros, los Autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Sección 20.^a, de 22 de diciembre de 2011 Nota ; Burgos, Sección 1.^a, de 12 de septiembre de 2011 Nota y Madrid, Sección 26.^a, de 13 de mayo de 2009. Igualmente, el ATS, Sala 2.^a, de 29 de noviembre de 2012, resolviendo una cuestión de competencia negativa, señala que "en este momento procesal nos encontramos con que el Juzgado de Miranda ha adoptado las medidas cautelares penales para la protección de la víctima conforme al art. 544 bis LECrim. y no procede adoptar medidas de carácter civil en tanto en cuanto no existen hijos menores que proteger, como ya puso de manifiesto el Fiscal de Burgos en su dictamen, así no teniendo sentido alguno dictar orden de protección al no encontrarse la víctima indefensa y en tal caso se puede demandar de las administraciones públicas competentes otras medidas (de seguridad, asistencia social, jurídica, sanitaria o de cualquier otra índole previstas en la citada Ley 27/03)".

Por el contrario, el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.^a, de 20 de octubre de 2011 dispone que "dos son los legitimados activamente para impetrar medidas de naturaleza civil en la Orden de Protección, según se desprende del artículo 544 ter, apartado 7, citado: por un lado, la víctima o su representante legal; por otro, «el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces». La exigencia de existencia de hijos menores o incapaces solo afecta a la legitimación activa del Ministerio Fiscal (no olvidemos que se trata de medidas de naturaleza civil), y lo que legitima precisamente su vocatio ad processum es precisamente la existencia de hijos menores o incapaces". Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 22 de mayo de 2008 declara que "como «obiter dicta» mencionar que si pueden solicitarse y adoptarse medidas civiles junto a medidas de protección de la víctima, aunque no existan hijos menores o incapacitados, tal como establece el art. 544 ter, 7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que 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 (tienen por tanto legitimación activa para tal solicitud la víctima o su representante legal o el Ministerio Fiscal en el caso de existencia de hijos menores o incapacitados)".

En el mismo sentido, Martínez Derqui admite la adopción de medidas civiles en la orden de protección aunque no existan hijos menores, afirmando que "el artículo 544 ter se refiere expresamente al régimen de prestación de los alimentos y es sabido que conforme al artículo 143.1º del Código civil los cónyuges están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo 142 y que según el artículo 68 del Código civil los cónyuges están obligados a socorrerse mutuamente, obligación alimenticia que no desaparece ni aún en los supuestos de separación de hecho, no siendo infrecuentes los casos en los que los únicos ingresos de la unidad familiar son los del cónyuge varón y la adopción de la orden de protección sin establecer alimentos a su cargo privaría a la mujer de poder atender sus necesidades más perentorias, siendo el ejemplo más evidente el de los matrimonios mayores en los que solo se percibe la pensión de jubilación del marido, ni siendo asumible que se remita a la mujer la sistema público de asistencia que puede ser insuficiente para atender a esas necesidades que quedarían cubiertas y aseguradas en el caso de acordarse alimentos a su favor".

Por su parte, Peramato Martín, teniendo en cuenta el espíritu de la ley reflejado en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, que declara la necesidad "una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad", y alude a "una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente 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". La propia letra del art. 544 *ter* LECrim. afirma que solo se limita la legitimación para la solicitud de tales medidas al Fiscal cuando existan hijos menores.

La Circular de la Fiscalía General de Estado 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección, considera que "en la resolución judicial se pueden acordar medidas civiles en protección de la propia víctima aun cuando no existan hijos menores o incapaces; si no fuera así, el alejamiento de su agresor podría dejar a la víctima en la más absoluta indefensión e indigencia si depende absolutamente de aquel".

Expuestos los argumentos a favor de una y otra posibilidad, la solución no es fácil, toda vez que una interpretación literal del art. 544 *ter* de la LECr podría llevar a defender cualquiera de ellas, bien considerando que lo que el precepto establece es que cuando existan hijos menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, las medidas civiles podrán ser solicitadas, además de por la víctima o su representante legal, por el MF, toda vez que tal alusión es coherente con la intervención de este en los procedimientos de familia (arts. 748 y 749 LEC), bien considerando que repetida alusión a hijos menores o discapaces se refiere a la solicitud de la víctima o su representante legal, pues el MF únicamente interviene en los procedimientos de familia cuando existen tales menores o incapaces, lo que haría innecesaria hacerla con referencia a él.

Sin embargo, lo cierto es que la imposibilidad de fijar medidas civiles ante la ausencia de hijos menores o incapaces iría, en cierta medida, contra la voluntad del legislador, reflejada en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, creadora de la orden de protección, y colocaría, en numerosas ocasiones, a la víctima en una difícil situación, si cabe aún más en los supuestos de violencia de género en los que existiese una dependencia económica de la mujer al marido.

Quizá por ello, en el Seminario sobre "Implicaciones Civiles de la Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", celebrado en Madrid los días 21 a 23 de junio de 2006, se concluyó que "cabe fijar pensión alimenticia a favor de la mujer aunque no existan hijos menores de edad como medida de naturaleza civil de la orden de protección. Conclusión 38. Acuerdo adoptado por mayoría".

Más difícil es sostener la pensión por alimentos a favor de la mujer cuando la situación es de pareja de hecho, "...puesto que en nuestro ordenamiento no se prevé una obligación alimenticia ni de socorro mutuo entre los convivientes en las uniones

no matrimoniales, ni es factible que se incoara posteriormente un proceso de familia que permitiera que la medida se prolongara en el tiempo”.¹³⁰

El MF solicita únicamente medidas civiles como venimos reiterando para los menores de edad y personas discapacitadas.

Hoy la discusión ha sido superada, y se permite que la víctima y su representación legal puedan pedir la pensión por alimentos en relación a los hijos mayores de edad, y también alimentos para la misma, la restricción se establece en relación a la solicitud del MF, que efectivamente debe circunscribirse a la petición respecto de los menores y discapaces en relación a las medidas civiles, y también respecto de las parejas de hecho ya que esta petición no cabe encajarla en este momento, y en su caso se debe decidir en el procedimiento correspondiente. Ahora bien, dado que nos encontramos ante la petición de una serie de medidas urgentes, se realizará una primera valoración de la situación, de la necesidad real de los alimentos, para ambos, y en relación a los hijos mayores de edad, sin entrar a valorar las causas de la tardanza de estos en abandonar el domicilio, que pueden ser múltiples, y muchas veces no imputables a ellos, por ello cuestiones sobre el aprovechamiento de los estudios, el carácter temporal o no de su trabajo etc, deben ser discutidos en el procedimiento declarativo correspondiente...(STS 1424/2019 de 6 de noviembre SP/SENT/1024375)

3º. Cuando el procedimiento penal, termina en el JVSM, en funciones de instrucción, al llegarse a una sentencia de conformidad, procedimiento de diligencias urgentes, y se había solicitado una OP, ¿es necesario dictar el auto?, o, ¿al existir sentencia de conformidad penal, con medidas penales firmes, ya no es necesario?

Un gran volumen de las diligencias que se tramitan en los JVSM, entran durante el servicio de guardia, son los llamados juicios rápidos, que se regulan en la LECr, Título VIII artículos 795 y ss. El artículo 801 prevé la posibilidad de dictar sentencia de conformidad en el propio juzgado de guardia. Inicialmente se produjeron muchas disfunciones, resoluciones diferentes, y la necesaria interposición de sendos recursos de apelación, dado que cada órgano judicial realizaba una interpretación, y en base a la misma por algunos JVSM, no se dictaban los autos referidos a la OP.

“No existe ningún obstáculo para que la orden de protección contenga únicamente medidas civiles en aquellos supuestos en los que exista previa sentencia de conformidad y se halla acordado en ella, como pena accesoria, el alejamiento, dado que, en tales casos, no tiene sentido imponer una medida cautelar cuando el procedimiento penal, tras declararse la firmeza de la sentencia, ha concluido. En tales casos, solicitadas por la víctima medidas civiles y, como medida penal, el alejamiento, si el Juez considera que concurren los presupuestos necesarios para la concesión de la orden de protección, deberá pronunciarse únicamente, en el auto en el que, en su caso, la acuerde, sobre las medidas civiles interesadas. Y ello teniendo en cuenta que pueden existir supuestos en los que, por la entidad o gravedad del delito cometido por el condenado y tratándose de un episodio aislado (una amenaza o coacción leve), se estimase que, pese a reconocer el denunciado los hechos y dictarse sentencia de conformidad, no concurren los requisitos necesarios para acordar una orden de protección, al no apreciarse una situación objetiva de riesgo para la vida o

¹³⁰ MARTÍNEZ DERQUI, F J. “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del juzgado de violencia sobre la mujer”. “Intercambio de experiencias y unificación de criterios. Fase de instrucción y órdenes de protección”, en *Cuadernos digitales de formación*, nº 25-2010, CGPJ Madrid, 2011, p. 10. Disponible en: [https:// www.poderjudicial.es](https://www.poderjudicial.es) (Última visita, 11-12-2020).

integridad física de la víctima, remitiéndola, entonces, al procedimiento civil”.¹³¹ Aunque haya sentencia de conformidad, siempre que se deban acordar medidas civiles hay que dictar el correspondiente auto.

4º. ¿Que ocurre con el pronunciamiento obligatorio de oficio, sobre la adopción de medidas, cuando convivan con la víctima, menores o discapaces, y la reforma del artículo 544 nº 7 de la LECr por la LEVD, y luego por la Ley 8/2021 de 2 junio?

El artículo 544 ter de la LECr sufre una reforma por la LEVD en su número 7, de un lado meramente semántico y el término “incapaz”, pasa a denominarse “persona con la capacidad judicialmente modificada”, introduce la adopción de las medidas civiles “determinando su régimen de cumplimiento y si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas”, y por último establece que el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas, cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella. La última reforma por Ley 8/2021 de 2 junio, mantiene igual este apartado: “Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas”.

Como interpretar este precepto en cuanto a las medidas civiles, ¿Obliga al Juez a pronunciarse en todo caso? Entiendo que no.

Hay autores como Vicente Magro Server, que de una forma si bien escueta, afirman tal obligatoriedad: “Obligación del juez de violencia de acordar medidas civiles de oficio en el nuevo caso del artículo 544 ter7 de la LECrim. Aunque no se inste ni por la víctima ni por el Fiscal la reforma de la Lecrim, que se introduce en el artículo 544 ter.7...”.¹³²

Esta postura es compartida por los Fiscales Delegados de violencia de género, que afirman tal obligatoriedad, así: “...obliga al juez a pronunciarse sobre la pertinencia de adoptar medidas civiles en todo caso y de oficio, de conformidad con el arts. 3, 5 y 10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y el art. 19 de la LEVD, el Fiscal, que ha de velar especialmente por derecho a la protección de las víctimas menores de edad, podrá pedir que el juez se pronuncie sobre la modificación cautelar de las medidas acordadas anteriormente en el orden jurisdiccional civil cuando sea necesario para apartar al menor de cualquier riesgo derivado de la ejecución de aquellas”.¹³³

¹³¹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A. “Preguntas y respuestas, la orden de protección”, en *Revista jurídica Sepín Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/17240, Ed. Jurídica Sepín, abril de 2008, p. 39. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 11-12-2020).

¹³² MAGRO SERVET, V. “Novedades de la Ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género” en *Diario La Ley* Nº 8638, sección doctrina, Ed. Wolters Kluwer, de 4 de noviembre de 2015, p. 17. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 11-12-2020).

¹³³ CONCLUSIONES DEL XII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Madrid los días 7 y 8 de noviembre de 2016, conclusión A). Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 11-12-2020).

Si se cumplen los requisitos penales para la adopción de la OP, inmediatamente se pasa a la determinación de las medidas civiles, que siempre se adoptaran en estos casos al estar obligado el MF a solicitarlas, al formar parte de sus funciones, velar por la protección de estas personas, según señala el EOMF, artículo 3.7: “*Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*”.

El problema surge, si se entiende por el juez instructor que no se cumplen los requisitos penales que permiten adoptar la orden, y hay menores y personas discapacitadas, entonces se debería entrar a valorar si ante la ausencia bien de ilícito penal, de riesgo o de ambos, hay una situación que por la apreciación de otras circunstancias: por ejemplo que sean objeto de desatención, abandono, etc les pueda afectar seriamente, exige la adopción de medidas, pero no lo serían al amparo de la OP. Entiendo, pues que no se obliga al juez a pronunciarse en todo caso, sólo si es necesario.

2.1.3.5 LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN.

El camino hacia la orden europea de protección (*en adelante OEP*), se inició con la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento y del Consejo, de 13-12-11, sobre la OEP, que entró en vigor el 11-01-11, y debía estar incorporada en derecho interno en cada país, antes del 11 de enero de 2015, lo que se ha cumplido salvo por los dos países que no están vinculados por la legislación sobre la OEP, Irlanda y Dinamarca.

Esta directiva nace de acuerdo con el objetivo de la UE, desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, y establece que la cooperación judicial en materia penal en la UE, se basará en el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias, y resoluciones judiciales. Según los diferentes considerandos de la Directiva,¹³⁴ la misma, forma parte de un conjunto de medidas coherente y general sobre los derechos de las víctimas.

En la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se insta a los Estados miembros, a que mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer, y emprendan acciones destinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y se pide a la Unión que garantice el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de la violencia.

En la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2010, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea-2009 (2009/2101 (INI)), se refrendó la propuesta de establecer una orden de protección europea de las víctimas.

La clave está en garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro, se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse, o se haya trasladado, ya que se quiere un espacio común de justicia sin fronteras interiores, pero éste debe ser seguro. Así, debe garantizarse que el ejercicio legítimo por parte de los ciudadanos de la Unión, de su derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros en virtud del artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del artículo 21 del TFUE, no vaya en menoscabo de su protección.

¹³⁴ Seguiremos el contenido de los Considerandos 3, 6, 8, 10 y 15.

En la Directiva se toman en consideración las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y el hecho de que se puede garantizar una protección eficaz mediante OP dictadas por una autoridad distinta de un órgano jurisdiccional penal. Así no es necesario modificar los sistemas nacionales para adoptar medidas de protección, ni modificar un ordenamiento jurídico penal para ejecutar una OEP.

Su campo de aplicación tal y como establece, es limitado, se aplica a las medidas de protección adoptadas en asuntos penales, y no cubre por tanto las medidas del mismo tipo adoptadas en materia civil. Para que una medida de protección, pueda ejecutarse de conformidad con la Directiva, no es necesario que se haya declarado mediante resolución firme, la existencia de un ilícito penal. También carece de importancia, la naturaleza penal, civil, o administrativa de la autoridad que adopte la medida de protección. En los procedimientos de expedición, y reconocimiento de una OEP, las autoridades competentes deben prestar la debida atención a las necesidades de las víctimas, incluidas las personas con discapacidad.

Dado que en los Estados miembros, distintos tipos de autoridades, (civiles, penales o administrativas), tienen competencia para adoptar y ejecutar medidas de protección, resulta oportuno, dotar de un importante grado de flexibilidad al mecanismo de cooperación entre Estados miembros, previsto en la Directiva.

Por ello, la autoridad competente del Estado de ejecución, no está obligada a aplicar en todos los casos la misma medida de protección que la adoptada en el Estado de emisión, sino que tiene un margen de apreciación, para adoptar cualquier medida que estime oportuna y adecuada, con arreglo a las disposiciones de su derecho nacional para un asunto similar, con el fin de garantizar la protección ininterrumpida de la persona protegida, teniendo en cuenta la medida de protección adoptada en el Estado de emisión, descrita en la OEP.

Se pretende la protección de las personas en situación de peligro, por lo que completa, pero no afecta a los instrumentos ya existentes en este ámbito, como la Decisión marco 2008/947/JAI, y la Decisión Marco 2009/829/JAI. 33)¹³⁵, si bien estos dos últimos instrumentos se centran en el autor no en la víctima. Posteriormente, se publica la Directiva 212/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que se transpone al derecho español, en la LEVD.

La Directiva se incorpora a nuestro derecho, a través de la Ley 23/14, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, (*en adelante, LRM*), en vigor desde el 14-12-14. Es una ley innovadora, que se presenta como un texto conjunto, en el que se reúnen todas las decisiones marco, y las directivas aprobadas hasta ese momento, en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, incluyendo tanto las ya transpuestas a nuestro Derecho, como las que estaban

¹³⁵ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/\(Última visita, 18-01-2020\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/(Última%20visita,%2018-01-2020)).

pendientes, tratando así, de evitar la dispersión normativa y facilitando su conocimiento y manejo.¹³⁶

El Título VI regula la OEP. Según su preámbulo, “Esta orden es una resolución penal que puede adoptar la autoridad competente de cualquier Estado miembro en relación con una medida de protección previamente adoptada en ese Estado, por la que se faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que se encuentren en peligro, cuando se hayan desplazado a su territorio. Esta regulación permite que las medidas de protección adoptadas a favor de una víctima, la acompañen en cualquier lugar de la Unión Europea al que se desplace, ocasional o permanentemente. El causante de este peligro también tendrá que enfrentarse con las consecuencias del incumplimiento de esta orden europea. Las medidas que se prevén se caracterizarían por su flexibilidad para adaptarse a las necesidades de protección de la víctima en cada momento, lo que supone que también la autoridad competente pueda acordar su prórroga, revisión, modificación o revocación. De esta forma, se garantiza que las medidas de protección dictadas en cualquier Estado miembro a favor de una persona que se vea amenazada, sean efectivas en todo el territorio de la Unión”.

Al aprobar la LRM, resultó necesario modificar la LOPJ, ya que a través de la LRM, se transponían a nuestro ordenamiento diversas decisiones marco, cuya regulación es objeto de LO. Como sucede cada vez que se incorpora una nueva decisión marco sobre reconocimiento mutuo, la ley regula a lo largo de su articulado, la competencia de aquellas autoridades judiciales, encargadas de emitir, reconocer, y ejecutar las resoluciones judiciales que son objeto de la misma. Y dado que en esta ocasión la nueva ley transpone no una sino varias decisiones marco, además de una directiva, sobre reconocimiento mutuo, son varias las competencias que se crean a su amparo.¹³⁷

Por este motivo, era necesario modificar la LOPJ, (que enumera las competencias de los órganos jurisdiccionales), continuando con la tendencia seguida, con motivo de la transposición de anteriores decisiones marco, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Esta reforma, tiene en cuenta el carácter dinámico de la cooperación judicial penal en la UE, lo que lleva no a atribuir competencias cerradas a los distintos órganos judiciales con competencia en materia penal, sino a reconocerles competencia para la ejecución de las órdenes europeas que se les encomienden en las normas específicas en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal en la UE. De esta forma, la evolución normativa de esta materia, no obligará a reformas puntuales de la LOPJ.

La última modificación de la LRM, se ha producido por Ley 3/2018, de 11 de junio, para regular la Orden Europea de Investigación. “Las medidas de protección

¹³⁶ En la disposición final tercera de la ley se enumeran las disposiciones de la UE que se incorporan al derecho español.

¹³⁷ Se prevén nuevas competencias de los juzgados y tribunales competentes en materia penal en relación con las sentencias por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad, el exhorto europeo de obtención de pruebas, la resolución de libertad vigilada, la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional y la orden europea de protección. Respecto de la orden europea de detención y entrega, se incluye también al Juez Central de Menores como autoridad de ejecución competente cuando la orden se refiera a un menor. En los demás casos, la autoridad competente será el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional.

nacionales pueden ser de Derecho administrativo, penal o civil, por su naturaleza y su duración, ámbito de aplicación y procedimientos de aprobación, varían entre los Estados miembros. Debido a la existencia de bases jurídicas diferentes en el Derecho de la UE para el reconocimiento mutuo de las medidas de Derecho civil y de Derecho penal, han sido precisos dos instrumentos distintos para garantizar la circulación de los tres tipos de medidas de protección más frecuentes dentro de la UE. Las órdenes de protección contempladas por la Directiva y el Reglamento se refieren a situaciones en las que usted, en calidad de víctima o posible víctima de un delito, se beneficia de la prohibición total o parcial a la persona causante del riesgo de entrar en algunos lugares, contactar o aproximarse a la víctima”.¹³⁸

De acuerdo con esta situación, para que funcione, la OEP necesita dos tipos de medidas diferentes que proporcionan, por un lado *La Directiva 2011/99/UE, sobre la orden europea de protección (OEP)*, que instituye un mecanismo entre los Estados miembros, que permite el reconocimiento de las órdenes de protección, dictadas como medidas de derecho penal, y por otro, *El Reglamento (UE) n° 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013*, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, que establece un mecanismo, que permite el reconocimiento directo entre los Estados miembros, de las órdenes de protección dictadas como medidas de Derecho civil, mediante la obtención de un certificado en el que consten sus derechos y su presentación a las autoridades competentes.¹³⁹

El Reglamento (UE) n° 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, se aplica desde el 11-01-2015 a las medidas de protección dictadas con posterioridad a esta fecha con el objeto de proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro, a efectos por ejemplo de impedir cualquier forma de violencia de género o de violencia en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, como la violencia física, el acoso, la agresión sexual, el acecho u otras formas de coerción indirecta, con independencia de que se trate o no de una víctima de violencia de género.

A estos efectos, se entiende por “medida de protección”, cualquier decisión dictada por la autoridad de expedición del Estado miembro de origen, de conformidad con su Derecho nacional, y que imponga una o varias de las siguientes obligaciones, a una persona causante de un riesgo, con el fin de proteger a otra persona, cuando la integridad física o psíquica de esta última puedan estar en peligro: a) la prohibición o regulación de la entrada en el lugar en que la persona protegida reside o trabaja o que frecuenta o en el que permanece de forma; b) la prohibición o regulación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, con inclusión de los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio; c) la prohibición o

¹³⁸ Portal europeoe-usticia. Disponible en: https://ejustice.europa.eu/content_mutual_recognition (Última visita, 18-01-2020).

¹³⁹ Reconocimiento mutuo de medidas de protección. Disponible en: Europa.European e-justice.https://e-justice.europa.eu/content_mutual_recognition_of_protection_measures-358-es.do (Última visita, 18-01-2020).

regulación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la prescrita.

La OEP, ampara a todas las víctimas, luego incluye a las víctimas de violencia de género, de hecho al hablar de OEP se identifica con estas, dado que su utilización es mayoritaria en este campo de protección. Ahora bien, a nivel europeo, desde el punto de vista de la violencia de género, hay diferencias en cuanto a las diferentes legislaciones.

Oliveras Jané, distingue dos enfoques en los sistemas legales nacionales. “En el primer grupo se hallan aquellos Estados miembros que disponen de una normativa específica para el ámbito de la violencia de género o doméstica, como por ejemplo, la legislación española, que tiene como normas insignia la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LA LEY 1692/2004) o la Ley 27/2003, de 31 de julio (LA LEY 1305/2003), reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica (12) . Estos son los ordenamientos que ofrecen garantías más perfeccionadas y se adaptan mejor a este tipo de violencia que normalmente se produce de forma recurrente en el ámbito privado. El segundo grupo lo forman aquellos Estados miembros que no prevén un régimen especial para la violencia de género, sino que las medidas se hallan en normas generales que disciplinan estas prohibiciones, especialmente a los códigos penales y civiles o a las leyes de procedimiento de ambas jurisdicciones.”¹⁴⁰

De hecho, en Europa, España fue uno de los primeros países firmantes, del Convenio del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer, y la violencia doméstica, el Convenio de Estambul, que se abrió a la firma en Estambul el 11-05-2011, y entró en vigor de forma general y también para España desde el 10-08-2014, al alcanzar el número mínimo, de diez Estados miembros de la organización que lo han ratificado, tal y como estipula su articulado. El 11-05-17 el Consejo adoptó dos decisiones, relativas a la firma de dicho Convenio, y el 13-06-18 se firmó la adhesión de la UE, pero aún deben ratificarlo y aplicarlo, varios Estados de la UE, de los que el último en ratificarlo ha sido Irlanda el 12-03-2019.

Por último señalar que desde el punto de vista de la materia civil de violencia, la OEP no tiene ningún recorrido. Tal y como hemos señalado, su campo de aplicación está limitado única y exclusivamente, a las medidas de protección adoptadas en asuntos penales, en materia penal, y no cubre por tanto, las medidas adoptadas en materia civil. Esta legislación, supone que las medidas civiles de la OP, que se dictan en nuestro país, no tienen posibilidad de trasladarse a través de este mecanismo. Las medidas civiles deben seguir en todo caso los cauces generales en relación a su validez del resto de la UE.

En los autos dictados, tanto en sede de instrucción como en violencia de género en los que se acuerdan las OP, se incluye como un apartado más, la referencia a la posibilidad de solicitud por la víctima de una OEP. Pese a ello su utilización es muy escasa, y no sólo por su falta de conocimiento, ya que los operadores jurídicos, si la

¹⁴⁰ OLIVERAS JANÉ, N. “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Nº 9334, Ed. Wolters Kluwer, de 10 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 11-04-2021).

conocen, si no porque realmente hay muy pocas víctimas que realicen traslados dentro de la UE, que necesiten del seguimiento de esta medida.

Según la estadística del CGPJ,¹⁴¹ desde el año 2017, la OEP ha sufrido una creciente evolución, así en el año 2017 fueron emitidas 13, y no se recibió ninguna; en el año 2018, se emitieron dos OEP en Salamanca y Valencia, sin que se recibiera ninguna. En el año 2019 subió ligeramente, en el conjunto de España se emitieron 20 órdenes, y se recibieron 2, de esas 20 ordenes, y según se indica en el gráfico del CGPJ, 11 fueron emitidas por los JVSM.

2.1.4 EL ARTÍCULO 544 *QUINQUIES* DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

El artículo 544 *quinquies* se introdujo por la LEVD, que en su Disposición final primera, modifica la LECr a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.¹⁴²

Este artículo, ¿Es aplicable a situaciones de violencia de género?, ¿Las medidas que contiene son medidas civiles? Por la doctrina con carácter general se estima como aplicable a la situación de violencia de género, y sobre la naturaleza civil o penal de las medidas, volvemos a encontrarnos con una división sobre su carácter.

Consideran que las medidas de este artículo son medidas civiles, entre otros, Margarita Salazar Pérez-Resano, que entiende que “El legislador da respuesta con ello a la violencia sobre los menores que se encuentran en un ámbito familiar donde está presente la violencia de género...En todo caso, dado el amplio ámbito objetivo del artículo 57 del C. Penal al que se refiere el mencionado 544 *quinquies*, lo cierto es que estas medidas civiles cautelares pueden ser adoptadas en todo tipo de

¹⁴¹ BBDDESTADISTICA JUDICIAL (PC-AXIS). Disponible en: <http://www6.poderjudicial.es/PxWeb/pxweb/es/11.-Juzgados de Violencia Sobre La Mujer.> (Última consulta el 24-11-2020).

¹⁴² Artículo 544 *quinquies*: “1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas: a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse. b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento. c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes. d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada. 2. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil”.

investigación criminal en que el menor aparece como víctima directa de los mismos. El precepto prevé la posibilidad de que a lo largo de la investigación, el juez de oficio se pronuncie de forma motivada sobre las medidas civiles si hay menores o discapacitados que sean víctimas. Entre las medidas que el precepto contempla destacan, la suspensión de la patria potestad a alguno de los progenitores, e incluso el establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, suspender la tutela, curatela, guarda y acogimiento o establecer régimen de supervisión de esa tutela, o de cualquier otra función tutelar o guarda...”¹⁴³

También son medidas civiles para Sonsoles Prieto Antona, “...este artículo aporta novedades importantes: son medidas civiles cautelares que pueden ser acordadas en todo tipo de investigación criminal en la que el menor aparece como víctima directa de los hechos”.¹⁴⁴

Sin embargo para otras autoras como María Obado Olabarrieta, es una medida cautelar penal, aunque tenga un contenido civil.¹⁴⁵

Volvemos a encontrarnos con un precepto conflictivo, y por ello muy poco utilizado, y que muchos operadores jurídicos no dominan.¹⁴⁶ La referencia al artículo 57.1 del CP, establece el tipo de delito: “*Los jueces o tribunales, 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 intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico...*”.

El sujeto activo del delito no es sólo el hombre, sino que puede afectar entre otros, a cualquiera de los progenitores, por lo que si es la mujer, la investigada, no sería competente para su adopción el JVSM. El sujeto pasivo es el menor o la persona con la capacidad judicialmente modificada, víctimas del delito, que se encuentre en una situación de riesgo o desamparo.

La adopción se determina de oficio por el juez o tribunal, si bien entiendo que podría solicitarse por las personas que tengan conocimiento de la situación en el procedimiento penal.

Las medidas indicadas en este artículo: “*a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en*

¹⁴³ PÉREZ-SALAZAR RESANO, M. “Cuestiones clave en materia de familia y violencia: cuestiones de competencia, medidas civiles de la orden de protección y guarda y custodia compartida” en *Revista Jurídica Sepín*, Violencia Doméstica y de Género, ref.: SP/DOCT/22842, Ed. Jurídica Sepín, enero de 2018, p. 11 y 12 Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica> (Última visita, 29-12-2020).

¹⁴⁴ PRIETO ANTONA, S., “*Medidas cautelares: 544 LECRM, 64 a 66 y 69 LO 1/200 ARTÍCULO 158 CC*”, Ponencia del VII Congreso del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género, celebrado en Madrid, los días 18 y 19 de octubre de 2018, p.5. Disponible en: [www.poderjudicial.es > stfls > CGPJ > FICHERO](http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FICHERO) (Última visita, 29-12-2020).

¹⁴⁵ BOADO OLAVARRIETA, M., “La privación de la patria potestad como medida penal y civil”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº 47, enero de 2019, Dirección de los Servicios Jurídicos de Castilla y León, p 71. Disponible en: <https://www.jcyl.es> (Última visita, 19-12-2020).

¹⁴⁶ DÍAZ VELÁZQUEZ, M.A., I CONGRESO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la Plataforma Derecho & familia y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. Exposición el día 25-03-2021 (Canal 2, 7:28:19), “El artículo 544 *quinquies*, ¿eso qué es?, no lo conoce ni Dios”. Disponible en <https://www.web.icam.es/I.congreso-de-la-infancia-y-adolescencia>. (Última visita, 22-07-21).

interés del menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, y en su caso las condiciones y garantías con las que debe desarrollarse. b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento. c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes. d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada". Son medidas cautelares penales que se adoptan en un procedimiento penal, y siguen en el mismo, con un contenido civil.

Luego este artículo se puede aplicar en violencia de género, cuando se desprenda la existencia de indicios racionales de haberse cometido un tipo de delito de los que son objeto de violencia, con las especialidades expuestas, y siempre como una medida penal no civil. Una vez adoptada se comunica tanto al MF, como a las entidades públicas competentes para que se tomen las medidas necesarias, medidas que a lo largo del procedimiento penal, pueden modificarse o alzarse.

No hay previsión de un procedimiento a seguir para su adopción, aunque al referirse a su resolución motivada, se deberá resolver por auto. Tampoco nada se dice sobre los recursos que entiendo serán los que establece la LECr.

Hay una última previsión que no se entiende en el precepto, y es la que establece el apartado 3ª, señala primero que: *“Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas”*. Lo que plantea la posibilidad de mantener una medida cautelar penal, más allá del procedimiento, lo que no podría suceder, ya que tras el final del procedimiento no se pueden mantener medidas cautelares vigentes; y a continuación establece que *“El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. No es que se planteen dudas sobre este punto, es que no tiene ningún sentido, realizar una remisión al procedimiento civil, para modificar o dejar sin efecto una medida cautelar penal. Luego entiendo que este artículo se configura como una medida cautelar penal, con un contenido civil, que se adopta en el procedimiento penal, y que se desarrolla en el mismo, con las normas de este, es una medida que hasta ahora en sede de violencia, apenas se ha utilizado.

2.2 MEDIDAS CIVILES EN LA L.O. 1/04, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Tras la introducción de la OP, el siguiente gran paso fue dado por la LIVG, en el Capítulo IV “Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”, artículos 61 a a 69, que incluyó una protección reforzada de la víctima de violencia de género.

Estos artículos fueron reformados por la disposición final 3.2, de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, al ampliar el objeto de la violencia de género a los menores. Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género llevó a 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. 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 y 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. Así expuesto parece no plantear problemas, pero la determinación del carácter y la naturaleza jurídica de las medidas que contiene, no es clara, por lo que su utilización es casi inexistente.

La determinación de su naturaleza jurídica, no es clara ya el propio enunciado CAPÍTULO IV: “Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”, ofrece dudas. Veremos los diferentes contenidos, y su carácter.

Artículo 61. Disposiciones generales.

Artículo 62. *De la orden de protección. Recibida la solicitud de adopción de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la Mujer y, en su caso, el Juez de Guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Artículo 63. *De la protección de datos y las limitaciones a la publicidad. 1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia. 2. Los Jueces competentes podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.*

Artículo 64. *De las medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones. 1. El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo. 2. El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen. 3. El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal. 4. La medida de alejamiento podrá acordarse con independencia de que la persona afectada, o aquéllas a quienes se pretenda proteger, hubieran abandonado previamente el lugar. 5. El Juez podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal. 6. Las medidas a que se refieren los apartados anteriores podrán acordarse acumulada o separadamente.*

Artículo 65. *De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores. El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.*

Artículo 66. *De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género*

respecto de los menores que dependen del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

Artículo 67. De la medida de suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas. El Juez podrá acordar, respecto de los inculcados en delitos relacionados con la violencia a que se refiere esta Ley, la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente.

Artículo 68. Garantías para la adopción de las medidas. Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.

Artículo 69. Mantenimiento de las medidas de protección y seguridad. Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.

Hemos realizado esta división para ver más claramente el contenido del capítulo, y así observar que se mezclan medidas civiles y penales. Son claramente medidas civiles, las adoptadas según la remisión al artículo 544 *ter* de la LECr que hace el artículo 62, luego también incluye las medidas civiles las de la OP, con sus características y procedimiento. Destaca como medida netamente civil la prevista en el artículo 64.2 de la LIVG, la permuta del uso del domicilio. Es una medida penal sin discusión, la prevista en el artículo 67, prohibición de la tenencia y porte de armas, y en relación a los artículos 63, 68, y 69, estos se refieren a la protección de datos y limitaciones de la publicidad, garantías de la adopción de las medidas, así como su mantenimiento.

El problema viene dado por las medidas que contienen los artículos, 64.1, 65 y 66 de la LIVG, ¿Son medidas civiles o penales? Hay diferentes opiniones, sobre su carácter y naturaleza.

*Consideran que son medidas civiles entre otros, Margarita Salazar Pérez-Resano, “En relación con las medidas de contenido civil que prevén los artículos 64, 65 y 66 de la LO 1/2004, lo primero a destacar es que han sido ya previstas como ya se ha dicho en el artículo 544 quinquies de la LECrim. Lo cierto es que tienen mayor amplitud en su legitimación, por cuanto pueden ser adoptadas incluso de oficio. Son formalmente medidas penales aunque su contenido es civil”.¹⁴⁷ También para los Fiscales Delegados de violencia sobre la mujer, son medidas civiles, “Dada la pluralidad de vías a través de las que se pueden adoptar medidas civiles, es preciso recordar que las establecidas en los arts. 65 y 66 de la LO 1/2004, previstas específicamente para supuestos de violencia de género, permiten una solución más duradera frente a las medidas del Art. 544 *ter*, que tendrán un plazo de vigencia de 30 días prorrogables por otros 30 días, posibilidad que deberá valorar el Ministerio Fiscal antes de solicitar las medidas”.¹⁴⁸*

¹⁴⁷ PÉREZ-SALAZAR RESANO, M. “Cuestiones clave en materia de familia y violencia: cuestiones de competencia, medidas civiles de la orden de protección y guarda y custodia compartida” en *Revista Jurídica Sepín Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/22842, Ed. Jurídica Sepín, p.12, febrero de 201. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 19-12-2020).

¹⁴⁸ CONCLUSIONES DEL XII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Madrid los días 7 y 8 de noviembre de 2016, conclusión B) del punto III “Menores: medidas civiles adoptadas en procedimientos penales”, p. 17. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 19-12-2020).

En sentido contrario, no las consideran medidas civiles, Francisco Javier Martínez Derqui, o Juan Luis Ortega Calderón. El primero señala “No pueden confundirse lo que son las medidas civiles de la orden de protección con las medidas penales relativas a la orden de protección previstas en los artículos 64.1, 65, 66 y 67 que a mi entender no son medidas civiles. Estas medidas de contenido similar a las del artículo 544 ter que pueden adoptarse en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, se diferencian de ellas (1) tanto en cuanto a la legitimación para su solicitud que pueden adoptarse de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida. (en la orden de protección sólo la víctima o su representante legal, o el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, (2) como en su duración, cuyo plazo será determinado por el juez competente(en la orden de protección, 30 días), (3) en el procedimiento para su adopción, interviniendo el Ministerio Fiscal y respeto a los principios de contradicción, audiencia y defensa, si fueran restrictivas de derecho (comparecencia del artículo 544 ter en la orden de protección), (4) en la posibilidad de que se adopten pese a la existencia de medidas acordadas por un órgano de la jurisdicción civil, y (5) en su mantenimiento tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen, debiendo hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas”.¹⁴⁹

Para Juan Luis Ortega Calderón, “La primera cuestión que deberíamos plantearnos es la relativa a si se trata de una medida de carácter penal o de carácter civil. Tal distinción no es baladí, pues se proyectará posteriormente sobre al menos tres aspectos de notable importancia: – El fundamento de su adopción. – Su vigencia, pues si se tratase de medidas de carácter civil quedaría limitada al plazo de 30 días que dispone el apartado séptimo del art. 544 ter LECrim, salvo que se incoase en ese plazo proceso de familia ante la jurisdicción civil, siendo preciso en este caso un nuevo pronunciamiento del juez civil. – Su abono para el cumplimiento de la pena impuesta, conforme al art. 58 CP.

Aunque no sea el objeto de este trabajo, entiendo que tanto por razón de su contenido aflictivo como por su amparo normativo, la suspensión de la patria potestad, régimen de visitas, estancia y relación/comunicación con los menores son medidas de carácter penal, frente a la regulación del régimen de visitas sin suspensión tras resolver sobre la atribución de la guarda y custodia, que son medidas de carácter civil. Sobre el particular, la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género aprobada por el grupo de expertas y expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ, en la reunión celebrada el día 13 de octubre de 2016 (SP/DOCT/3813) afirmó respecto de las medidas reguladas en los arts. 64, 65 y 66 que: “*son formalmente «penales»*,

¹⁴⁹ MARTÍNEZ DERQUI, F. J. “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del juzgado de violencia sobre la mujer”. “Intercambio de experiencias y unificación de criterios. Fase de instrucción y órdenes de protección”. *Cuadernos digitales de formación*, N° 25-2010 Ed. CGPJ Madrid, 2011, p. 12 y 13. Disponible en: [https:// www.poderjudicial.es/cgoj<Temas<Formacion](https://www.poderjudicial.es/cgoj/Temas/Formacion) (Última visita, 19-12-2020).

aunque muchas de ellas sean materialmente medidas de derecho civil de familia. Esa condición formal de medida penal hace que, en principio, tengan preferencia sobre cualesquiera otras «civiles» que se puedan adoptar o hayan adoptado, sin criterio de sustitución automática como entre las medidas civiles (artículos 773.5, 774.5 y 775.3 LEC). Ello lleva a una primera consideración en cuanto a la prudencia que debe presidir su adopción y la previsión de su duración, que incluso puede ser «hasta que se adopten medidas en el procedimiento civil oportuno». Ello resulta tanto más importante en el caso de que se mantengan en la sentencia definitiva (artículo 69) y habrá que ponderar las razones por las cuales son adoptadas, en función de ilícitos penales, su naturaleza, las víctimas, etc. Son materialmente civiles las previstas en el artículo 64.2 (autorización de permuta del uso del domicilio familiar) y las del artículo 65 (suspensión de la patria potestad y custodia) y del artículo 66 (suspensión del régimen de visitas); la suspensión de la custodia y de las visitas presuponen una resolución civil anterior vigente".

Ciertamente el planteamiento es discutible, pues predicar el carácter civil o penal de una medida en atención a su contenido y en particular a entrañar genuinos pronunciamientos propios de Derecho Civil de Familia choca con la propia consideración en nuestro Derecho Penal de la privación/inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como penas, incluidas en el catálogo de tales. *Es evidente que su contenido materialmente civil no altera su naturaleza de penas, de la misma forma que las medidas adoptadas conforme a los arts. 65 y 66 LO 1/04 participan del mismo carácter de medidas cautelares penales, aunque su contenido sea propiamente civil.*

Si aceptamos que son medidas cautelares penales, su régimen jurídico se construye necesariamente sobre los presupuestos diversos a las de carácter meramente civil. Así, no cabe duda de que el fundamento para la adopción como medidas cautelares penales debe ser distinto que si se tratase de medidas civiles. En este segundo supuesto, las medidas se adoptan como complemento imprescindible de las medidas de contenido penal adoptadas en favor de la madre, en particular la prohibición de aproximación y comunicación con el otro progenitor investigado. En efecto, adoptadas medidas cautelares penales de prohibición de aproximación y comunicación entre agresor y víctima, se genera una situación fáctica de ruptura jurídica de toda posibilidad de convivencia entre ambos progenitores y por tanto la imposibilidad de ejercicio conjunto de la patria potestad tal y como se define en el Código Civil. La simple referencia a *velar por ellos, tenerlos en su compañía* que dispone el art. 154 CC resulta inviable jurídicamente, dado que ambos progenitores, víctima e investigado, titulares de la patria potestad por imperativo de las medidas cautelares penales no pueden convivir conjunta y simultáneamente con la prole común.

Se hace necesario evitar una situación de limbo jurídico de los menores y por tanto se articuló un régimen jurídico siempre presidido por el interés superior del menor. Por tratarse de medidas civiles, el fundamento se agota aquí y sobre su mantenimiento o modificación deberá pronunciarse el Juez Civil por imperativo del art. 544 ter séptimo de la LECrim. Es obvio que si se tratase de medidas de carácter penal, el Juez civil nunca podría pronunciarse sobre ellas, al menos pendiente el proceso penal. Por el contrario, cuando las medidas son las previstas en los dos primeros incisos de los arts. 65 y 66 LO 1/04, su carácter penal vinculado a una mayor intensidad afflictiva que excluye la comunicación, estancia y visitas con los menores, reclama que su fundamento, enraizado al interés superior del menor, deba vincularse también a la propia naturaleza, circunstancias y gravedad del hecho. Sin embargo, el legislador no

ofrece ninguna pauta expresa sobre los criterios que deben ser valorados para su adopción, al menos de forma directa en los arts. 65 y 66 LO 1/04.

Por ello, entiendo que una pauta interpretativa adecuada debe buscarse más allá de la mera referencia al interés del menor que contienen preceptos del Código Penal como los arts. 153.1, 171.4 o 172.2 entre otros, y encontrarse en los arts. 55 y 56 Código Penal, cuando regulan el contenido de las penas de privación e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y reclama el concurso del requisito de la relación directa entre el delito cometido y el ejercicio de tales derechos. Desarrollaré ampliamente esta cuestión más adelante, por lo que en este momento basta con indicar que dado el momento procesal en el que nos encontramos y el carácter cautelar de las medidas así adoptadas, habrá de ponderarse con adecuada prudencia el concurso de los indicios precisos sobre la perpetración de la infracción penal, su comisión por el encartado y la afectación al desarrollo del menor. En todo caso, consideradas como medidas de carácter penal, la resolución judicial que se pronuncie sobre las medidas previstas en el primer inciso del art. 65 y 66 LO 1/04 deberá adoptarse la forma de auto, con la adecuada motivación, quedando solo sujeta a su control en el proceso penal, excluida por ende de las limitaciones de vigencia previstas en el art. 544 ter séptimo LECrim. y de su revisión en el correspondiente proceso civil de familia, al menos durante la pendencia del proceso penal y su subsistencia como tales medidas cautelares penales. El art. 68 LO 1/04 es clarificador al respecto al disponer como garantías para su adopción la ya citada exigencia de auto motivado basado en los principios de proporcionalidad y necesidad, así como la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal y el respecto a los principios de contradicción, audiencia y defensa. No cabe duda de que la comparecencia prevenida en el art. 544 ter LECrim. constituye un cauce procesal idóneo a tal fin. Asimismo, debe recordarse que el art. 69 añade la posibilidad”.¹⁵⁰

Por último, también María Boado Olavarrieta, en un resumen sobre la privación de la patria potestad como medida penal y civil, que sería extrapolable a las medidas también discutidas de suspensión del Rv, estancia, relación y comunicación con los menores, señala que las medidas previstas en estos artículos son penales, “La privación de la patria potestad...puede adoptarse en el marco de un proceso penal o de un proceso civil de familia. Dentro del proceso penal puede tener la naturaleza de medida cautelar, en cuyo caso hablaremos de suspensión de la patria potestad, o puede ser, terminado el proceso con sentencia condenatoria, una pena, en cuyo caso hablaremos de privación o de inhabilitación de la patria potestad. Como medida cautelar podrá adoptarse en alguno de los siguientes escenarios procesales: en la orden de protección (art. 544 ter de la LECr), o en el marco de los artículos 544 quinquies de la LECr, art. 61 y ss. de la LMPIVG y art. 158 del CC. Estos últimos suponen, en relación con la orden de protección, un gran avance en cuanto a las medidas de protección de menores ya que, a diferencia de la situación anterior a su entrada en vigor, permiten modificar las medidas acordadas anteriormente en un proceso civil y continúan en el proceso penal junto con las medidas cautelares penales. En cuanto a la privación o inhabilitación como penas, estas están establecidas como penas específicas en determinados tipos legales (entre ellos los

¹⁵⁰ORTEGA CALDERÓN J.L., “Reflexiones sobre las limitaciones de la patria potestad con ocasión de la comisión de los delitos de violencia de género” en *Revista Jurídica Sepin, Violencia Doméstica y de Género*, febrero de 2019. Ref.: SP/DOCT/81158. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica>. (Última visita, 19-12-2020).

específicos de violencia de género), o como penas accesorias de aplicación facultativa en los artículos 55 y 56 del CP, habiéndose producido una evolución en su aplicación jurisprudencial a partir del año 2015.”¹⁵¹

Comparto la postura de estos últimos autores, dado que las medidas que contiene el capítulo IV son medidas penales, salvo la remisión a las medidas civiles de la OP, y la prevista, en el punto 2 del artículo 64, medida civil, que es por tanto a la que nos referiremos. Lo confuso de su terminología y de su naturaleza jurídica, ha hecho que apenas se utilicen, siendo como ya hemos visto la OP, la medida más utilizada conocida y mejor regulada de todas.

2.2.1 LA PERMUTA DE LA VIVIENDA HABITUAL.

El artículo 64.2 LIVG señala: “*El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública, allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen*”.

Es una medida excepcional como indica el artículo, que difícilmente se podrá tomar de una forma urgente, dado que está condicionada, no ya a que la mujer sea copropietaria de la vivienda, sino que se debe conocer la existencia de una agencia o sociedad pública, que se dedique al arrendamiento de viviendas, y se aporten unas condiciones, para la permuta de la vivienda, cuyo uso se le ha atribuido provisionalmente, por el uso de otra vivienda, presentando el tiempo que va a durar, y las condiciones de la permuta.

Esta posibilidad, prevista con carácter excepcional, y condicionada a supuestos de copropiedad de la vivienda pretende posibilitar que la víctima mantenga la vivienda familiar y al tiempo facilitarle el acceso a una tercera vivienda, cuando las circunstancias le impongan un provisional cambio de residencia.

3. LA VALORACIÓN DEL RIESGO, CRITERIOS Y HERRAMIENTAS.

Todas las medidas civiles que se acuerdan en el ámbito de la violencia de género, tanto en las medidas cautelares como en los procedimientos principales, están presididas en su adopción, por la valoración que todos los operadores jurídicos realizan del riesgo que puede existir en la situación que se presenta, y en base al mismo decidir las medidas más adecuadas.

La situación dependerá también de lo ocurrido en el procedimiento penal, en el que normalmente se toma la primera decisión sobre la valoración del riesgo, en la comparecencia de la OP, que es el exponente máximo de la necesidad de tal valoración, ya que su existencia es un requisito imprescindible para su adopción. Luego esta decisión, es también fundamental en la adopción de las medidas civiles.

La valoración del riesgo no deja de ser un juicio de inferencia indiciaria, que debe basarse en un juicio de prognosis de la situación del investigado/denunciado/condenado, en el que se pueda inferir que este puede seguir cometiendo hechos violentos atentatorios contra la integridad física o moral de la víctima. Si bien

¹⁵¹ BOADO OLAVARRIETA, M., “La privación de la patria potestad como medida penal y civil”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 47, enero de 2019, Dirección de los Servicios Jurídicos de Castilla y León, p 59. Disponible en: <https://www.jcyl.es> (Última visita, 19-12-2020).

siempre se deben valorar dos parámetros en la determinación del riesgo, no sólo la peligrosidad del maltratador, sino también la vulnerabilidad de la víctima.

Las medidas cautelares penales tienen una graduación, una escala de gravedad, y pueden ir desde la adopción de una medida de alejamiento y prohibición de comunicación, a la prisión provisional, artículo 503 c) de la LECr, y se utilizan según el hecho delictivo, su gravedad, y el riesgo de reiteración delictiva.

Hay criterios y herramientas para realizar la valoración, además del apoyo policial y forense, y la valoración siempre objetiva del MF, pero la responsabilidad de apreciar el grado de riesgo existente, y acordar las medidas para minimizarlo, recae sobre el juez instructor, ya sea de violencia o de instrucción que conoce las diligencias.

Sobre los factores de riesgo, “La doctrina ha efectuado múltiples clasificaciones de factores de riesgo, así, se distingue entre factores “estáticos” y dinámicos”; entre los primeros incluyen la historia de violencia contra la pareja y el quebrantamiento de las medidas y penas de alejamiento y entre los segundos, los celos, el consumo del alcohol o drogas y actitudes machistas.

Con esta clasificación se pone en evidencia que los factores de riesgo de violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja pueden ser: • individuales y específicos de los agresores, • de la situación de la relación de pareja, • de la vulnerabilidad de la víctima.

Los autores coinciden en identificar por su frecuencia, distintos factores que provocan sucesos violentos sobre la mujer por su pareja o ex pareja y que pueden servirnos para ajustar esa valoración a las necesidades reales de protección de las víctimas: • la dominación por parte del presunto agresor, • los celos sexuales y la “posesividad”, • la violencia precedente, • antecedentes de violencia con otras parejas, • antecedentes por otros delitos violentos, • la escalada en la violencia, • ideas suicidas u homicidas, • trastorno mental grave de los agresores, • el abuso del alcohol por parte del marido, • El incumplimiento de las medidas de protección o penas de esa naturaleza, • la dependencia económica y/o emocional de la mujer víctima, • carencia de una red de apoyo social, • estado de gestación de la víctima, • el intento o anuncio de abandono por parte de la mujer o interposición de demandas de separación o divorcio.

Es importante, por otra parte, que tengamos en cuenta que aunque los psicólogos abogan por establecer diferenciadamente factores de predicción de riesgo de asesinatos y factores de predicción de otras manifestaciones violentas,... debemos entender que la obligación de proteger a las víctimas no es sólo de un riesgo letal, sino de la reiteración de cualquier conducta de violencia y que, dado que el riesgo es dinámico, la evaluación ha de actualizarse ante cualquier hecho que se ponga en nuestro conocimiento y que pueda afectar a la valoración anterior”.¹⁵²

En relación a las herramientas que tenemos a nuestro alcance, para realizar esa valoración, están el sistema VioGen, o sistema de valoración policial, que se adjunta con el atestado, y evalúa el nivel de riesgo. Por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, al realizar el atestado, se utilizan unos cuestionarios, y se expone una vez

¹⁵². CONCLUSIONES DEL XIII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Madrid los días 23 y 24 de octubre de 2017, “Valoración del riesgo; coordinación con otras instituciones y la acreditación de las situaciones de violencia de género”, conclusión VIII Valoración del riesgo, p. 31 a 34. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 02-01-2021).

contestado por la víctima el cuestionario, el nivel de riesgo de violencia que resulta, y las medidas que hayan de adoptarse en cada caso para asegurar la protección. La valoración de la situación de riesgo de violencia contra la mujer (Valoración Policial del Riesgo, VPR) y su evolución (Valoración Policial de la Evolución del Riesgo, VPER), se realiza empleando las herramientas y formularios normalizados aprobados la Secretaría de Estado de Seguridad, y al igual que hay una evaluación inicial hay un sistema de seguimiento de esa inicial valoración del riesgo. Se basa este Sistema es el análisis permanente del riesgo, un estudio que analiza la peligrosidad de los maltratadores, la vulnerabilidad de las víctimas y cuantas otras circunstancias las rodeen, valorando, de manera individualizada y continuada en el tiempo, la evolución del riesgo al que puedan estar sometidas. En el año 2016 se han adaptado estos formularios los cambios que se han ido produciendo desde el 2007, fecha de la puesta en marcha de VioGén, contemplando nuevos indicadores tales como son el uso generalizado de internet y de las redes sociales, las formas incipientes de violencia de género, detectadas entre los adolescentes, la realidad de las mujeres maltratadas con discapacidad o el necesario y complejo abordaje de la seguridad de los menores de edad a cargo de las víctimas.¹⁵³

Desde el año 2011, además del protocolo médico forense de valoración del riesgo, están también las UVIF, unidades valoración integral forense, pero no tienen implantación en todo el territorio, no funcionan en el servicio de guardia, y no están dotadas de medios suficientes, por lo que su utilización es muy escasa.

Hay autores que estiman la necesidad de tomar en cuenta para la valoración del riesgo, criterios como los marcados en la resolución del Comité para la Eliminación de todas las formas de la Discriminación contra la Mujer -CEDAW- en el asunto de Ángela González Carreño contra España, donde se mencionan diversos indicadores de riesgo a tener en cuenta, o la información que se transmite periódicamente por los Institutos de la Mujer a la Delegación del Gobierno en materia de violencia sobre la mujer.¹⁵⁴

En realidad los criterios de la resolución de la CEDAW, ya se toman en cuenta desde hace tiempo, "... que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia; ...Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm.19".

¹⁵³ Disponible: <https://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/noticias-y-eventos/2016/nuevo-protocolo-para-la-valoracion-policial-del-nivel-de-riesgo-de-violencia-de-genero> (Última visita, 02-01-2021).

¹⁵⁴ España forma parte de la CEDAW desde 1984, (BOE de 21-04-1984). Comunicación nº 47/2012. Dictamen adoptado por el Comité en su 58º período de sesiones (30 de junio a 18 de julio de 2014). Los hechos objeto de esta resolución se produjeron con anterioridad a la vigencia de la LIVG. Disponible en: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1878>. (Última visita, 02-01-2021).

La jurisprudencia utiliza de forma común y reiterada varios parámetros para determinar la existencia de una situación objetiva de riesgo, que es necesario valorar siempre al adoptar las medidas penales y civiles en violencia sobre la mujer, (por todas, auto de la AP de Madrid, sección nº 27, de 8-06-2020, nº recurso 634/2020 Roj: AAP M 2595/2020- ECLI: ES:APM:2020:2595AId, Cendoj: 28079370272020200776).

La valoración del riesgo, parte de la existencia de un peligro para la víctima, y su evaluación, supone que el dictado de la medida sea estrictamente necesaria a fin de protección de la misma, entendiendo que a los efectos de determinación del peligro, deben evaluarse los antecedentes existentes en la causa, de los que se pueda inferir que el denunciado puede seguir cometiendo hechos violentos, atentatorios contra la integridad física o moral de la víctima, con objeto de determinar si es necesaria la medida, con el fin de evitar nuevos actos de agresión.

Se dispone a la hora de tal valoración, con una serie de importantes elementos:

a) La declaración de la víctima, que debe ser analizada y puesta en conexión con el resto de elementos de los que se disponen.

Hay que aclarar que este momento en que se toma la decisión sobre la protección, no es el momento del juicio oral, se realiza una valoración con los datos iniciales que se tienen en las diligencias penales que se acaban de iniciar, en las que la declaración de la víctima, junto con la conexión con el resto de elementos que se poseen en ese momento, determinan si se pide o no la OP, y también si ésta se adopta o no. Por lo que es necesario contextualizar esa declaración, y los hechos que se presentan.

Los requisitos que ha establecido el TS en relación a la declaración de la víctima, no pueden valorarse igual que si se tratara del acto del juicio oral.¹⁵⁵ Se valorará la ausencia de incredulidad subjetiva, derivada de las previas relaciones acusado-víctima, ya que pueden poner de relieve un posible móvil espurio de resentimiento, venganza o enemistad, que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio; la verosimilitud del testimonio, ya que éste debe estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que se aporten o puedan aportarse más tarde y es también importante la persistencia en la incriminación, que puede valorarse, aunque de modo inicial, ya que se pueden contar en este momento con dos declaraciones sobre los hechos, de la víctima, sí ésta ha prestado declaración en el atestado, y en ocasiones se puede contar también con la versión dada en el momento de intervención en el lugar de los hechos, por lo que la declaración en el juzgado puede ser incluso la tercera versión que se ofrece sobre lo ocurrido.

¹⁵⁵ Hay un importante desarrollo jurisprudencial, tanto del TC como del TS en relación a la declaración de la víctima, sus requisitos y valoración, la STS, Sala de lo Penal, de fecha 29 de junio de 2009, realizó a modo de síntesis, "... Esta Sala Casacional (entre otras muchas, en Sentencias de 21 de septiembre de 2000 y de 5 de mayo de 2003), viene declarando de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (Sentencias de 5 de marzo , 25 de abril , 5 y 11 de mayo de 1994). Declaración cuya valoración corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad, que como señala la Sentencia de 19 de febrero de 2000..." Más recientemente la STS 19/2019 de 6 de marzo, núm rec 779/2018, ha fijado una serie de criterios orientativos a tener en cuenta ante la declaración de las víctimas en el proceso penal, y más concretamente en relación con las víctimas de delitos de violencia de género.

En estos casos, la experiencia y especialización a la hora de valorar las declaraciones es muy importante, muchas veces, la víctima de violencia por su propia situación, presta una declaración, inconexa, vaga, sin que ello suponga, que no sea creíble, de hecho en la práctica, muchas veces las víctimas que peor declaran, son las que sufren una mayor violencia. Es importante aclarar que no cabe acordar una OP, por la manifestación subjetiva de la denunciante/víctima, de sufrir miedo, sin más, a “*sensu contrario*”, puede manifestar no tener miedo, y sin embargo existir una situación de riesgo, de peligro real y grave, pudiendo incluso acordarse la orden sin que la víctima lo solicite, o incluso en contra de su voluntad. Esta última forma de protección es muy discutible, porque efectivamente supone imponer a la mujer una “tutela”, limitar su voluntad de decisión sin que esté privada de ninguno de sus derechos, supone considerar su inferioridad a la hora de decidir, en la práctica se utiliza muy poco, pero aún se siguen acordando en casos muy extremos.

b) La declaración del investigado, que también puede arrojar luz, sobre la realidad y entidad de los hechos, y la valoración de los mismos.

c) Los elementos de corroboración periférica, son muy importantes. La existencia de testigos, lesiones objetivadas y sus partes médicos, conversaciones, vía wasap, mail, etc, informes psicológicos previos... haciéndose siempre constar la consulta del SIRAJ y de los antecedentes penales del investigado.

Se ha discutido, por jueces y magistrados, en diferentes jornadas para la unificación de criterios, si sería beneficioso incluir en el tenor del artículo 544 *ter* de la LECr, criterios específicos de valoración, para evitar la amplia discrecionalidad existente en la materia y objetiva y homogeneizar la adopción o no de órdenes de protección. Se concluyó que tal posibilidad, encorsetaría la decisión, cercenando la más importante labor del juez, la valoración, esa percepción directa, inmediata, que hace acordar o no la orden.¹⁵⁶

La última innovación en violencia de género que se pretende introducir, es el recurso a la “inteligencia artificial” (*en adelante IA*). Es un interesante recurso, que debe ser profundamente estudiado y debatido antes de introducirlo en nuestras herramientas de trabajo. “Para poder entrenar un algoritmo de IA es necesario crear una base de datos. No hay inteligencia artificial sin datos y no hay datos sin la acción humana. Por tanto, dado que los algoritmos se alimentan de unos macrodatos procurados por una persona, la primera precaución se debe tomar en el proceso de selección de datos”.¹⁵⁷ Lo que evidente supone que la herramienta depende fundamentalmente de los criterios que se introduzcan en su funcionamiento.

Por otra parte, mientras sigamos siendo “seres humanos”, la valoración siempre debe ser por un “igual”, hay múltiples datos, que no dependen de un ordenador, sino de la percepción que se tiene del hecho, de la persona, de la situación...y los sistemas de valoración automáticos, muchas veces asignan riesgos que realmente no se corresponden con la realidad, y más aún en la medida que la asignación obtenida

¹⁵⁶ CONCLUSIONES DEL XIII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Madrid los días 23 y 24 de octubre de 2017, “Valoración del riesgo; coordinación con otras instituciones y la acreditación de las situaciones de violencia de género”, p. 19. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 02-01-2021).

¹⁵⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, E., BORGUES BLÁZQUEZ, R., Y SIMÓ SOLER, E., “Inteligencia artificial y perspectiva de género en la justicia penal” en *Diario La Ley*, N° 47, Ed. Wolters Kluwer, 20-01-2021, p. 6 Disponible en <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 6-07-2021).

puede elevarse por el funcionario, y tal como nos encontramos en esta materia y la presión que se sufre, al elevarla casi “en defensa propia”, al final todos estos indicadores se desvirtúan.

Se mantiene pues vigente que, “Todos los instrumentos de valoración del riesgo son importantes, pero su valoración, es competencia exclusiva del juez, que en ningún caso queda vinculado por los mismos”.

4.- EL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hablar hoy del artículo 158 del CC, es hablar de uno de los mecanismos más utilizados e invocados ante los juzgados y tribunales. Pero esto no siempre ha sido así, ha pasado de ser un “arma desconocida” que hace 20 años nadie utilizaba, a ser llamado por múltiples juristas el “todopoderoso artículo 158 del CC”, ¿Que ha sucedido entre estos dos extremos? ¿Antes era infrautilizado?, o ¿Ahora se abusa de su utilización?, las dos respuestas deben ser afirmativas. Antes casi no se acudía a él por desconocimiento de su potencial, y ahora en muchas de las ocasiones en las que se solicita, se desestima ya que se utiliza con fines muy distintos a los que el artículo está destinado, como obtener ventajas en los procedimientos de familia, impedir el régimen de visitas, entorpecer decisiones familiares, etc.

Es un gran instrumento de protección, que actúa de forma casi inmediata respecto de los menores, pero podemos preguntarnos ¿Respecto de todos los menores? El TS se pronunció en la STS Sala 1ª de 23 noviembre 1999, (nº 1017/1999, rec. 1048/199512-EDJ 1999/35039) de forma clara, entendiendo, que el ámbito de aplicación, excede de las relaciones paternofiliales, “En suma...debe mantenerse que las medidas que los jueces pueden adoptar, "ex artículo" 158 del Código civil, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor,...” Este precepto, se aplica a todos los menores con independencia del tipo de relación, y su propio tenor literal que inicialmente se refiere a “los hijos”, desde la última reforma del precepto, se señala un ámbito abierto, en relación a la protección del menor respecto de cualquier persona, “...progenitores, tutores, otros parientes, o terceras personas”.

De hecho se considera un precepto esencial para el derecho de menores, y también respecto de las personas discapaces. La importancia de este artículo aumentó por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que a su vez modificó el artículo 1 de la LIVG para incluir a los menores como víctimas directas de la violencia de género. La Ley 8/2015 ampliaba el objeto de las medidas de protección integral de la mujer víctima de violencia de género para incluir en el ámbito de esta protección a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de la violencia.

4.1 EVOLUCIÓN.

“El art.158 del Código civil en su núcleo esencial se introdujo en nuestro ordenamiento por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, antes incluso de la Ley por la que se modificó la regulación del matrimonio y el

procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, manteniendo su redacción durante quince años hasta que por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil se modificó para que las medidas que los Jueces podían adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, se ampliaran a todos los menores, y a situaciones que excedían del ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y se establecía la posibilidad de que el Juez las adoptara con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal; se trataba, en definitiva, de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectaran a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos.

En el año 2002, se modifica por segunda vez; el apartado tercero pasa a ser el cuarto, y al tercero se le da un nuevo contenido acorde con la reforma operada por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, cuya finalidad era prever medidas cautelares en el ámbito civil que evitaran las sustracciones o retenciones ilícitas de menores a la par que dar una respuesta penal clara en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor era uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, va a modificar el último párrafo del precepto objeto de estudio acomodando a la terminología de la nueva ley sustituyendo la expresión “procedimiento” por “expediente”.

Finalmente la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el número 4.º, añade los números 5.º y 6.º y modifica el último párrafo del artículo 158, recogiendo en la Exposición de Motivos que se parte del principio de agilidad e inmediatez aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivarse de rigideces o encorsetamientos procesales, permitiendo adoptar mecanismos protectores, tanto respecto al menor víctima de los malos tratos como en relación con los que, sin ser víctimas, puedan encontrarse en situación de riesgo; se posibilita así la adopción de nuevas medidas, prohibición de aproximación y de comunicación, en las relaciones paterno-filiales, siendo esta la redacción que se encuentra vigente desde el 18 de agosto de 2015”.¹⁵⁸

Debemos añadir la última modificación efectuada por la LO 8/2021, de 4 de junio de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha entrado en vigor el día 25-06-2021, y da una nueva redacción al punto 6º.

Su tenor actual, es el siguiente: *“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.

¹⁵⁸ MARTÍNEZ DEL MORAL, J. “La actuación de oficio del juez en casos de violencia de género; el artículo 158 del Código Civil” en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores (Protección del menor en situaciones de violencia de género)*, Nº 12, Ed. Wolters Kluwer de 2016, p. 3. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 19-09-2020).

2. ° *Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*
3. ° *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. ° *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 respeto al principio de proporcionalidad.*
5. ° *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. ° *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.*

4.2. CONTENIDO DE LAS MEDIDAS.

Las medidas de protección de menores previstas en el artículo 158 del CC son claramente un “*numerus apertus*”, supone una lista abierta, de amplio y variado contenido. Se pueden adoptar las medidas que sean “convenientes, apropiadas, necesarias, y las que se consideren oportunas”, según se indica, ya que se establecen sólo algunas en el texto legal. Sobre el tipo de medidas, ya está superada la referencia sólo a medidas personales, sino que ahora también puede protegerse el patrimonio del menor de perturbaciones gravemente dañosas.¹⁵⁹

En relación con las medidas para asegurar la prestación de alimentos, se contemplan en el nº 1, “*Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en casos de incumplimiento de este deber, por sus padres*”.

¹⁵⁹ El Preámbulo de la Ley 26/2015 señala que “Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño y a la niña, contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras la niña o el niño se encuentren bajo la custodia de su padre o de su madre, de un representante legal o de una representante legal, o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Estas medidas comprenden todas aquellas resoluciones judiciales que llevan a asegurar el pago de alimentos, como pueden ser, las correspondientes retenciones en cuenta corriente, depósitos bancarios, el embargo de salarios, sueldos o pensiones, y en general las medidas necesarias para proteger su patrimonio, para proveer a las futuras necesidades del hijo, como la administración judicial, depósito, formación de inventario, etc. Son las medidas cautelares de los artículos 726 y 727 n° 11 de la LEC, *“se podrán adoptar aquellas medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes”*.

En un expediente de jurisdicción voluntaria, puede resolverse al amparo del artículo 158 del CC, la solicitud de que sea una institución tutelar, quien perciba la pensión de orfandad del menor, al estar inhabilitado su padre para cobrarla por haber sido condenado por la muerte de la madre. (AP Huesca, Sec. 1.^a, 5/2017, de 25 de enero SP/AUTRJ/896825). También se podrían adoptar medidas para la protección del patrimonio de los menores si se detecta una mala gestión, como la anotación de la prohibición de disponer, anotaciones de la demanda en los Registros de la Propiedad y Mercantil para preservar el uso de la vivienda familiar, anotación registral del derecho de uso de vivienda concedido en sentencia etc, estas medidas también se podrían acordar al amparo del n° 6 de este precepto.

En el n° 2 se contempla dictar *“Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda”*. Este precepto, (cláusula general) permite acordar las "disposiciones apropiadas" en los casos en que hay un cambio en el estatus de guarda del menor. La GyC normalmente la ostentan los padres, si bien, por diversos motivos o circunstancias, y siempre con el fin establecido en el artículo: *“para evitar perturbaciones dañosas a los hijos”*, temporalmente puede ostentarla una entidad pública, los acogedores del menor o un tercero, por la vía de hecho o de derecho. Judicialmente y con base en el artículo 158 del CC, podría por ejemplo concederse la guarda y custodia de un menor a los abuelos como medida urgente, ante la inestabilidad de la madre, o imposibilidad para ejercerla, siempre y cuando, el padre no pueda ostentarla, en este caso por razones de violencia de género.

Las medidas necesarias, para evitar la sustracción los hijos menores, se contienen en el n° 3, se dictarán, *“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”*.

Ya hemos visto como el JVSM no es competente a nuestro juicio para conocer del procedimiento civil de sustracción de menores,¹⁶⁰ pero sí puede dictar las medidas oportunas para evitar que se produzca. Fundamentalmente son las tres que enumera el artículo y que coinciden, con las que establece el artículo 103.1 del CC, en relación a las medidas provisionales. Estas medidas son de un importante alcance y se pueden acordar en la OP, en el procedimiento civil, y también a través de este artículo.

¹⁶⁰ Vid. Capítulo I.

La prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización previa y la prohibición de expedición del pasaporte o su retirada, son unas medidas importantes para evitar desplazamientos inesperados, y no autorizados.

El RD, 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el RD 896/2033, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, señala como razón para realizar los cambios que acomete "... el considerable incremento en el número de medidas cautelares dictadas por la Autoridad Judicial, prohibiendo la expedición del pasaporte o la salida del territorio nacional de los menores afectados por las demandas de separación o divorcio, extremo actualmente no contemplado en la normativa reguladora del pasaporte, requiere adecuar esta parte de la misma para proporcionar una mayor seguridad jurídica a la hora de cumplir con las resoluciones judiciales que puedan referirse a estos menores".

En su artículo único modifica el artículo 4 en sus apartados 1, 2, y 3, exigiendo que para la expedición del pasaporte ordinario será imprescindible la presencia física de la persona a la que se le haya de expedir....En el caso de expedición del pasaporte a los menores de edad o personas incapacitadas, deberá constar el consentimiento expreso de quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad o tutela con la indicación, por su parte, de que su ejercicio no se encuentra limitado para prestarlo, debiendo en caso contrario suplir su falta con autorización judicial.

Este consentimiento se prestará ante el órgano competente para la expedición del pasaporte. También podrá prestarse ante fedatario público, en cuyo caso, deberá acompañarse a la solicitud, copia auténtica del documento del que resulte el citado consentimiento. En el momento de prestar el consentimiento, las personas que tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad o tutela deberán acreditar su identidad con el documento nacional de identidad en vigor, en el caso de ciudadanos españoles, o con el número de identificación de extranjeros, o documento oficial válido para entrar o residir en España, también en vigor, en el caso de los extranjeros, salvo que la tutela hubiese sido asumida por ministerio de la ley.

Para su ejecución debe librarse el correspondiente oficio a la Comisaría general de Extranjería y Documentación, Unidad Central de Fronteras, a los efectos de que el menor, no pueda salir del territorio nacional, salvo autorización de ambos progenitores, o en su defecto, autorización judicial. Esta prohibición, no es sólo en relación a la situación de una posible sustracción de menores, sino también para evitar viajes que no sean queridos por ambos padres.

También puede utilizarse, para evitar que se produzca un cambio sorpresivo de domicilio del menor dentro del propio territorio nacional, o reintegrarlo si ya se ha producido. Es necesaria una actuación urgente, se debe evitar cualquier peligro, incluido el cambio de arraigo, ya que en estos casos se ha utilizado la vía de hecho para conseguirlo. El procedimiento para la autorización del cambio de domicilio, cuando no hay acuerdo sigue la vía prevista en el artículo 156 del CC, lo que supone, un procedimiento mucho más largo, en el que el juez va a atribuir la facultad de decisión a uno de los padres, pero que al igual que en la sustracción, el paso del tiempo, siempre juega en contra de los intereses del menor, por lo que ante esta situación de utilización de la vía de hecho, creo que debería utilizarse el artículo 158 del CC, y la situación de peligro, se podría construir desde el impacto que genera el desarraigo de su entorno sufre el menor, en un contexto de enfrentamiento parental, no pudiendo privilegiar, la conducta del progenitor infractor por el paso del tiempo.

Se pueden establecer también prohibiciones, tanto de aproximación como de comunicación”. Los estudiaremos juntos. El nº 4, señala que, se dictará “*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 respeto al principio de proporcionalidad*”, y en el nº 5, se establece que, se dictará “*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*”.

Concretamente, estos apartados según su tenor literal, permitirían acordar como medidas civiles de protección, medidas que son formalmente penales, y que se traducen en prohibiciones que alcanzan a la libertad deambulatoria –medida restrictiva de la libertad de circulación como derecho fundamental– y de comunicación de los progenitores, tutores, otros parientes y terceras personas, respecto del menor. Estas medidas protectoras vendrán referidas respecto al menor víctima de los malos tratos, tanto físicos como psíquicos, abusos sexuales, explotación infantil, etc., así como en relación con los que, sin ser víctimas, puedan encontrarse en situación de riesgo; con clara alusión a los menores que se encuentran expuestos a violencia doméstica y de género, y que ya son considerados como víctimas tras la reforma del artículo 1 de la LIVG.

Se trata de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, respecto de sus progenitores, tutores, parientes o terceras personas. Su adopción en un proceso civil, penal o en uno autónomo de jurisdicción voluntaria, debe ponderar la adecuación de la medida pretendida y la situación objetiva de riesgo que se trata de evitar, teniendo en cuenta la proporcionalidad.

En realidad lo que se establece en el artículo 158 del CC es un “alejamiento civil, poco conocido y aplicado en nuestro derecho, que se refiere a supuestos en que no hay datos para considerar que aparecen indicios de delito pero procede su adopción para evitar daños al menor (por ejemplo un padre que diariamente molesta al menor en el recreo del colegio sin respetar las visitas acordadas o padre que instrumentaliza al menor para enviar continuos requerimientos a la mujer)”.¹⁶¹

Por último, la cláusula general, en el nº 6 , que es la que ha sido objeto de reforma, señala: “*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*”.

¹⁶¹ JORNADAS DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. Celebradas en Madrid, del 4 al 6 de octubre de 2017, CGPJ, organizadas por el Observatorio contra la Violencia de Género. Dentro de la Formación continúa en violencia de género del CGPJ, p. 31. Disponible en <http://www.poderjudicial.es>cgpj>Temas>Formación> (Última visita, 18-10-2020).

Se ha añadido la primera parte: “*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*”, la audiencia del menor pasa al último párrafo, en el que se indica también que el tribunal puede ser auxiliado por terceras personas.

Pese al cambio legislativo, podemos seguir manteniendo que se considera una cláusula abierta y a la vez de cierre, es probablemente la que mayor virtualidad práctica ofrece, pues ciertamente albergaría todas las disposiciones contenidas en los párrafos anteriores y las demás "disposiciones que considere oportunas" con el fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Si bien, como hemos indicado este punto, contiene una cláusula abierta, hay sin embargo, determinadas medidas, que suelen adoptarse de forma más habitual, en la práctica, al amparo de la misma. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos indicar las siguientes:

a)-No hacer uso de la imagen del menor en redes sociales, sin el consentimiento de ambos progenitores. Solo se podría acudir y estimar esta medida si se produjese un ataque grave al bienestar del menor, ya que en caso contrario habría que acudir al Así, por ejemplo, a petición de uno de los progenitores, puede solicitarse como medida cautelar la necesidad de consentimiento paterno para hacer uso de la imagen de la menor en redes sociales.

Refleja en su estudio Ana M^a Pérez Vallejo, la resolución dictada por la SAP Asturias, Gijón, Sección 7.^a, 262/2015, de 17 de julio (rec. 86/2015) (pte.: Rafael Martín del Peso García) (SP/SENT/824338), justificando que esta medida no se adoptaría lógicamente al no probarse perjuicio alguno, ni uso indebido. Este uso a mi juicio debe verse caso por caso, ante la excesiva exposición de los menores en redes sociales.

b)-Sometimiento a tratamiento médico, psicológico, o intervención urgente, si hay oposición de alguno de los progenitores o de ambos, en cuyo caso intervine en su solicitud el MF.

c)-En otros casos, la petición de la medida es a instancia del Ministerio Fiscal, para obtener por ejemplo autorización judicial en casos de intervenciones o tratamientos médicos cuando existe oposición de los padres, siempre y cuando, el interés del menor justifique la adopción de la medida.¹⁶²

d)-Se utiliza también para nombrar a un CoPa, cuando la situación familiar es de máxima conflictividad, y en violencia con frecuencia puede serlo, se trata de en un último intento evitar mayores perjuicios a los menores, al no haber ningún marco jurídico para poder introducir esta figura, se puede hacer a través de este apartado.

¹⁶² PÉREZ VALLEJO, A. M., “Estudio jurisprudencial sobre las medidas urgentes de protección de menores (ex art. 158 CC)” en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/106613, Ed. Jurídica Sepín, junio de 2020, p. 13. Señala el auto de la AP de Las Palmas, de 28 de diciembre de 2015, en el que deniega dicha autorización judicial, para realizar un implante coclear a una niña con discapacidad auditiva (sordera bilateral de nacimiento), pues la decisión de los padres de no prestar su consentimiento, no es contraria al interés de la menor. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica> (Última visita, 02-04-2021).

En este sentido, auto del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Málaga de 31 de enero de 2017¹⁶³ Y en la misma línea, la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia nº 24 de Madrid, de 12 de abril de 2019, procede al nombramiento de la figura de coordinador de parentalidad, en un procedimiento de modificación de medidas, al amparo de las previsiones contenidas en el art. 39 CE y en los arts. 91, 92.5 y 158.6.º CC. Preceptos que, como reitera la sentencia, habilitan legalmente al Juez para acordar, en las sentencias recaídas en los procesos de familia, en ejecución de las mismas, o en cualquier procedimiento, específicamente, las cautelas y garantías que estime oportunas para asegurar el eficaz cumplimiento de las medidas personales referidas a los hijos en relación con el sistema de guarda establecido o el régimen de comunicaciones y estancias fijado, y, en general, para adoptar las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar a los menores de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o social. En algún momento debería definirse la figura del CoPa, innovadora figura que aún no tiene encaje jurídico, y ya se ha vetado en violencia de género.

e)-También pueden adoptarse al amparo de este artículo, medidas que no son tan frecuentes, como la petición por parte de una mujer, para adoptar como medida urgente, la suspensión del lanzamiento, en el caso de un juicio de desahucio ex art. 158.4.º CC (ahora 6.º), petición que puede adoptarse, valorando las circunstancias, como ocurrió, en el del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 39, de Madrid, por auto de 6 de marzo de 2013¹⁶⁴.

La última reforma hace más visible aún el pronunciamiento de la posibilidad de suspensión *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* del Rv, reiterando que estas

¹⁶³ Señala: "... quizás sea el art. 158.6.º del CC el que ofrezca un marco jurídico, mínimo pero suficiente, para poder acordar el nombramiento de un coordinador de parentalidad. Adopción de esta medida urgente que el juzgador justifica "por ser evidente que una ruptura parental hiperconflictivizada genera gravísimos perjuicios a los hijos menores de esas parejas, pudiéndose calificar, incluso, de maltrato psicológico hacia sus hijos, la actuación de determinados progenitores en su ruptura como pareja..." (Última visita, 18-09-2020).

¹⁶⁴ Suspensión del lanzamiento en un desahucio. El auto tras señalar la legislación en relación a la protección del menor y especialmente el artículo 158 del CC, y que la actora era la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo, y que la demandada había atendido el pago puntualmente hasta la situación socioeconómica que presenta la familia y la integración en ella de tres niños, dicta la resolución primando el interés superior de los menores afectados sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; y tratando de conjugar el derecho de la parte actora a la ejecución de la sentencia con que ésta se produzca de modo que respete los derechos de los menores y una vez que se conozcan las medidas concretas que adoptarán los poderes públicos a fin de garantizar su debido alojamiento, como ya ha indicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª) en decisión adoptada en fecha 6 de diciembre de 2012 (solicitud número 77842/12), acuerda despachar orden general de ejecución de la sentencia dictada en fecha 28 de enero de 2013 en los autos de juicio verbal de desahucio número 1649/12, a favor de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid S.A. frente a Doña Daniela. 2, suspendiendo por el momento el lanzamiento de la demandada y de sus tres hijos menores de edad del piso NUM000NUM001 de la CALLE000 número NUM002, de Madrid, que venía señalado para el día 11 de abril de 2013 a las 10:30 horas, debiendo oficiarse al Servicio Común de Actos de Comunicación y Ejecución para que tome nota de tal suspensión.3.-El lanzamiento no podrá en ningún caso llevarse a cabo antes de que los menores hayan finalizado el presente curso escolar. Disponible en: <http://www.rediuris.com/> (Última visita, 18-09-20).

posibilidades, en violencia de género, que deben ponerse en relación con las reformas del artículo 544 *ter* de la LECr como hemos visto, y del artículo 94 del CC que luego veremos.

4.3 PRESUPUESTOS, LEGITIMACIÓN Y PROCEDIMIENTO.

A) *Presupuestos y naturaleza.* Estas medidas de protección tienen naturaleza cautelar y carácter apremiante ante situaciones puntuales de excepcionalidad. Su utilización debe reservarse para casos de necesidad y/o urgencia; por lo que están pensadas para remediar, de forma inmediata, una situación de peligro o riesgo inminente, que requiera la adopción inaplazable de una medida, en interés de este colectivo especialmente vulnerable. El transcurso del tiempo es importante en un doble sentido: primero, porque puede generar la consolidación de estados que devienen difícilmente reversibles, y segundo, porque puede convertirse en un daño efectivo (en ocasiones irreparable), el no atender con la celeridad que requiere el caso, el riesgo actual o potencial de que el menor sufra perjuicios o perturbaciones dañosas.

Los presupuestos necesarios para su adopción son: una situación de riesgo grave, que la medida necesite adoptarse con urgencia, y que la protección recaiga sobre un menor de edad; cualquier menor. Lo que puede ocurrir con relativa frecuencia en violencia de género.

B) *Legitimación.* El artículo comienza estableciendo la legitimación. Están legitimados, para solicitarlas, el propio hijo, cualquier pariente y el Ministerio Fiscal, también se incluiría al menor que conviva, de acuerdo con la modificación del artículo 1 de la LIVG: "...a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia". Pero junto con esta legitimación, también cabe su adopción "de oficio" por el juez, por ejemplo en casos, en los que la víctima se ha acogido a lo dispuesto en el artículo 416 de la LECr.

C) *Procedimiento.* El amplio elenco de medidas que contiene, pueden acordarse en el marco de cualquier "proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria judicial civil o penal", por lo tanto de violencia de género, en el curso del procedimiento, o bien, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Se pueden adoptar en cualquier momento del mismo, 1ª instancia, 2ª instancia, o incluso en ejecución, y por cualquier tipo de órgano judicial, no sólo de 1ª instancia, instrucción, o violencia, también por el juez de lo penal, o en sede de la AP.

No se señalan plazos de interposición, posibilitándose pues su adopción en cualquier momento procesal, lo que supone una absoluta flexibilidad procedimental, y por ello la necesidad de una coordinación entre las distintas jurisdicciones. Lo que fue recogido desde la introducción del artículo en el CC, y así se reflejó en la Circular 1/1998, de 24 de octubre, "El art. 158 del Código Civil, redactado conforme a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, permite al Juez la adopción de las medidas cautelares que estime oportunas para apartar a los hijos menores de cualquier peligro o para evitarle perjuicios derivados de la relación de filiación. Dicha previsión se establece, a tenor del último párrafo del precepto, tanto para el proceso civil-incluidos los expedientes de jurisdicción voluntaria- como para

el procedimiento penal. El precepto representa así una fuente innominada de medidas cautelares para el menor, adoptables en cualquier jurisdicción”.¹⁶⁵

Al poder adoptarse en cualquier procedimiento, éste tenía siempre el carácter de principal, suponía ser considerado como una medida accesoria, del mismo, y se abría una pieza separada, para todo lo relativo a esta medida y cuando se apreciaba una extraordinaria urgencia, podía incluso dictarse “*inaudita parte*”.¹⁶⁶

Al inicio de su andadura, la falta de un procedimiento establecido para estos casos, se debía subsanar, y de hecho así se hacía, en la totalidad de los juzgados, a través de una comparecencia urgente, tal y como se establecía antes de la LJV; la Disposición Adicional 1ª de la LOPJM 1/1996 de 15 de enero, para adoptar las medidas del artículo 158 CC, remitía las normas de la jurisdicción voluntaria que seguían vigentes, artículos 1811 y ss LEC de 1881,¹⁶⁷ que seguiría en su celebración la mecánica de la prevista en el artículo 544 *ter* LEC.

La situación ha cambiado con la LJV, ésta establece un procedimiento para solicitar las medidas previstas en el artículo 158 del CC, pero lejos de clarificar el mismo, lo que hace es complicarlo, suscitando la siguiente pregunta ¿Ya no cabe pedirlo directamente, y acordarlo de forma urgente e incluso sumaria? Según lo expuesto, y de acuerdo con la naturaleza del precepto, entiendo que la existencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, para su adopción, no impide que también se pueda seguir adoptando de forma urgente y sumaria. De hecho la nueva regulación resulta sorprendente, puesto que, ¿Dónde queda la urgencia? La tramitación se la LJV artículos 13 y siguientes, señala que tras la admisión de la solicitud, se debe citar a una comparecencia, a los interesados, con al menos 15 días de antelación a su celebración, avisándoles que deberán acudir con los medios de prueba de los que intenten valerse, y además se establece la posibilidad de formular oposición en el plazo de los 5 días siguientes a la citación, de este escrito de oposición se dará traslado a la otra parte..., (artículo 17 LJV). Es decir las notas de urgencia y rapidez desaparecen por completo, por eso su utilización a través de este cauce en casos verdaderamente graves, es nula.

Audiencia del menor. El punto 6º del artículo 158 del CC, como hemos visto, la cláusula general del precepto, señala que: “...*Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción*

¹⁶⁵ CIRCULAR Nº 1/1998, de la FGE, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, p. 10. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 18-09-2020).

¹⁶⁶ Por ejemplo en supuestos como una intervención quirúrgica, bien para autorizarla o evitarla, como en el caso de la mutilación genital.

¹⁶⁷ LEC 1881, legislación actualmente derogada. Artículo 1.813 Si el que promoviere el acto pidiere que se oiga alguna otra persona, o solicitare el que tenga interés legítimo en él, o el Juez lo estimare conveniente, se otorgará la audiencia, poniendo de manifiesto los autos en la Escribanía por un breve término, que fijará el Juez según las circunstancias del caso. Artículo 1.814. En los casos en que la audiencia proceda podrá oírse también, en la forma prevenida en el artículo anterior, al que haya promovido el expediente. Artículo 1.815. Se oirá precisamente al Promotor fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad. El Promotor emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente.

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””.

Luego para la adopción de las medidas anteriormente reseñadas, si se considera necesario, debe garantizarse por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. A este derecho hace referencia el art. 9 LOPJM, modificado por la LO 8/2015, en su punto primero señala “ *El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

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

En el contexto ahora analizado, y cuando la medida se adopte en un proceso de jurisdicción voluntaria, el artículo 18.2.4.^a LJV detalla cómo llevarlo a cabo, al disponer la forma de celebración de la comparecencia: “ *Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. El Juez o el Secretario judicial podrán acordar que la audiencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días”.*

El hecho de ubicar la audiencia del menor en el punto 6.º, del precepto, no significa que en la adopción de otras medidas no sea necesaria llevarla a cabo, si bien como ya hemos visto, es complicado con los medios de los que dispone la administración de justicia, en cualquier procedimiento, no ya por la audiencia del menor en sí, sino por la necesidad y ahora ya exigencia de realizarla en las debidas condiciones, y con la rapidez necesaria; por lo que no siempre se llevará a cabo, de hecho muy pocas veces, cuando realmente se determina una situación de necesidad, urgencia y peligro real,

siendo más factible realizarla cuando se tramita un procedimiento de la LJV, por los plazos que esta fija.

D) *Terminación, recursos y ejecución.* En sus dos formas de adopción, de acuerdo con la LJV en un expediente o mediante una comparecencia de carácter urgente, se resuelve por auto motivado, frente al que se pueden interponer los recursos establecidos en la ley, reforma y apelación. No hay plazos de vigencia, salvo que se determinen en el propio auto, o se dejen sin efecto por una resolución posterior. Respecto de su ejecución debe ser inmediata por el juzgado que dicta el auto.

Termina el precepto con la imposición de la obligatoria comunicación de oficio de la situación de posible desamparo del menor, "...en caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública". El posible desamparo es la situación, de hecho, en que se encuentra un menor de edad al quedar privado de la necesaria asistencia moral o material, cuando sus progenitores incumplen, no ejercen adecuadamente los deberes de protección, o cuando existe una causa que los imposibilite para ejercer la patria potestad. Causas como el abandono, descuido o trato negligente, transcurso del plazo de guarda voluntaria, riesgo para la vida, salud, e integridad física del menor, explotación, o la inducción a la mendicidad, la delincuencia o la prostitución, etc. La constatación de que un menor se encuentra en situación de desamparo, determinará que la entidad pública tenga por ministerio de la ley la tutela del mismo, debiendo adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. La asunción de tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria (arts. 18.1 y 2 LOPJM y 72.1 CC). La entidad pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela".¹⁶⁸

Según la Disposición final octava de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, (BOE de 5 de junio de 2021), Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Uno. Se modifica el primer párrafo y la letra c) del apartado 5 del artículo 2, que quedan redactados como sigue: «5. Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: [...]c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos.»

Dos. Se modifica el artículo 12 en relación a las actuaciones de protección de los menores.

¹⁶⁸ GUTIÉRREZ ROMERO, F.J., "Cuestiones prácticas que suscita la aplicación de las medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género", en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/988, Ed. Jurídica Sepín, enero de 2011, p. 8 y 9. Disponible en: <https://sepin.es/violencia-doméstica> (Última visita, 18-09-2020).

Cinco. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 17 en relación a la consideración de la situación de riesgo del menor.

En las situaciones de riesgo, desprotección de un menor, continua como principio rector de las actuaciones de los poderes públicos el deber de estos de dar preferencia a adopción de las medidas familiares sobre las residenciales, e intentar mantener al menor en su familia de origen, salvo cuando no sea conveniente a su interés.

CAPÍTULO III: LA PATRIA POTESTAD, EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

“Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres”.
Pitágoras.

1.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

A lo largo del presente estudio hemos tenido presente en todo momento el interés del menor, y no dejaremos de repetir incansablemente, que todo se hace en “interés superior del menor”, del “*favor filii o favor minoris*”, principio informador de nuestro sistema, uno de los principios más invocados en derecho de familia, y por lo tanto en la parte civil de la violencia de género. Realizaremos un desarrollo válido con carácter general para toda la materia objeto de nuestro estudio. Este principio hasta hace poco tiempo era, un “concepto jurídico indeterminado”, que debía integrarse a través de la jurisprudencia.

“Los conceptos jurídicos indeterminados son criterios de valor que, por su imprecisión, han de ser perfilados en el momento de aplicarlos, <según los criterios de la experiencia común> (Díez Picazo, 1973, 1993). Se emplean para referirse a realidades que engloban un gran número de hipotéticos casos, de tal forma que la norma no puede precisar a priori el modo de proceder en cada uno de ellos. El concepto jurídico indeterminado ofrece un criterio para valorar y tomar decisiones conforme al mismo, de modo que, aplicándolo a una determinada situación, se llegue a una situación que excluya otras posibles”.¹⁶⁹

El criterio determinante para todas las medidas que afectan a los menores, es su propio beneficio e interés, ésta es la finalidad que debe presidir nuestra decisión, buscando su conveniencia por encima de cualquier otra circunstancia. El interés superior ha de ser objeto de protección, preferente y singular, incluso por encima de las legítimas pretensiones que en este ámbito puedan plantear los progenitores en el recto y justificado deseo de sus intereses particulares para estar con sus hijos, y este fin inspira todo el ordenamiento jurídico y los ámbitos en los que el menor puede estar afectado.

Es un concepto muy atrayente para su estudio desde los múltiples aspectos que abarca, sociológicos, psicológicos, educacionales, económicos etc, ahora bien, nos ceñiremos a la visión del campo de la familia, que supone incluir parte de todos estos aspectos. El TC en la STC 4/2001, de 15 de enero, señaló que: el “interés superior de las y los menores debe actuar como criterio básico y preferente en los procedimientos en materia de familia y constituye uno de sus elementos imperativos”, la familia es el epicentro de la protección del menor, el núcleo más importante, ya que influye decisivamente en el crecimiento y desarrollo del mismo, y es en este ámbito, en el que irrumpe la violencia de género. Sobre la necesidad de protección del menor no hay discusión, aunque recientemente empieza a surgir una tímida reacción para discutir la visión absoluta de la protección y sus límites, lo que considero un interesante planteamiento, ya que en ningún caso protección debe ser igual a sobreprotección.

¹⁶⁹ ORTEGA GUERRERO I. “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”, en *Revista de Psicopatología clínica legal y forense* Vol. 2, Nº 3, Ed. Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense Sociedad Española de Psiquiatría Forense, año 2002, p. 89. Disponible en <http://www.dialnet.unirioja.es>>descarga>artículo. (Última visita, 5-12-2020).

El interés superior del menor se recoge en múltiples normas internacionales, desde principios del siglo pasado. En la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño,¹⁷⁰ en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General, el 20 de noviembre de 1959, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (en particular, en el artículo 10), en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, artículos en la Convención de Derechos del Niño, de la Organización de Naciones Unidas, de 20-11- 89 (artículo 5 b y 16 párrafo.1 d),¹⁷¹ Res. 44/25 de 20 de noviembre, ratificada por España el día 30-11-90, (*en adelante CDN*) o en la Carta europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo, Resolución A3-0172/92.

En general se recoge en todos los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Es especialmente importante, la Observación general nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de la Convención de los Derechos del Niño, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas.¹⁷² El artículo 3.1 de esta Convención establece: "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

Es uno de sus valores fundamentales, responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención, y añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al "interés superior del niño", y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor.

Define el concepto de interés del niño, desde una triple visión: un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

a) Un derecho sustantivo, el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1º, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental. Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

¹⁷⁰ La Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959. Preámbulo, p. 1. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (Última visita 12-01-2021).

¹⁷¹ El Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990, comenzó con esta declaración: "No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana". Disponible en [https:// www. un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf](https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf) (Última visita 02-04-2021).

¹⁷² Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones, (de 14 de enero a 1 de febrero de 2013).

c) Una norma de procedimiento. Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales. Además, en la justificación de las decisiones se debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concreto.

En España, nuestra legislación lo establece como principio rector de la política social, al establecer en la Constitución, el Capítulo III, “De los principios rectores de la política social y económica”, el artículo 39. “1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

A nivel europeo, la vigencia y vinculación de las normas europeas en nuestro país, se articula a través del punto 4º del artículo 39 de la CE, en este sentido Alejandro Martín Molina señala: “En nuestro derecho constitucional interno la Constitución española encuentra en el artículo 10.2 (SP/LEG/2314) un elemento importante que sirve de guía a su interpretación: «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España». Si bien es cierto que esta remisión no confiere rango constitucional a los derechos reconocidos en el derecho europeo si no están también incluidos en la Constitución (así STC 38/1985), también lo es que ese precepto obliga a los poderes públicos españoles a interpretar los derechos fundamentales de la Constitución de conformidad con esos tratados, lo que tiene una extraordinaria importancia, sobre todo para el legislador, pero también para los Tribunales, pues las argumentaciones de los órganos judiciales europeos deben ser utilizadas por los españoles cuando tengan que resolver conflictos en los que sea aplicable alguna disposición constitucional sobre derechos fundamentales análoga a los preceptos convencionales interpretados.

Por su parte, el TEDH recuerda que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no debe ser interpretado independientemente y debe aplicarse de acuerdo con los principios de derecho internacional. Y, en el aspecto concreto que nos ocupa, ha señalado (asunto *Maumousseau y Washington c. Francia*, de 6 de diciembre de 2007) que «desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, "el interés superior del menor" en cualquier materia que le concierna, es el objetivo central de la protección del menor, buscando la plenitud del niño en el ámbito familiar, constituyendo la familia "la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para su crecimiento y bienestar", según los términos del

preámbulo de esta Convención. Como ya ha estipulado el Tribunal, esta consideración primordial puede suponer varios aspectos... El Tribunal suscribe en su totalidad a la filosofía subyacente de esta Convención». Así pues, la regla que ha venido presidiendo la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la de que «la preocupación por el interés superior del menor reviste en cada caso una importancia decisiva» (asunto K. T. c. Finlandia, sentencia de la Gran Sala de 12 de julio de 2001, 154), lo que obligará a los Estados parte a adoptar medidas positivas, cuya inexistencia o incumplimiento llevará aparejada una infracción del Convenio”.¹⁷³

Su marco de protección a nivel estatal, ha sido especialmente reforzado en importantes leyes como la LIVG, la LO de 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada sucesivamente por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la LEVD y recientemente por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia.

La LO 8/2015, de 22 de julio, es la que por primera vez va a dar un contenido material al interés superior del menor, modificando el artículo 2 de la ley 1/1996, intentando dotarlo de un contenido, establecer unos criterios, para que el concepto no sea tan “indeterminado”. Para ello incorpora la jurisprudencia del TS de los últimos años, así como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Su contenido, incluye *la necesidad* de “preservar el mantenimiento de sus relaciones familiares”, *proteger* “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas” *ponderar* “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”, *estabilizar* “las soluciones que se adopten...”, y *determinar* que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”. El principio del interés superior del menor se expresa a través de derechos como “expresar libremente su opinión en relación a los asuntos que le afectan conforme a su edad y madurez” (artículo 12 CDN), recibir apoyo y asistencia de ambos progenitores (artículo 9.1 CDN), mantener relación con su familia extensa (artículo 5.1 CDN)...

Principio que se viene utilizando en múltiples sentencias tanto del TS, (STS 25 de abril de 2016), como de las diferentes Audiencias Provinciales, (SAP de Madrid, secc nº 22, 636/2016 de 13 de septiembre rec. 1439/2015 <SP/SENT/876108>).

1.1 CONCEPTO Y CONTENIDO DEL INTERÉS DEL MENOR.

Como hemos dicho la LO 8/2015 de 22 de julio, dota de un contenido al interés superior del menor en su artículo 2,¹⁷⁴ proporcionando junto al resto de normas

¹⁷³ MARTÍN MOLINA A., “Problemática sobre el derecho de visitas”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/83048, Ed. Jurídica Sepín, octubre de 2019, p. 2. Disponible en: <https://sepin.es/violencia-domestica>. (Última visita, 12-12-2020).

¹⁷⁴ Artículo 2, LO 8/2015 de 22 de julio. Concepto de interés del menor. 1. // *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las*

instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. 2.// A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. 3. //Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. 4.// En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados. 5. // Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos. **(Se modifica el primer párrafo y la letra c) del apartado 2 por la disposición final 8.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Ref. BOE-A-2021-9347).**

vigentes, un marco para determinar y evaluar el interés superior del menor, que luego va a ser necesario fijar en el caso concreto.

La reforma efectuada por LO 8/2021, de 4 de junio, se remite a los principios y criterios de interpretación del interés superior del menor, artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en su artículo 4 añade una serie de “Criterios generales”,¹⁷⁵ entre los que señala en el punto i) la “Incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y la adolescencia”.

Desde un punto de vista jurisprudencial, es un principio que se ha recogido ampliamente,¹⁷⁶ y de forma clara desde hace mucho tiempo. La jurisprudencia del TS, expresa sobre este principio: "es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil", (por todas, la STS, Sala 1ª, de 20 de abril de 1987).

Con posterioridad a la LO 8/2015 de 22 de julio, el concepto de interés del menor que se expresa en la misma, se utiliza como “cánon hermenéutico” por la jurisprudencia, y no sólo posterior a la misma, sino incluso se considera aplicable a supuestos de hecho anteriores, dado que según la disposición transitoria única, los procedimientos

¹⁷⁵ a) Prohibición de toda forma de violencia sobre los niños, niñas y adolescentes. b) Prioridad de las actuaciones de carácter preventivo. c) Promoción del buen trato al niño, niña y adolescente como elemento central de todas las actuaciones. d) Promover la integralidad de las actuaciones, desde la coordinación y cooperación interadministrativa e intradministrativa, así como de la cooperación internacional. e) Protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la victimización secundaria. f) Especialización y capacitación de los y las profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes para la detección precoz de posibles situaciones de violencia. g) Reforzar la autonomía y capacitación de las personas menores de edad para la detección precoz y adecuada reacción ante posibles situaciones de violencia ejercida sobre ellos o sobre terceros. h) Individualización de las medidas teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada niño, niña o adolescente víctima de violencia. i) Incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y la adolescencia. j) Incorporación del enfoque transversal de la discapacidad al diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y la adolescencia. k) Promoción de la igualdad de trato de niños y niñas mediante la coeducación y el fomento de la enseñanza en equidad, y la deconstrucción de los roles y estereotipos de género. l) Evaluación y determinación formal del interés superior del menor en todas las decisiones que afecten a una persona menor de edad. m) Asegurar la supervivencia y el pleno desarrollo de las personas menores de edad. n) Asegurar el ejercicio del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en toda toma de decisiones que les afecte. ñ) Accesibilidad universal, como medida imprescindible, para hacer efectivos los mandatos de esa Ley a todos los niños, niñas y adolescentes, sin excepciones.

¹⁷⁶ Entre otras, SAP A Coruña, Sec. 4.ª, 7/2017, de 12 de enero, Recurso 592/2016/Referencia: SP/SENT/887802.

judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se registrarán por la normativa vigente en el momento de su inicio, no obstante dicho concepto se ha aplicado en diferentes sentencias, como en la STS, Sala I de lo Civil, nº 680/2015 de 26 de noviembre de 2015, Recurso 36/2015.

Evaluar y determinar el interés superior del menor, supone valorar el caso concreto, siguiendo un procedimiento con las debidas garantías, oyendo al menor.

La valoración se realiza sobre todos los datos de los que se disponga, el contexto y las circunstancias de cada niño, edad, sexo, madurez, estado físico y psíquico, ámbito social y cultural... hay listas que ofrecen criterios generales, si bien no pueden ser tan exhaustivas que recojan todos los parámetros a utilizar, pero sí suponen un excelente instrumento guía.

La Observación general nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de la Convención de los Derechos del Niño, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas, fija como elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar este interés: a) la opinión del niño, b) la identidad del niño, c) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, d) cuidado protección y seguridad del niño, e) la situación de vulnerabilidad, si el niño es discapacitado, refugiado, víctima de maltrato...f) el derecho del niño a la salud, y g) el derecho del niño a la educación.

Los elementos indicados deben ponderarse teniendo en cuenta su fin, el objetivo del interés superior del menor que es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos que le son reconocidos y el desarrollo holístico del niño, que abarcaría su desarrollo a nivel físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.

El concepto de interés superior del menor, supone considerar a los niños como titulares de derechos. Este interés debe siempre fijarse en cada caso concreto, de forma individual, por lo tanto en cualquier medida que afecte a un niño éste interés debe ser primordial.

Es un concepto flexible, complejo, dinámico, siempre en constante evolución. Es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que está relacionado con otros principios como el derecho a la vida, a la salud, a ser escuchado...

La intervención del menor en el ámbito civil, que desarrollamos es completamente diferente a como se produce en el ámbito penal, tanto general como de violencia, en este último ámbito, el menor puede encontrarse en la calidad de víctima/testigo, o solamente como testigo. En ambos casos se toman precauciones especiales para evitarle una “mayor victimización”, derivada de las sucesivas comparecencias judiciales, por lo que se intenta evitar la reiteración de estas. Por LO 8/2021 de 4 de junio, se introduce un nuevo artículo el 449 *ter* en la LECr, que establece la obligación en todo caso de practicar como preconstituida la prueba de la persona menor de 14 años o una persona con discapacidad en los supuestos allí previstos, si bien con carácter general, y las diligencias que se practican hasta una determinada edad, (los 12 o 13 años) deben hacerse como pruebas preconstituidas, realizándose las advertencias legales, siempre con un lenguaje y formas adecuadas a su edad y circunstancias.

En el procedimiento civil también es necesario oír al menor a los efectos de determinar su situación y también la de su familia, como luego veremos.

1.2 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

La LO 8/2015 de 22 de julio, en el punto sexto de su Preámbulo,¹⁷⁷ indica: "Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma".

La disposición final tercera de la ley modifica la LIVG en los artículos 1, 61, 65, y 66, es una reforma muy importante por cuanto en el artículo 1 de esta ley reconoce y visibiliza a los menores como víctimas de la violencia de género, así su apartado 2 señala: "*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*". El artículo 1 también reformado tal y como hemos señalado para incluir la violencia vicaria.

Si el interés del menor es siempre importante, lo es aún más en violencia de género, ya que aquí necesidad de protección tiene un "plus" por la situación especial que esta supone, y por lo tanto influirá en todas las decisiones que se tomen, ya que la vulnerabilidad del menor es aún mayor.

El menor puede ser víctima directa o indirecta de la violencia. Si el menor ha sido víctima de forma directa, la determinación es clara, pero ¿Que consideramos ser víctima indirecta de violencia? Como víctima indirecta sufre violencia, aunque no se ejerza directamente sobre él, incluso aunque no sea de forma presencial, puede encontrarse dentro del "clima de violencia", situación que le afecta, tal y como señala el TS en sus últimas sentencias. Pero al igual que es indeterminado el concepto de interés superior del menor, también lo es el de menor como víctima indirecta de violencia de género, y como aquel, deberá ser determinado en una labor a realizar en cada caso concreto.

Creo que no cabe hacer una interpretación extensiva en la que se permita considerar que cualquier causa penal abierta por violencia de género, comporta automáticamente la calificación del menor como víctima indirecta de violencia, y en base a la misma, restringir los derechos del progenitor paterno. Como hemos venido indicando, el abanico de la legislación actual de violencia de género, es de tal amplitud que impide realizar imposiciones generales, a la vista del sinfín de situaciones diferentes, en gravedad, circunstancias y soluciones, por lo que no cabe adoptar medidas generales de prohibición, como se pretenden en un futuro, por ejemplo de privación sin más de la patria potestad, régimen de visitas, etc, al "maltratador", y ello porque de esta forma no se valora la situación real, sino se generan estereotipos muchas veces equivocados. Sentado lo anterior, podemos afirmar sin duda alguna que en nuestra legislación, y en la práctica de nuestros juzgados y tribunales no hay resquicio en la protección del menor, tanto en la determinación de las medidas civiles como penales,

¹⁷⁷ En la exposición de este punto seguiremos el Preámbulo de la Ley 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, p. 1 a 6.

cuando éste ha sido víctima de la violencia, tanto directa como indirecta, cuando el menor puede estar en riesgo y saltan los indicadores de alarma, aunque sean mínimos, se procede a la inmediata protección. Si podemos afirmar, que no sólo en este momento, si no desde hace ya muchos años, es muy importante y digna de reconocimiento, la sensibilidad que existe en todos los operadores jurídicos, para la protección del menor.

La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, se remite a los principios y criterios de interpretación del interés superior del menor, artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en su artículo 4 como “criterios generales”¹⁷⁸ entre los que señala en el punto i) “Incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y la adolescencia

1.2 LA AUDIENCIA DEL MENOR.

El interés superior del menor, está íntimamente unido a la necesidad de oír al mismo. Esta audiencia se encuentra en numerosas normas tanto nacionales como internacionales, artículo 12 de la CDN, artículo 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, o el artículo 9 de la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor: “El derecho a ser oído y escuchado”. Desarrollaremos tal audiencia, señalando que no hay ninguna especialidad respecto de la violencia de género, aparte de la sensibilidad de la materia, y como acabamos de ver, que el menor puede ser o haber sido víctima directa o indirecta de los hechos, en el ámbito penal.

¹⁷⁸ a) Prohibición de toda forma de violencia sobre los niños, niñas y adolescentes. b) Prioridad de las actuaciones de carácter preventivo. c) Promoción del buen trato al niño, niña y adolescente como elemento central de todas las actuaciones. d) Promover la integralidad de las actuaciones, desde la coordinación y cooperación interadministrativa e intradministrativa, así como de la cooperación internacional. e) Protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la victimización secundaria. f) Especialización y capacitación de los y las profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes para la detección precoz de posibles situaciones de violencia. g) Reforzar la autonomía y capacitación de las personas menores de edad para la detección precoz y adecuada reacción ante posibles situaciones de violencia ejercida sobre ellos o sobre terceros. h) Individualización de las medidas teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada niño, niña o adolescente víctima de violencia. i) Incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y la adolescencia. j) Incorporación del enfoque transversal de la discapacidad al diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y la adolescencia. k) Promoción de la igualdad de trato de niños y niñas mediante la coeducación y el fomento de la enseñanza en equidad, y la deconstrucción de los roles y estereotipos de género. l) Evaluación y determinación formal del interés superior del menor en todas las decisiones que afecten a una persona menor de edad. m) Asegurar la supervivencia y el pleno desarrollo de las personas menores de edad. n) Asegurar el ejercicio del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en toda toma de decisiones que les afecte. ñ) Accesibilidad universal, como medida imprescindible, para hacer efectivos los mandatos de esa Ley a todos los niños, niñas y adolescentes, sin excepciones.

Se establece en artículo 9.1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor: “*El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias*”.

El TC se ha pronunciado, “El derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)...Este derecho, introducido por primera vez en el art. 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño, figura asimismo en el art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, ratificado por España mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el apartado 15 de la Carta Europea de derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992 y, con una fórmula más genérica, en el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Goza pues de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con lo establecido por los arts. 10.2 y 39.4 CE. Este derecho se desarrolla en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que indica en su exposición de motivos que se han tenido en cuenta los criterios recogidos en la observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Entre otros aspectos, la citada reforma legal de 2015 refuerza la efectividad del derecho al disponer que, en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a este y su valoración (art. 9.3 *in fine* de la Ley Orgánica 1/1996), todo ello según la STC, de 9-05-2019.

La vulneración del derecho de audiencia al menor constituye una infracción procesal que debe ser remediada por los órganos judiciales superiores y determina que se retrotraigan las actuaciones, al declararse la nulidad de las actuaciones. Luego en los procedimientos civiles de violencia de género, pueden producirse situaciones en las que sea necesario oír al menor, bien porque sea preceptivo si es mayor de 12 años, o bien porque se considere necesario y tenga madurez suficiente, fundamentalmente en

los procedimientos sobre la GyC. Esta audiencia plantea varias cuestiones que ahora veremos.

A) Sobre la necesidad de la audiencia, su obligatoriedad o no, se ha debatido mucho, ya que se planteaban “posibles contradicciones entre el CC y la LEC”, ante el distinto tenor de sus artículos, el artículo 92.6 del CC regula la audiencia de los menores por el juez, “cuando tengan suficiente juicio y el juez lo estime necesario, y el artículo 770.4 de la LEC establece que "se les oír, si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años". Sin embargo, el artículo 777.5 LEC tiene una redacción similar a la del Código Civil, es decir, amplía las facultades, del juez para oír o no al menor.

Tras la reforma del artículo 770.4 de la LEC, por la Ley 8/2021 de 2 de junio, en esencia el planteamiento sigue siendo igual de válido, por el tenor de la misma.¹⁷⁹

Desde un punto de vista jurisprudencial la cuestión ha sido ya resuelta, y el TS se ha pronunciado de forma clara desde el año 2014, sobre lo esencial del trámite en los procedimientos en los que se decida la GyC, concluyendo que es preceptivo oír a los menores, cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio, y en todo caso a los mayores de 12 años.

Por STS, Sala I de 20-10-2014, recurso nº 413/2014, se resolvió sobre lo esencial del trámite de audiencia y las consecuencias de la falta de audiencia a los menores en un proceso de GyC, debe señalarse que en este caso, la audiencia no había sido pedida por la madre, y se renunció a la misma por el padre en el acto de juicio, sin embargo se estimó su necesidad de oficio. La Sala del TS tras deliberar, dictó providencia a los efectos de oír a las partes sobre la ausencia de audiencia a los menores, al ser cuestión apreciable de oficio, de acuerdo con el artículo 92.6 del CC y el artículo 9 de la Ley de Protección del Menor. La parte recurrida alegó que no se entendía la posibilidad de adoptar un sistema de custodia compartida, sin oír a los menores, y por el MF se expuso la contradicción existente entre la Ley Orgánica de Protección del Menor, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 770.1.4^a y 777.5) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 17 de enero de 2012).

El TS resolvió aplicando el artículo 9 de la Ley de Protección del Menor, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y el artículo 24 de la Carta

¹⁷⁹ Artículo 770.4 de la LEC, vigente tras la última reforma. “Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o a los mayores con discapacidad que precisen apoyo, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando. En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

Europea de Derechos Fundamentales, y concluyó que: “La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio”, en este mismo sentido la STC de 6 de junio de 2005. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.

Es necesaria la audiencia, es esencial, pero ¿es imperativa?, la respuesta debe ser negativa, dado que existe la posibilidad que el juez o tribunal valoren que no debe practicarse. Ahora bien, la resolución debe ser en todo caso motivada, tal y como señala la STS nº 427/2015, de 10-07-2015, rec nº 1118/2014, “Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada. La sentencia de 4 de noviembre 2013 declara que “la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor”. Se puede decidir sobre su no realización, cuando se expone al menor a una situación que le puede ser perjudicial, por el conflicto de lealtades que se puede haber desatado, por la excesiva exposición del mismo a los sucesivos procesos entablados por las partes...

Contra la resolución que acuerda la denegación de la audiencia, caben los recursos establecidos en la LEC, reposición y apelación. La consecuencia de la falta de audiencia, en los casos en los que debería haberse practicado es clara, la nulidad de actuaciones, ya que se considera que se causa indefensión, y conlleva la retroacción de las actuaciones al momento procesal anterior a resolver sobre la GyC, para que se oiga al menor, y luego se resuelva lo que corresponda.

Sobre la audiencia, planea otro problema y es la denegación de la misma, por ejemplo argumentando que ya se ha oído al menor al realizar el informe psicosocial, esta situación la abordaremos al hablar de la naturaleza de esta comparecencia, respecto de la audiencia del menor.

B) La naturaleza de esta comparecencia, es también motivo de discusión. El artículo 9.1.2º párrafo de la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor señala: “*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento*”.

Sobre la naturaleza del procedimiento, Pilar González Vicente indica que “La exploración judicial no es un medio de prueba, sino la forma en la que puede ejercitarse el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado en un proceso antes de que la autoridad judicial adopte una decisión que le pueda afectar. Es un

derecho y no una obligación. Sin embargo, el informe psicosocial sí es un medio de prueba, aunque dotado de ciertas particularidades. Eso sí, ambos se conciben como garantías que deben respetarse en interés de los menores”.¹⁸⁰

La AP de Madrid, Sección 22, en sentencia de 4 de abril de 2014, indica que “La exploración no resulta una prueba al uso en los términos definidos por la LEC y no está sometida a las reglas generales relativas a la práctica de la prueba”.

Como ya he expresado, entiendo al igual que la AP, que tal audiencia es un medio de prueba, pero especial. No lo es sentido técnico jurídico al no ser un interrogatorio, para ello estaría la prueba testifical, por sus características debe examinarse y tenerse en cuenta con el conjunto de la prueba practicada, expresa la voluntad y situación del menor y la familia, de ahí su importancia en la resolución del procedimiento, sin perjuicio que tenga un carácter especial, por cuanto no está sometida a las reglas generales de la práctica de la prueba.

C) La forma de realización no viene determinada de forma específica en el texto legal, que establece una cláusula general, se “...realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión...”, por lo que depende en cada lugar del “*usus fori*”.

La LJV, ha introducido una forma de realizarla, aunque también de una forma muy general, artículo 18, “*Celebración de la comparecencia*” 4. “*Cuando el expediente afecte a los intereses de una persona menor de edad o persona con discapacidad, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. La autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Del resultado de la exploración se levantará en todo caso, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días. Tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deberán valorar motivadamente la exploración practicada. En lo no previsto en este precepto, se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

¹⁸⁰ GONZALVEZ VICENTE, P., exposición de este punto siguiendo la Encuesta Jurídica “¿Suple la exploración judicial el informe psicosocial?”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/74670, Ed. Jurídica Sepín, septiembre de 2018. Disponible en: [https:// sepin.es/violencia-domestica](https://sepin.es/violencia-domestica) (Última visita, 4-04-2021).

1. Lugar de su práctica. Los juzgados y tribunales en gran parte del territorio nacional, con excepciones como el País Vasco y Cataluña, carecen de lugares adecuados para la realización de la exploración, por lo que se practican en las salas de vistas, en las que sin toga, intentado hacer lo más llevadero posible, el momento tan estresante que va a pasar el menor, se realizan y graban estas audiencias. Últimamente se barajaba su realización en el despacho del juez o del LAJ, que por sus reducidas dimensiones, y falta de medios para grabar la audiencia se ha descartado. Con la situación de pandemia que padecemos, surge otro problema, llevar al menor al juzgado o tribunal. Hay algunos intentos por las partes de celebrar esta audiencia desde el domicilio del menor, que se vienen rechazando de forma tajante, como no podía ser de otra forma, las garantías al celebrarlo así, se desmoronan, no sabemos si el menor está solo, le acompaña alguien en la habitación, se pierde una gran parte de la intermediación, del contacto, esencial en estos casos; se está planteando para evitar estos inconvenientes, la idea de realizar la audiencia en el colegio/instituto, en una sala en la que por medios telemáticos se desarrollaría la misma; es una idea aún incipiente, que no veo muy clara, ya le supone un grave trastorno al menor la situación de crisis y destrucción de su entorno como venía desarrollándose hasta ese momento, para llevar al colegio la exploración, y tener también allí un factor estresor, por más que se le intente proteger.

2. Información. La exploración del menor se entiende como una diligencia judicial dirigida a materializar derecho a ser oído y escuchado que tiene el menor, y por ello cuando es citado para tal diligencia, al inicio debe ser debidamente informado de la misma, su desarrollo, y también que como tal derecho puede ser renunciado. En la ley se establece una doble posibilidad que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo, de forma directa, solo o asistido, por terceras personas, por ejemplo en su caso, por intérpretes (podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación...). No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

En el caso de violencia de género, es muy difícil por no decir imposible, que tal opinión pueda ser transmitida por sus representantes legales, que salvo situaciones muy especiales, serían sus padres, ya que estarían directamente afectados por el conflicto. El menor puede pedir al juez ser explorado, y en este caso, sería muy difícil negar la realización de esa exploración.

3. Quienes deben estar presentes. El juez, el LAJ, y el MF. La comparecencia, debe tener un carácter preferente, con participación del MF, artículo 749.2 de la LEC, artículo 2.1 del EMOF, y STC 17/2006, de 30 de enero, siempre que sea posible.

Su presencia de acuerdo con la ley, no resulta ya obligatoria, pero a mi juicio debería estar presente,¹⁸¹ no es que su ausencia afecte a derechos fundamentales de las partes, sino que su presencia al presidir su actuación, la defensa de la ley y el orden público, las beneficia en gran medida, es importante, para salvaguardar los derechos del menor y de estas, que no están presentes, dado que su presencia supondría una perturbación

¹⁸¹ En este momento ya no es necesaria la presencia del MF, la propia LJV en su artículo 18 señala que la comparecencia se celebrará “...*pudiendo asistir el Ministerio Fiscal*, porqué esta apreciación, por la falta de medios personales, la falta de fiscales para atender los señalamientos a los que deberían acudir; de hecho el TC, en la STC del Pleno nº 64/2019 de 9-05-2019 señaló en relación con las garantías de la exploración del menor y la presencia del MF, que “ la función tuitiva del fiscal refuerza esta garantía, dada su especial vinculación con los intereses de los menores”.

de la audiencia por cuanto es evidente que el menor vería coartada su capacidad de respuesta. Y su presencia en los casos de violencia de género es aún más importante. Si fuera necesario, también se puede acordar la práctica de la audiencia con la presencia de otros profesionales por ejemplo psicólogos, (preferentemente el/los mismos que luego vayan a emitir el informe psicosocial), asistentes sociales, el mediador, o el CoPa.

4.- Práctica de la misma. No hay un momento para su realización, puede ser antes o después de la vista, antes o después del informe psicosocial, en la determinación del mejor momento para su realización hay ventajas e inconvenientes. Desde mi punto de vista, es mejor realizarla en último lugar, así el tribunal y el MF ya tienen conocimiento de la situación que se les expone y el contenido de la audiencia es mucho más clarificador, se alude también como argumento para su práctica con posterioridad, la posibilidad de adoptar más acuerdos previos. Para otro sector de la doctrina es mejor realizarla antes para tener conocimiento durante el juicio de la opinión del menor.

5.- Traslado de la audiencia practicada. Sobre el traslado de la audiencia a las partes, se abrió un debate sobre su conocimiento. Acabamos de indicar que de la audiencia se debe dar traslado a las partes, tanto de la grabación, como del acta sucinta, si ésta última se realiza, o de ambas en aquellos juzgados que así se practica¹⁸².

Al no haber un procedimiento tasado, estas actuaciones pueden realizarse de estas formas indicadas, ahora bien lo que sí podemos afirmar, es que la polémica sobre la negativa a dar traslado a las partes de la exploración, por entender que entraba en colisión con el derecho a la intimidad y confidencialidad de lo expresado por el menor, está ya superada al haber sido resuelta por el TC en sentencia del Pleno 64/2019, de 9 de mayo de 2019, en esta sentencia el objeto del proceso se circunscribía “al párrafo final del art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, en el que se regula la obligación de extender acta detallada de la exploración judicial y trasladarla a las partes...El derecho a la intimidad, según ha reiterado la STC 58/2018, de 4 de junio, “tiene por objeto ‘garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida’ (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 7) (FJ 5).

La interrelación entre ambos derechos se aprecia con claridad en el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996, al fijar como regla general, aplicable a toda comparecencia o audiencia de los menores en los procedimientos judiciales, que la misma debe realizarse cuidando de preservar su intimidad.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que el derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos) incorpora el principio de contradicción, que significa que las partes en un procedimiento civil o penal deben tener la oportunidad de conocer y opinar sobre toda la prueba que forme parte de aquel, y que pueda tener influencia en la decisión judicial (para procesos civiles, SSTEDH *Ruiz-Mateos c. España*, § 63; *Vermeulen c. Bélgica*, § 33;

¹⁸² No hay un sistema claro del modo de hacerse, (artículos 145, 146 de la LEC, y 18.4 de la LJV), generalmente por los LAJ se produce la grabación de la vista, y se suele recoger un acta sucinta, sin embargo la LJV, ofrece una salida para aquellos LAJ que aún no graban las audiencias.

McMichael c. Reino Unido, § 80, y *Lobo Machado c. Portugal*, § 31), lo que exige que el juez ponga a disposición de las partes los documentos que forman parte del procedimiento (STEDH *Kerojärvi c. Finlandia*, § 42).

Bajo estos presupuestos, ponderar si la tutela judicial efectiva de las partes procesales *stricto sensu*, pero también y ante todo del menor cuyos derechos e intereses se ventilan en el procedimiento, se conjuga de forma equilibrada con el derecho fundamental a la intimidad de los menores de edad, exige situar la norma cuestionada en un contexto más amplio, como proponen tanto el abogado del Estado como el ministerio fiscal.

El momento crucial para garantizar los derechos de audiencia y a la intimidad del menor, conciliándolos con los derechos que asisten a las partes en el proceso no se desencadena con el traslado del acta, sino que se sitúa en un momento anterior, en el desarrollo del acto del que dicho documento da fe. Es en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la administración de justicia debe cuidar de preservar su intimidad (art. 9.1 párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996), velando en todo momento por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente.

Por otro lado, la función tuitiva del fiscal refuerza esta garantía, dada su especial vinculación con los intereses de los menores (STC 185/2012, FFJJ 3, 4, y 5), de la que son buena muestra las instrucciones 2/2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, y 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores. Si se observan estrictamente estas reglas y cautelas, como es obligado en atención al interés superior del menor, se reduce al mínimo la incidencia en su intimidad: en cuanto reflejo de una exploración judicial en la que ya se han adoptado las medidas oportunas para preservar la intimidad del menor, el contenido del acta únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente. Así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el consiguiente contenido del acta, en razón de esa misma relevancia, y por imperativo del principio de contradicción, el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones”.¹⁸³

D) Hay también problemas en cuanto la posibilidad de suplir la audiencia del menor, si se ha realizado una valoración personal del mismo en el informe psicosocial.

En relación al ámbito del informe psicosocial, cuando en éste se ha oído al menor, y su validez para suplir la audiencia judicial de éste, como en todo procedimiento de familia, depende de las circunstancias.

En general hay un acuerdo en relación a la imposibilidad de sustitución de la entrevista/exploración efectuada en el informe psicosocial, a la exploración judicial, y viceversa, cada uno tiene su ámbito de actuación, son diferentes en objetivos y fines.

¹⁸³ Cuestión de inconstitucionalidad 3442-2018. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona respecto del art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Derecho a la intimidad: constitucionalidad del precepto legal que regula la forma como debe documentarse la exploración de menores o personas con capacidad modificada judicialmente en los expedientes de jurisdicción voluntaria. BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019, páginas 60836 a 60848 (13 p.). Disponible en: <http://boe.es>

El informe psicosocial como acabamos de indicar es un medio de prueba sometido pues a las reglas de ésta, mientras que la exploración del menor no.

Francisco Javier Forcada Miranda, entiende que son dos cosas muy diferentes y por ello una no puede suplir a la otra, "...la exploración judicial y el informe psicosocial son dos cosas muy distintas y, por lo tanto, una no puede suplir a la otra. No se trata solo de que la audiencia del niño no sea una prueba y de que, por ello, sea preciso un método probatorio psicológico que vaya más allá de la opinión del niño. No se trata solo de que si no se considera que es un medio de prueba no va a ser sometida al principio de contradicción y tan solo se limitará a satisfacer el derecho del menor a ser oído. Se trata de que la exploración del niño por el propio Juez, y no por terceros, ha alcanzado ya relevancia internacional sobre la base de que las particularidades nacionales, en los casos de audiencia de niños, juegan un papel muy relevante con consecuencias diversas. Que sea el Juez el que deba oír personalmente al niño, o que su voluntad se obtenga por otras vías es una cuestión nada pacífica y la pregunta que ahora se contesta es, por ello, muy oportuna. Nadie cuestiona que lo importante es que el niño, que pueda opinar, sea oído, pero cada vez son más relevantes las exigencias formales y las modalidades de estas audiencias. En ocasiones, se admite la audiencia a través de otras personas u otros medios diversos a la exploración personal por el Juez que conoce del caso, y otras veces parece exigirse que sea el Juez personalmente el que oiga al menor.

Esta cuestión no siempre es resuelta de forma uniforme por los Tribunales internacionales. La primera postura la acoge la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 22 de diciembre de 2010 (C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828, caso Aguirre Zárraga Pelz –SP/SENT/535043–) en donde se admite que la audiencia del menor no necesariamente ha de ser personal y directa ante el Juez. Así, se señala que caben otros medios por los que la voluntad del menor sea tenida en cuenta y que deben respetarse las particularidades nacionales acerca de cómo verificar este tipo de audiencias. La segunda postura la refleja la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España (n.º 23298/12), Sección 3.ª, de 11 de octubre de 2016 (SP/SENT/873777), donde el Tribunal ha considerado vulnerado el art. 6 CEDH, en un supuesto en el que un Juez no oyó personalmente a la hija mayor de 12 años, y en donde se alegaba que hubo ausencia de toda motivación para rechazar tal petición de audiencia a pesar de lo dispuesto en la normativa interna aplicable. A nivel nacional, diversas sentencias del TC –por todas la de Sala Pleno de 29 de junio de 2009 (SP/SENT/467731)– ya hacían una interpretación integrada de los arts. 9.2 de la LO 1/1996, de Protección del Menor, y 92.2 y 6 CC, al señalar que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996). Podría entonces prescindirse de la audiencia cuando la opinión del menor ya fuera conocida a través del informe pericial psicosocial, pero ha de señalarse que la doctrina del TC se mueve en la línea de declarar nulas las resoluciones judiciales relativas a hijos menores de edad dictadas por el Juez en procesos de familia, sin haberse practicado la exploración de los menores, y que el TS, por ejemplo, en la Sentencia, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de octubre de 2014 (SP/SENT/784447), considera necesaria la práctica de la audiencia de los menores, aun no pedida, declarando la nulidad de la sentencia y la retroacción de actuaciones si esta no ha tenido lugar. Una postura razonable es considerar que no siempre es obligatoria la audiencia de menores de edad, pero que una denegación de esta medida debe estar

debidamente motivada, sin que sea causa suficiente de denegación el que ya se haya practicado una pericial psicosocial. Eso sí, no valen reglas generales”¹⁸⁴. Como ya hemos visto la jurisprudencia, no esta de acuerdo, y sí entiende que puede ser válido según cada caso.

Después de esta exposición, sobre el interés del menor, y su protección, podemos preguntarnos siguiendo la exposición de Francisco Rivero Hernández, “¿Estamos sobrevalorando, efectivamente, el papel, las necesidades y el interés de los menores? Limitándome a la perspectiva jurídica del problema, y sin perjuicio de compartir las críticas puntuales a una determinada ley, no creo que deba generalizarse la crítica en el sentido sugerido (sobrevaloración del interés del menor) a la moderna legislación y normativa concreta sobre dicho interés, que es lo que aquí me ocupa. Pienso, que, en principio, no hay una excesiva valoración normativa de ese interés, aunque sí cierto desorden legal, material y formal. Hay hoy, desde luego, una muy diferente consideración social y jurídica relativa al menor, del que interesa sobre todo su calidad de *persona* de pocos años, (menor de edad) y de futuro ciudadano: el menor de hoy es el adulto de mañana. El enfoque jurídico -sigo dejando aparte la cuestión social- de la situación y protección de los menores es eminentemente un problema de política legislativa, cuya orientación y decisiones competen a otros estamentos y no al jurista de a pie. Decisión, en última instancia, de la sociedad misma por medio de sus representantes (Parlamento, Gobierno; es decir, Poder legislativo y ejecutivo); pueden hacerlo mejor o peor, pero es competencia y decisión suya, que responde a una determinada sensibilidad social y jurídica, que varía en el espacio y en el tiempo. Más hay que subrayar que se ha producido un raro consenso en las legislaciones de todos los países de nuestra área cultural y jurídica (incluso más allá del mundo occidental) en torno a la protección de los menores y a dar particular relevancia a su *superior interés*, que se ha reflejado también en los grandes Convenios internacionales de que he dejado constancia, que han contribuido igualmente a una aproximación y en algunos puntos equiparación de la legislación interna de muchos países.” ...“Todo ello pone de manifiesto, una vez más-pues la cuestión y su constatación no es nueva-, y aquí de forma señalada, cuán distintas son las acepciones formales, estrictamente legales de los hechos y categorías jurídicas y de las normas, y los aspectos y proyecciones personales de las mismas en el mundo del Derecho. Obsérvese que no se trata ya de meras perspectivas intelectuales, de diferentes planteamientos metodológicos o hermenéuticos. Se trata, como aquellos ejemplos indican, de una visión y apreciación efectiva del fenómeno jurídico tal y como se presenta en la vida real, en la que se inserta como un *posterius* todo lo normativo. Lo sustantivo es la realidad sobre la que opera el Derecho, realidad luego cualificada y disciplinada por la norma. Ésta, y su calificación, es meramente adjetiva; y como tal, por brillante que sea, lo adjetivo no puede hacernos perder de vista la realidad vital sobre la que la norma incide y regula”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ FORCADA MIRANDA, F.J., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/15 (Parte II)”, en *Revista Millennium Derecho internacional privado*, Nº 3, (enero a junio de 2016), Ed. Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://www.millenniumdipr.com/ba-39-el-nuevo-proceso-espanol-de-restitucion-o-retorno-de-menores> (Última visita, 4-04-2021).

¹⁸⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2ª edición, Ed. Dykinson, Madrid 2007, p. 53 y 58.

Entiendo que los padres deben cubrir las necesidades físicas y emocionales de sus hijos, en la mejor forma posible, deben proporcionarles una educación, fomentando su desarrollo integral, lo que supone que el interés de sus hijos debe siempre estar por encima del suyo. Los hijos “no son de los padres, no les pertenecen”, estamos de acuerdo, pero los padres, tienen el derecho y el deber de educarlos, de “darles raíces y alas”, y en la más ardua labor que puede tener por delante cualquier persona, y que sólo se descubre cuando se inicia dicha tarea. Recientemente hemos tenido ocasión de ver como los padres de todo tipo y condición han resuelto de la forma más inteligente posible, cual era el interés del menor en tiempo de pandemia, lo que nunca creíamos que podía pasar, estaba aquí, y teniendo en cuenta que nos encontrábamos en una situación de conflicto entre el interés de los progenitores y sus hijos de continuar con el sistema de estancias y visitas, y el deber de proteger la salud del menor, y del resto de los ciudadanos, ha salido vencedora la salud. El traslado para cumplir el régimen de estancias o visitas que en cada caso se establecía en las diferentes resoluciones judiciales ponía en riesgo la salud del menor, de sus padres, su familia, y su entorno, afectando también por último a la salud pública, lo mejor para el menor era “quedarse en casa”, y así lo entendieron de forma abrumadora los padres, que apenas interpusieron procedimientos para instar el cumplimiento del régimen de estancias o visitas durante la pandemia.

Por último indicar que hay un aspecto del “interés superior del menor” que aún no se ha desarrollado, explicado y dado publicidad, y es su “cara b”, los niños tienen además de derechos, deberes recogidos también en la ley en los artículos 9 bis y siguientes, deber de participar en la vida familiar, respeto a sus padres, hermanos, familia, deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad... deben respetar las normas de convivencia en sus centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo...y en el artículo 9 quinquies 2 b) se señala el deber de: “*Respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad*”.

Este último punto es muy importante, sobre todo para aplicar en el cumplimiento del Rv, cuando se plantea de forma general la pregunta ¿Cómo hacemos cumplir el Rv a un adolescente? En principio se asume su imposibilidad y que se debe “dejar sin regular, según se establezca por el adolescente y el progenitor”, pero es muy importante explicar que “...los niños deben ser oídos y escuchados, pero los hijos no deciden ni pueden decidir la vida familiar. Las sentencias deberían recoger las circunstancias personales de los niños y adolescentes y explicarles que se deben cumplir. Los niños y adolescentes tienen la obligación de cumplir las resoluciones judiciales en todo aquello que les afecte”.¹⁸⁶

¹⁸⁶ LOZANO, M.D., I CONGRESO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. celebrado en Madrid los días 25 y 26 de marzo de 2021, organizado por el Colegio de Abogados de Madrid, la Plataforma Derecho & Familia, y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. “*El porqué de la especialización en materia de familia*”, día 25-03-2021, Canal 2 (4:05) Disponible en: <https://web.icam.es/I-congreso-de-la-infancia-y-adolescencia> (Última visita, 6-07-2021).

2. CONCEPTO Y REGULACIÓN GENERAL DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL.

La patria potestad, se regula en el Título VII del CC, pero antes ya se refiere a la misma, el Título VI capítulo IX “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en los artículos 90.1 a) reflejando que el contenido del convenio regulador debe contener dicho extremo,¹⁸⁷ y 92, que prevé expresamente la privación de la patria potestad: “*En la Sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello*”. A lo largo de cinco capítulos determina el contenido del ejercicio y extinción de la misma, capítulo I, “Disposiciones Generales”, Capítulo II, “De la representación legal de los hijos”, artículos 162 y 163, capítulo III “De los bienes de los hijos y su administración”, artículos 164 a 168, capítulo IV “De la extinción de la patria potestad”, artículos 169 a 171, y capítulo V, “De la guarda y acogimiento de menores”.

Esta regulación ya ha cambiado por la LO 8/2021, de 4 de junio de protección integral de la infancia y adolescencia, y el día 03-09-2021 va a cambiar de forma aún más importante por la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El artículo segundo con sesenta y siete apartados modifica el CC.

“Una vez que la filiación queda determinada, hay que constituir entre los términos personales de ella una relación jurídica, a la que puede denominarse relación paterno-filial. La mayor parte del contenido de la relación paterno-filial, en cuanto relación jurídica, se encuentra embebido en el régimen jurídico de la patria potestad. Pero sería erróneo identificar el contenido de la relación paterno-filial con el régimen jurídico de la patria potestad. La primera existe desde que la filiación queda legalmente determinada, segunda es un plus que se le superpone en la fase de la menor edad de los hijos por ello puede existir una relación paterno-filial cuyo contenido no corresponda a la patria potestad. Bien porque el padre y la madre han sido privados de ella, o excluidos, o bien porque los hijos se hayan emancipado. En todos estos casos subsiste una relación que tiene un contenido jurídico. En efecto, el artículo 110 dice que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos, y el artículo 161 les reconoce el derecho a relacionarse con ellos.¹⁸⁸ Por otra parte, la obligación alimenticia entre ascendientes y descendientes (aquí padres e hijos) se da con independencia y más allá de la patria potestad. Y para los hijos se señalan especiales deberes: el de obedecer a los padres mientras permanezcan en su potestad y respetarles siempre (art. 155.1°), con lo que se deslinda nítidamente los deberes relativos a la patria potestad y los propios de la relación paterno-filial. También los

¹⁸⁷ Artículo 90 .1 CC: “*El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos*”.

¹⁸⁸ Artículo modificado actualmente que se refiere a la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores y las visitas de estos.

padres en relación con sus hijos, y viceversa, han de abstenerse de conductas ilícitas o injuriosas, que son sancionadas específicamente en el Derecho sucesorio como causas de indignidad o de desheredación (art. 756 y 853)”.¹⁸⁹

Podemos señalar un ámbito diferente de la patria potestad, en la relación de los hijos menores no emancipados con sus padres, con un contenido jurídico, que sería el derivado de la filiación, y que obliga a los padres aunque hayan sido privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad. La relación paterno-filial sería siempre más amplia que la patria potestad, ya que la privación de ésta última no impide por sí misma que el padre siga viendo al hijo, velando por el y prestándole alimentos (artículo 110 CC), y también existe la relación paterno-filial más allá de la extinción de la patria potestad.

El TS ha venido señalando que la patria potestad viene configurada en nuestro ordenamiento jurídico “... como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino del sujeto pasivo (STS 9 de septiembre de 1960 y 8 de abril de 1975) entre otras, STS de 9 de julio de 2002”.

Tal y como indica Paloma Zabalgo, “... la patria potestad se configura como los derechos y obligaciones inherentes al nacimiento de un hijo, la obligación de prestar alimentos, así como adoptar todas las decisiones de carácter trascendental en la vida de un hijo, tales como la elección del colegio o formación religiosa, etc. La guarda y custodia es igualmente una facultad inherente a la patria potestad como establece el citado artículo en su epígrafe primero, conteniendo a este respecto el Código Civil una regulación específica... La patria potestad no puede renunciarse, si bien puede ser suspendida o privada conforme a las circunstancias que puedan existir, y siempre debe acordarse por resolución judicial, no cabe la «renuncia» a la patria potestad. En cuanto a la guarda y custodia de los hijos menores, como facultad inherente o derivada de la patria potestad, la misma encuentra su regulación en el artículo 92 del Código Civil (LA LEY 1/1889), y significa quien se encarga de los cuidados cotidianos de los menores, es decir, encargarse de los aspectos ordinarios de la vida de los hijos menores”.¹⁹⁰

Su regulación en el artículo 154 del CC se ha modificado.

El artículo 154 CC, regulaba la patria potestad, hasta el día 25-06-2021 con el siguiente tenor: “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. ° Velar por ellos, tenerlos en su compañía,*

¹⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A, *Instituciones de Derecho Civil Volumen II, Derechos reales, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, p. 320. Ed. Tecnos, Madrid 1995.

¹⁹⁰ ZABALGO P., “*La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU*”, p.1. Disponible en: <https://palomazabalgo.com/patria-potestad-y-custodia/> (Última visita, 28-06-2021).

alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

Después de la reforma el artículo 154 vigente tiene el siguiente tenor: Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

Esta es la nueva redacción, hay un cambio desde el punto de vista del “lenguaje inclusivo”, y los hijos pasan a ser los hijos e hijas. El nº 2 en relación a los deberes y facultades se modifica, y únicamente se refieren a la representación y administración de sus bienes. Se añade el nº 3 sobre la decisión de la residencia habitual de la persona menor de edad, que sólo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o en su defecto, por autorización judicial. Y el último párrafo, rescata la audiencia del menor que antes se incluía en el nº 2, añadiendo, “sean en procedimientos contenciosos o de mutuo acuerdo...”

2.1. CONTENIDO Y EJERCICIO.

El concepto, contenido y desarrollo de la patria potestad, ha sufrido una evolución histórica trascendental, de ser considerada como un derecho casi omnímodo del padre, el “paterfamilias” romano, un derecho sagrado sobre los hijos,¹⁹¹ a un derecho/deber, una función que tiene un objetivo: el bienestar y crecimiento del menor en todas las facetas de su vida. No cabe la renuncia, la patria potestad no puede renunciarse, si bien puede ser excluida, suspendida, privada o extinguirse según veremos, pero no cabe renunciar a la misma. Se caracteriza por las siguientes notas fundamentales: irrenunciabilidad, al ser una institución de orden público, intransmisibilidad, aunque se pueden delegar algunas funciones, imprescriptibilidad, se encuentra fuera del comercio de los hombres, y temporalidad, ya que se extingue al alcanzar la mayoría de edad. Hasta ahora en determinados supuestos podría prorrogarse, artículo 171 del CC o rehabilitarse. Con la reforma de la LO 8/201 de 2 de junio se van a eliminar del ámbito de la discapacidad, no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y rehabilitada, considerando que son figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de la persona adulta que se propone.

Tal y como indica el TS, en una más que acertada expresión, la patria potestad se puede definir como un “officium”, se atribuye a los padres guiar el desarrollo de sus

¹⁹¹ El “*ius vitae ac necis, ius exponendi, ius vendendi o ius noxae dandi*”, atemperados por la “*pietas*”.

hijos, protegiéndolos y educándolos, así definida, no tiene una posibilidad concreta de actuación, no hay un “*numerus clausus*”, de facultades, estas son muy amplias.

El artículo 154 del CC, señala sus deberes y facultades con un contenido, que incluye tanto la esfera personal como patrimonial, en la personal: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, y procurarles una formación integral, es decir formarlos como personas de acuerdo con sus creencias, posibilidades, y circunstancias personales, y desde el punto de vista patrimonial: representarlos y administrar sus bienes. Los menores no emancipados tienen muy limitadas sus capacidades, por lo que sus padres suplen esa falta de capacidad, por ejemplo a la hora de aceptar una herencia, administrar sus bienes etc, tiene su regulación en los artículos 162 y siguientes.

El desarrollo de la patria potestad en la vida normal, suele incluso pasar desapercibido, son hechos a los que no se da mucha relevancia en la vida cotidiana, cuando no surgen problemas, matricular al menor de edad en el colegio, cambiarlo, decidir si hace la comunión, traslado de ciudad...se deciden casi de forma automática, hasta que los padres se separan, y tomar estas decisiones se convierte en un problema que afecta al hijo menor, y debe ser solucionado por la vía judicial, convirtiendo a jueces y fiscales en unos “obligados segundos padres”, que van a decidir sobre la vida de los menores, supliendo la función de sus padres, por eso sería especialmente importante instaurar en nuestro país la cultura de la mediación.

No podemos acudir a un listado de materias que sean objeto de la patria potestad, si bien, desde hace poco tiempo las resoluciones judiciales han empezado a fijar su contenido, por todas, STS 277/2016, de 25 de abril (Roj: STS 1793/2016), sentencia clara y bastante exhaustiva en relación con el contenido de la patria potestad. El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente en el ámbito educativo, sanitario, religioso, social y deportivo. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente.

a) En el ámbito educativo, en la elección o cambio de centro, o modelo educativo (público, concertado o privado), la contratación de actividades extraescolares a realizar, (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores).

b) En el ámbito médico, en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas, (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc tanto si entrañan algún gasto, como si están cubiertos por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento de los menores.

c) En el ámbito ideológico y religioso, las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por los menores de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión, (bautismo, comunión, confirmación y similares en otras religiones), así como en la decisión sobre la realización o no de un acto social relevante, y el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontraran los menores en el momento de ser realizado.

d) En la fijación y posteriores traslados de domicilio, ya sean fuera de la provincia o al extranjero, (salvo viajes vacacionales) siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir, el cumplimiento del régimen de visitas o relaciones vigente y/ o apartarlos de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del

territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente.

El ejercicio debe ser siempre en interés del menor, así lo expresa la STS de 18-07-2002 “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de la patria potestad por sus padres...se haga en interés del menor y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el interés superior del niño”. Se regula en el artículo 156 del CC, precepto que ha sido reformado en tres ocasiones por la Ley 5/2015 de 2 de julio y por el RD 9/2018 de 3 de agosto de Medidas Urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, que lo establecía en su propuesta nº 147, añadió el párrafo segundo. Esta última reforma ha sido muy criticada, dado que no es una materia susceptible de regularse por el cauce del decreto ley, y no existían razones de urgencia o necesidad, planteándose que tal reforma podría ser inconstitucional, en cuanto a la forma. La última aún no ha entrado en vigor y se realiza por Ley 8/21 de 2 de junio.

El artículo 156 vigente señala: *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. 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. 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.*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio”.

El tenor del artículo 156 vigente a partir del 3-09-2021 será el siguiente: El artículo 156 vigente señala: *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. 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. En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio”.

La regla general en el ejercicio de la patria potestad o “responsabilidad parental” sobre los hijos menores de la pareja es el ejercicio conjunto por ambos progenitores. Pero también cabe la titularidad conjunta y el ejercicio individual, bien por decisión de ambos progenitores bien por decisión judicial. Existen varios casos de ejercicio individual.

- a) Cuando lo ejerce uno de ellos con consentimiento pleno del otro. Consentimiento que puede ser tácito o reflejado en un acuerdo, por ejemplo en el convenio regulador de la separación nulidad o divorcio los padres pueden acordar que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges (artículo 92.4 CC).
- b) Cuando es el juez quien atribuye la facultad de decidir a uno de ellos, al que han acudido para un caso concreto de desacuerdo, (artículo 156 del CC).
- c) Cuando los desacuerdos son reiterados o concurre alguna otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir las funciones entre ellos. Esta medida tiene una vigencia temporal durante el plazo que se fije que no podrá nunca exceder de dos años.
- d) En los casos de ausencia, discapacidad o imposibilidad. En estos casos se concentra en el otro progenitor todo el ejercicio. Los dos primeros requieren una sentencia firme que así lo declare, y el segundo es un concepto jurídico indeterminado en este caso que se integra por los dos primeros supuestos cuando no existe resolución judicial pero se da de hecho y también para otra serie de casos de imposibilidades de hecho, por ejemplo una enfermedad grave, siempre que sean situaciones con una previsión de duración de un largo tiempo.
- e) En los casos en que los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con el que los hijos conviven. Pero el juez a solicitud del otro progenitor podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad con un ejercicio conjunto con el otro progenitor, o incluso distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio. Son los casos de ruptura de la pareja en las que será la sentencia la que decida la forma de titularidad y ejercicio de la patria potestad.
- f) Como consecuencia de una medida tomada al amparo del artículo 158 del CC.
- g) De la privación parcial acordada según el artículo 170.1 del CC.

Existe la presunción respecto de terceros de buena fe, y así se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

2.2 EXCLUSIÓN, SUSPENSIÓN, EXTINCIÓN Y PRIVACIÓN.

Exclusión. Se regula en el artículo 111 n° 2 del CC¹⁹² es un caso en el que el progenitor no ha tenido nunca la patria potestad, y la exclusión se produce cuando no se acepta la paternidad por el padre biológico, que ha sido legalmente determinada en juicio con su oposición. Es una exclusión “*ab initio*”. Si bien se ha matizado por la jurisprudencia, su aplicación valorando la situación en cada caso, desde el interés del menor a la actitud del padre, ante los resultados de la prueba biológica. En este sentido STS, Sala de lo Civil, n° 55/2012, de 16/02/2012, Rec. 1264/2010 que indicó: “El art. 111.2 CC establece que quedará excluido de la patria potestad el progenitor “2. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición”. Si bien se trata de una norma que sanciona la negativa del padre demandado al reconocimiento de la filiación, cuando ésta resulta probada, no se ha aplicado de forma rígida puesto que esta Sala entiende que no resulta conveniente para el interés del menor, la privación de la patria potestad en aquellos casos en que si bien ha existido una primera oposición, ha desaparecido cuando los resultados de la prueba biológica han sido incontestables y el demandado los ha aceptado sin mayor oposición. Así, la S.T.S. 1072/2008, de 12 noviembre, dice que la situación del art. 111.2 CC “solo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el Derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundamentados seriamente”. Hay que tener en cuenta que antes de haberse efectuado dicha prueba, pueden presentarse dudas que solo van a solventarse con la prueba realizada con las garantías debidas, como ocurre con la que tiene lugar en el ámbito del proceso”.

Suspensión. Hasta ahora a lo largo del CC no encontrábamos la expresión “suspensión de la patria potestad”, salvo en el artículo 172.1 del CC, en relación a la situación de declaración de desamparo, en la que la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública, lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Ahora ya se expresa en el artículo 158.6 del CC: “*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...*”

Su uso es aceptado en la práctica, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, solicitándose como tal en los diferentes procedimientos judiciales, cuando en realidad lo que se solicita es el ejercicio individual, en exclusiva de la patria potestad por uno de los padres. No afecta a la titularidad y suspende temporalmente el ejercicio para uno de los progenitores. Son los casos que hemos expuesto antes de ejercicio individual, puede darse de hecho o declararse judicialmente. Es una medida que

¹⁹² Artículo 111.2 del CC: “*Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o sus descendientes, o en sus herencias el progenitor: 1. Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2º. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicitó él mismo o su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.*”

pretende en casos en los que hay una evidente dificultad en cuanto a su ejercicio, resolver la misma desde un punto de vista práctico.

Extinción. Artículo 169 del CC: “La patria potestad se extingue: 1º. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2º. Por la emancipación. 3º. Por la adopción del hijo.

Privación. Es un importante pronunciamiento que requiere el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Hasta ahora se distinguían dos corrientes en cuanto a la naturaleza de esta privación, como “un castigo, una sanción al progenitor/progenitores culpables”, o como “una respuesta a una situación protegiendo al menor”, entiendo que es esta última opción, la más adecuada, ya que no todos los casos de privación pueden estar relacionados con una situación de culpabilidad.

Se contiene en el artículo 170 del CC a modo de cláusula general: “*el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los tribunales podrán, en beneficio o interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.*” Es una norma que contiene una sanción y por ello debe ser objeto de interpretación restrictiva, y que se pruebe que efectivamente hay un incumplimiento grave, culpable y que afecta al menor.

Supone la pérdida de la titularidad, y de su ejercicio, pero no es algo irrecuperable, sino que si han cesado las causas que la motivaron, y existe un interés del menor se puede acordar su rehabilitación vía judicial. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma. (STS nº 615/2015 de 9-11-2015, rec nº: 1754 / 2014)

Para su determinación es necesario pues valorar el alcance y significado del incumplimiento, por lo que debe estarse a la prueba practicada en el procedimiento y su valoración por el juez “a quo”, sin que pueda únicamente sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de los hechos. Es unidireccional, ya que se pierden por el titular todos los derechos, pero no cesan las obligaciones.

Puede acordarse en un procedimiento matrimonial de separación nulidad o divorcio, artículo 92.3 del CC: “*En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello, o en un procedimiento especialmente dirigido a la privación de la patria potestad.* Tiene efectos en todos los ámbitos de las relaciones familiares, afectando por ejemplo a las relaciones sucesorias, el progenitor privado por resolución firme de la patria potestad es incapaz de suceder, artículo 756.2 último párrafo del CC, es justa causa de desheredación, artículos 854.1 y 855, del CC, afecta a las disposiciones testamentarias o notariales sobre la tutela, si ha sido privado de la patria potestad, al asentimiento en la adopción, artículo 177.2 del CC. Si bien, se mantienen las obligaciones, se le puede reclamar alimentos, o las obligaciones de relación ya que los hijos menores tienen derecho a

relacionarse con sus padres aunque no ejerzan la patria potestad, artículo 160.1 del CC...

La evolución de los tribunales respecto de la privación de la patria potestad ha sido notable, y desde las STS que en 1996 realizaban una interpretación muy restrictiva (por todas STS 6-07-96, 18-10-96), a la actualidad que hay un margen mucho más amplio en cuanto a los conceptos de daño y/ o peligro del menor, la total falta de atención al hijo, supone incurrir en ese daño, ahora la falta de relación personal con el hijo, y su incumplimiento de los deberes de asistencia económica, constituyen como no podía ser de otro modo, un grave incumplimiento de los deberes de la patria potestad.

2.3 EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PARENTAL.

Hay un concepto que se está introduciendo en nuestro país, que nos es más cercano, y se aplica en la UE, si bien, dentro de ésta también hay contenidos, y conceptos diferentes, según los países, pero que llegará a ser un concepto clave, en nuestro derecho, este concepto es: “la responsabilidad parental”.

Es un concepto innovador, aunque desde un punto de vista internacional, se introdujo hace tiempo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ha sido uno de los primeros tratados en reconocerlo, como un derecho humano, de niños y adolescentes. Su concepto y contenido es diferente, sobre todo a nivel europeo. Es necesario, abordar el concepto de “responsabilidad parental”, y ello por el diferente tratamiento que resulta, de los procedimientos que en materia de familia, y decisión de las medidas con los hijos menores, se toman desde la legislación europea. En la UE, en sus reglamentos, nos encontramos de forma continua con el concepto de “responsabilidad parental”, que no se corresponde exactamente, con ningún concepto en nuestra legislación.

El Reglamento (UE), núm. 1347/2000, definía la «responsabilidad parental», como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica, en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley, o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, y en particular, los derechos de custodia y visita, concepto que prácticamente se transcribió en el Reglamento (UE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, llamado también “Bruselas II bis”, este reglamento establece en su artículo 1 el ámbito de aplicación, y desde un punto de vista positivo, establece que “1. *El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. 2. Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular: a) al derecho de custodia y al derecho de visita; b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. En el punto 3 señala las materias a las que el e Reglamento no se aplicará: a) a la determinación y a la impugnación de la filiación; b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la*

preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción; c) al nombre y apellidos del menor; d) a la emancipación; e) a las obligaciones de alimentos; f) a los fideicomisos y las sucesiones; g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores”.

La definición del concepto de responsabilidad parental, se contiene en el artículo 2.7, son” *Los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley, o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona y bienes de un menor; el término incluye, en particular, los derechos de custodia y visitas”.*

La responsabilidad parental, se puede asimilar en derecho español con la “patria potestad”, la constituyen los derechos y deberes que tienen las personas físicas, normalmente los progenitores, o jurídicas a las que se encomienda la protección sobre la persona y la propiedad del menor, por ministerio de la ley, o por resolución judicial”. En el apartado 9, indica sobre los derechos de custodia, que son los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor, y en especial, el derecho a decidir su lugar de residencia.

Respecto del marco no comunitario, entre los convenios bilaterales más importantes, que hacen referencia al concepto de responsabilidad parental, está el Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, “relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”, que entró en vigor de forma general, el 1 de enero de 2002, y para España el 1 de enero de 2011, (de conformidad con lo establecido en su artículo 61.2.a). En su artículo 1 .2 establece dicho concepto: “*A los fines del Convenio, la expresión «responsabilidad parental» comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño*”.¹⁹³ Los artículos 2 y 3 señalan su ámbito de aplicación y las medidas a las que se refieren. Artículo 2. “*El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años*”. Artículo 3. “*Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse en particular a: a) la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación; b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga; f) la*

¹⁹³ “*Artículo 1.1. El presente Convenio tiene por objeto: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño; b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.2. A los fines del Convenio, la expresión «responsabilidad parental» comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño*”.

supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo; g) la administración, conservación o disposición de los bienes del niño”.

Es necesario realizar una breve aclaración de este concepto de responsabilidad parental, dado que en nuestro país, y también en diferentes países de Europa, abarca funciones diferentes. Y para ello seguiremos el estudio de José María de la Cuesta Sáenz sobre la responsabilidad parental,¹⁹⁴ centrado no en el cambio de terminología “patria” por “parental”, sino, en “la aparición de un concepto comprensivo de la patria potestad y las instituciones tutelares, que sería la condición de <responsables parentales>, que supone añadir un significado nuevo a una vieja palabra, muy utilizada en el lenguaje vulgar y más todavía en el lenguaje técnico...Así pues, la responsabilidad parental es un receptáculo genérico de variados contenidos, que solamente se puede definir por referencia a las vías por las que se adquiere la condición de responsable parental, todas ellas reguladas por el Código Civil y por otras leyes tanto estatales, orgánicas u ordinarias, como autonómicas...Y puede decirse atendiendo a la definición que proporcionan los sucesivos Reglamentos de la UE indicados, que principalmente aporta un concepto jurídico de mayor amplitud que la ofrecida por cada uno de los institutos jurídicos a los que acoge dentro de sí, cuya nota común es la defensa de los intereses del menor.

Estos institutos jurídicos son de variada naturaleza y contenido, pero confluyen en estar todos ellos al servicio del superior interés del menor, en las muy variadas situaciones por las que puede discurrir la vida de la persona durante su minoría de edad.

Parece que, como concepto genérico, la responsabilidad parental debe coexistir sin problema con las figuras afines a las que sirve de receptáculo, y así no hay por qué pensar que ha de suplir a la patria potestad, la tutela, la figura del defensor judicial, el acogimiento o la guarda, o los abuelos con derecho de compañía o de visita, sino que viene a ser una forma simbólica de aludir a cualquiera de ellos”.

Siguiendo a Belén Casado Casado, en relación al principio de corresponsabilidad parental, en nuestro país, “...La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LA LEY 2543/2007) «para la igualdad efectiva de mujeres y hombres» también ha integrado la «corresponsabilidad parental o familiar» como uno de sus criterios inspiradores. Esta corresponsabilidad parental tiene su origen en el vínculo filial, es por ello por lo que conforme al art. 92 (LA LEY 1/1889) la separación, nulidad, divorcio no eximen a los padres de sus responsabilidades para con los hijos. Por otro lado, el art. 154 CC (LA LEY 1/1889), modificado por el apartado ocho artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio (LA LEY 12419/2015) de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido en la mención literal del texto «la patria potestad como responsabilidad parental» Desde una interpretación literal y sistemática de la norma, este precepto (art. 156 CC (LA LEY 1/1889)) no se refiere a la custodia del menor sino al ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, sin embargo, existe la idea de que en casos de separación dichas funciones sean atribuidas al progenitor que

¹⁹⁴ MARÍN VELARDÉ, A., CABEZUELO ARENAS, MORENO MOZO, F., (Directores). *Familia y Derecho en la España del Siglo XXI, Libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Ed. Reus, Madrid 2021, *De la patria potestad a la responsabilidad parental*, José María de la Cuesta Sáenz, p. 848, 856 y 862.

convive con el menor, es decir, al que tiene la custodia. Esto resulta contradictorio con otros preceptos y exponemos los argumentos: se establece que el vínculo de filiación y las obligaciones de los padres con los menores se mantienen siempre, que la separación o el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones con respecto a los menores (art. 92.1 CC (LA LEY 1/1889)). Respecto al contenido de funciones que conlleva la patria potestad, el art. 154 CC (LA LEY 1/1889) recoge la de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. ¿Cuáles son las funciones que se reparten tras la separación o el divorcio? El art. 110 CC (LA LEY 1/1889) afirma que los padres que no ostenten la patria potestad están obligados a velar por los hijos y prestarles alimentos. Las obligaciones de velar por ellos y alimentarlos se mantienen siempre incluso si el progenitor ha sido privado de dicha titularidad. El reparto de funciones inherentes al ejercicio tendrá por ello más que ver con las otras: tenerlos en compañía, educarlos, procurarles una formación integral, administrar su patrimonio, representarlos, pues en los supuestos de separación con guarda exclusiva la obligación de alimentos se mantiene transformada en pensión de alimentos”.¹⁹⁵

“Tal y como hemos visto en los Capítulos III, IV, y V, la patria potestad, régimen de guarda y custodia, y régimen de visitas, nuestra regulación no son equiparables, dado que la patria potestad abarca los derechos y obligaciones inherentes de los padres desde el nacimiento del hijo, hasta la mayoría de edad, la emancipación, o los supuestos de patria potestad prorrogada, y es un derecho irrenunciable, sin embargo la guarda y custodia de los hijos menores, deriva de ésta, y se refiere al cuidado normal y cotidiano de estos. Es necesario fijar el concepto de esta responsabilidad parental, también a los efectos de su determinación en violencia de género, para saber que funciones alcanza, y por lo tanto, también aclarar su extensión, evitando que puedan surgir múltiples problemas ante su diferente contenido en cada país”.¹⁹⁶

Lola López-Muelas y Paloma Zabalgo, indican por ejemplo en relación a los problemas que pueden darse en relación al contenido que tiene cada una, “...la patria potestad y la guarda y custodia, se encontrarían definidas e integradas por el término de «*responsabilidad parental*» conforme a la definición del Reglamento de Bruselas II Bis, si bien, una diferencia sustancial con nuestro derecho —como así ocurre en otras legislaciones de otros Estados miembros— se encuentra en que el custodio no puede adoptar el derecho a decidir el lugar de residencia del menor —como establece el Reglamento de Bruselas II Bis—, sino que dicha cuestión correspondería a la patria potestad, dado que en nuestro derecho sí difieren los conceptos de patria potestad y custodia (la primera como hemos expuesto es compartida, la segunda puede ser compartida o exclusiva) — En el marco no comunitario, y entre otros Convenios bilaterales, el concepto de responsabilidad parental se encuentra definido en el Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, el

¹⁹⁵ CASADO CASADO, B., “Custodia Compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, en *Diario La Ley*, Nº 9177, Sección Dossier, Ed. Wolters Kluwer, 13 de abril de 2018, p. 3. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 15-08-2020).

¹⁹⁶ SALES PALLARÉS L, y MARULLO C., “Una trilogía inacabada: menores, violencia de género y secuestro interparental”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XIX-XX, 2019, 2020, p.163 a 168.

reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños... Como hemos expuesto, si bien, y aun a pesar de la regulación internacional y del esfuerzo en la unificación de conceptos o medidas, en muchas ocasiones los mismos no gozan de los mismos derechos u obligaciones en las legislaciones internas de cada país, lo que tiene una gran incidencia en los procesos de familia en los que concurre elemento extranjero. Las diferencias culturales existentes entre ambos progenitores, se pone asimismo de manifiesto al momento de abordar el divorcio o las medidas sobre los hijos, e incluso en las decisiones que cada progenitor adopta, conforme a su conocimiento de la ley de su país, entendiéndose que lo está haciendo correctamente, pero que choca frontalmente con la legislación del país del otro progenitor, o bien con la legislación internacional..., las diferencias culturales pueden llevar a los progenitores a la adopción de decisiones equivocadas o contrarias a las legislaciones de los países donde residen y que es diferente al país de origen”.¹⁹⁷

3.- PATRIA POTESTAD Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

Desde hace tiempo se pretende una revisión del concepto de la patria potestad, desde la visión de violencia de género, “con una perspectiva feminista” que entiende necesaria su revisión y ésta abarca un amplio espectro, desde posturas que pretenden su supresión y establecer un nuevo concepto, a otras que sólo cambiarían su denominación por lo que significa históricamente, y por último las que consideran que lo importante es mantener el origen histórico de nuestras instituciones jurídicas, para valorar precisamente su evolución, los importantes logros, y cambios efectuados en la consideración de la patria potestad, debido a la lucha que por sus derechos han tenido que realizar las mujeres, posición que comparto plenamente.

En un interesante estudio Paula Reyes Cano señala “cómo las construcciones ideológicas sobre la familia que cimentaron el surgimiento de la Patria Potestad y su posterior vida se mantienen en la actualidad, escondiéndose tras las resistencias de los operadores jurídicos, en la aplicación de la suspensión del ejercicio de la patria potestad al padre que ejerce violencia de género”, y tras realizar un breve recorrido histórico sobre la misma, se plantea “¿por qué nuestro Código Civil mantiene un

¹⁹⁷ LÓPEZ MUELAS, L. Y ZABALGO P., “La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU”, en *Diario La Ley*, N° 9443, Sección Tribuna, Ed. Wolters Kluwer, 25 de junio de 2019, p.11 a 13. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última consulta, 20-08-2019). “Por ejemplo, una nacional chilena que resida junto con su hijo, y se haya separado de su pareja, puede atribuirse funciones inherentes a la patria potestad como la elección de colegio de su hijo, que en su creencia le corresponden, y si residiera en Chile, ejercería dicha elección, pero si su lugar de residencia lo fuera España, tendría que adoptar dicho acuerdo de mutuo acuerdo con el padre. Otras decisiones pueden traer consecuencias mucho más graves y terribles como la adopción de la decisión de traslado del menor a otro país, en la creencia de ser legítima la misma por ser el progenitor que ostenta la custodia, y derivar en un supuesto de sustracción internacional de menores, cuya consecuencia puede ser hasta la retirada de la custodia del menor al progenitor sustractor. En ese sentido la falta de unificación de los conceptos de responsabilidad parental —patria potestad y guarda y custodia— es causa de graves conflictos en la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción de menores, por cuanto y conforme al Artículo Tercero de dicho Convenio el traslado o la retención de un menor se consideran ilícitos cuando, se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido conforme al Derecho vigente en el que el menor tenía su residencia habitual, y cuando ese derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado, o se habría ejercido si no se hubiera producido la retención”.

concepto proveniente del Derecho Romano que representa el “reino del padre”?, ¿está el Estado salvaguardando los intereses patriarcales? ¿Por qué se conserva el término de patria potestad para referirse al conjunto de deberes y responsabilidades que hoy corresponde a la madre y al padre? Así, para la visibilidad de la igualdad del padre y la madre en la función jurídica, debería modificarse el Título VII, para pasar a llamarse <de las relaciones paterno-materno filiales> y concluye que, “Los instrumentos normativos, relacionados anteriormente no han supuesto una respuesta acorde con la protección del interés de los y las menores víctimas de la violencia de género, observando cómo, en las sentencias analizadas, aún no ha tenido transcendencia la nueva definición de interés del menor. Sería necesario que el legislativo diera un paso hacia adelante, modificando el artículo 156 del Código Civil, ... Modificación que debería estar dirigida a establecer que la existencia de un procedimiento o condena por delitos de violencia de género será causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, atribuyéndose en exclusiva a la madre, desde la adopción de las medidas penales de protección, hasta la extinción de la responsabilidad penal por el delito correspondiente, modificando, en el mismo sentido, el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta modificación estaría acorde con la definición de interés del menor definida en el artículo 2 de La Ley Orgánica, 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, garantizando así la protección del desarrollo del menor, la satisfacción de sus necesidades básicas: materiales, físicas y educativas. Priorizándose, de esta forma, su interés superior, frente al interés del padre agresor de control y sometimiento hacia la madre e hijos/as”.¹⁹⁸

Sin embargo, a la pregunta que se plantea esta autora, ¿Los valores que sustentaron esta institución jurídica se mantienen hoy en día? Entiendo que la respuesta es evidentemente negativa, como la misma incluso señala, “la regulación actual de la patria potestad nada tiene que ver con la idea originaria”, sobre el cambio de su denominación semántica, no la comparto, entiendo que es más importante su mantenimiento, en relación a visión de la evolución de su significado y el cambio realizado en el avance de los derechos de la mujer, y en este caso también madre, para lograr la igualdad de derechos. Lo importante no es lo que significaba, sino en lo que se ha transformado, nos quedamos muchas veces en cambiar conceptos con la visión de otra situación histórica, totalmente diferente, vamos a la modificación artificial del lenguaje porque es mucho más fácil, que encarar la realidad con sus problemas.

“..., el concepto y contenido actual de patria potestad ha sido el logro de una larga, difícil y costosa evolución jurídica que procedo a analizar, consciente de su importancia, al entender que la evolución en el contenido, y especialmente en la titularidad de la patria potestad, demuestra una evolución jurídica en materia de igualdad de género. Por otra parte, entiendo interesante el análisis de esta evolución histórica en la materia para demostrar que en esto de la justicia y el derecho cualquier tiempo pasado no fue mejor y cómo hemos cambiado y qué lejos ha quedado aquella

¹⁹⁸ REYES CANO, P., “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, en *Revista de la Universidad de Granada*, Nº 51, (335-356), Ed. Universidad de Granada, 9 de mayo de 2017, p. 1, 6, y 14. Disponible en: <https://revistaseug.urg.es> (Última visita, 7-07-2021).

realidad, afortunadamente Precisamente la evolución en el contenido y la titularidad de la patria potestad, demuestra la evolución jurídica en materia de igualdad.¹⁹⁹

En el ámbito de violencia sobre la mujer se resuelve sobre la patria potestad, en el ámbito civil y en el penal.

A) En el ámbito civil de violencia se siguen las normas generales con algunas especialidades. Se resuelve sobre la patria potestad, en el seno de los procedimientos de ruptura familiar que deben pronunciarse sobre la misma, dentro de las medidas civiles en el procedimiento del artículo 158 del CC, y también en los procedimientos autónomos de privación de la patria potestad. Se suelen iniciar pocos procedimientos civiles que tengan como único pronunciamiento, fin la privación de la patria potestad, tal petición suele estar contenida en una demanda en la que además se solicita la separación, divorcio o medidas paternofiliales, ya que todavía sigue arraigada la idea de considerar una sanción muy grave dicha privación.

Hasta ahora la jurisprudencia exigía que el incumplimiento de las obligaciones por el progenitor para privarle de la patria potestad fuera voluntario, grave, persistente, y también que la privación debía ser beneficiosa para el menor, su carácter era sumamente excepcional, y por ello las resoluciones que privaban de ésta muy escasas, en cualquiera de los procedimientos en los que la adopción de esta medida era posible.

Sin embargo hay una evolución jurisprudencial importante en sentido contrario, que ha ido cambiando la percepción, primero a través de la atribución en exclusiva a la madre, al constatar falta de apego, pasividad o indiferencia del padre hacia el hijo, que si bien no acreditaba un perjuicio, peligro o perturbación, como se venía considerando, sí suponía un perjuicio en el desarrollo de la vida cotidiana (por todas SAP de Córdoba, sección 1ª 17-03-2016), y en un paso más se viene a considerar, entiendo que de forma muy acertada, que si el progenitor paterno, que en este caso además se encuentra con un procedimiento de violencia de género, incurre en una total falta de atención de sus hijos menores tanto personal, por ejemplo largos períodos sin verlos, como económica falta de pago de la pensión de alimentos, sin causas que lo justifiquen, ahora se considera que estas, sí son circunstancias que revisten un carácter excepcional que permiten la privación de la patria potestad, puesto que es evidente que ponen en peligro la educación y formación del niño.(Por todas SAP de Cantabria sección 2º S. 297/2017, de 16-05-2017, rec 309/2017). El TS concluye que “resulta incompatible mantener la potestad, y sin embargo no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma”.

Como hemos visto la titularidad y ejercicio de la patria potestad de forma conjunta supone que las decisiones deben tomarse por ambos progenitores, lo que es difícil cuando nos encontramos en violencia. La reforma efectuada por el RD 9/2018 de 3 de agosto de Medidas Urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, incluyó un supuesto en el que se excluye la necesidad del

¹⁹⁹ BOADO OLAVARRIETA, M., “La privación de la patria potestad como medida penal y civil”. “La evolución histórica desde su redacción original de 1889”, p. 64 a 68, en *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº 47, enero de 2019, Dirección de los Servicios Jurídicos de Castilla y León. Disponible en: <https://www.jcyl.es> (Última visita, 07-07-2021).

consentimiento de ambos progenitores para tomar una decisión sobre el menor, en relación al tratamiento psicológico, en el artículo 156 del CC: *“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 éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos”*.

La nueva redacción que le da la ley 8/2021 de 2 de junio, supone incluir la posibilidad de aplicación del precepto, sin que exista una sentencia condenatoria, o un procedimiento penal en curso, y aunque se establezca para la asistencia psicológica, abre una brecha al no referirse a ambos padres, sino sólo a la madre, y requerir únicamente que se reciba asistencia de un servicio especializado de violencia, así se añade: *“...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...”*

Debe examinarse cada caso concreto, ya que si del examen de los hechos se prevé que el padre pueda entorpecer el normal desarrollo del ejercicio de la patria potestad, se deberá acordar el ejercicio exclusivo a favor de la madre, estamos de acuerdo, ahora bien, no de forma automática, que supondría una evidente discriminación en relación a la situación de cada familia, sino valorando las circunstancias, por ejemplo el supuesto de ingreso del padre en prisión, que la madre se encuentre en una casa de acogida, que el menor haya sido incluido en la orden de protección, la situación de paradero desconocido del padre... Si se ha acordado una medida/pena de alejamiento y prohibición de comunicación, aún cabe ese ejercicio conjunto, buscándose vías alternativas para resolver las decisiones que se deben tomar, ya que no cabe contacto, puede realizarse a través de los respectivos abogados, o acudiendo al procedimiento judicial para el caso de desacuerdo en la toma de decisiones.

En cuanto a la GyC, y el Rv, están íntimamente unidos a la patria potestad, es muy difícil que se mantengan una vez que se ha privado al progenitor paterno de la patria potestad, ya que esta supone un incumplimiento grave, de una entidad importante de las obligaciones parentales, mientras se tramita el procedimiento penal, y si bien durante este período de tiempo, prima el principio de presunción de inocencia, los menores deben estar perfectamente protegidos por las diferentes medidas que pueden acordarse (STS 25-11-2016), en estos casos se puede atribuir temporalmente el ejercicio de la patria potestad en exclusiva a la madre, lo que no implica una privación definitiva, pero si excluye al progenitor paterno de la toma de decisiones, del contacto con la madre para tomarlas, que se pueda manipular o utilizar a los menores para presionarla...

En relación a las diferentes vías del pronunciamiento civil de la patria potestad en violencia, brevemente señalar: en los procedimientos civiles de ruptura familiar, sólo puede hacerse un pronunciamiento definitivo de privación total o parcial en sentencia. En los procedimientos de medidas, siempre se resuelve por auto y será provisional,

por lo que se puede acordar la atribución provisional del ejercicio de la patria potestad a la madre. Es cierto que hasta ahora en la práctica y de forma ciertamente mecánica la solicitud de la atribución de la patria potestad se pedía de “forma compartida”, pero al igual que hemos visto que ha evolucionado la jurisprudencia del TS, también lo han hecho en la práctica de los juzgados y tribunales, y cada vez más se solicita tanto de forma provisional, como definitiva, el ejercicio exclusivo, y la privación. Serían casos en los que en relación a los hijos menores el padre se encuentra en paradero desconocido, o en situación busca y detención por el juzgado, cuando hay una ausencia total de contacto, etc. Lo que siempre es necesario, es valorar las circunstancias del caso concreto.

También se puede solicitar la privación, total o parcial en un procedimiento independiente, dirigido exclusivamente al pronunciamiento sobre la patria potestad, al margen de la ruptura, en cuyo caso el cauce sería el del correspondiente juicio ordinario, ya que no hay ningún procedimiento especial para su tramitación, si bien para Vicente Magro Servet, “El procedimiento adecuado sería el regulado en el art. 770 LEC, es decir, el juicio verbal que el art. 753 prevé para los procesos especiales que se articulan en el Título I del Libro IV LEC”,²⁰⁰ posición que aunque de forma minoritaria, es seguida por algunos jueces y magistrados.

Se solicita también un pronunciamiento sobre la patria potestad en relación a las medidas cautelares civiles de la OP, como ya hemos visto, donde cabe solicitar, la suspensión, total o parcial o la atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad. Y por último, a través de una medida solicitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del CC, en sus dos formas, en un procedimiento principal o en un expediente de jurisdicción voluntaria.

3.1 LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO PENAL.

La patria potestad, es un concepto eminentemente civil, que se traslada al ámbito penal. Siguiendo la estructura que ofrece Juan Luis Ortega Calderón, podemos indicar que “La necesidad de pronunciarse sobre la titularidad y ejercicio de la patria potestad por parte del agresor desde el punto de vista de la estructura y desarrollo del proceso penal puede suscitarse en tres momentos bien diferenciados: – Durante la fase de instrucción y hasta el enjuiciamiento. – Tras la sentencia definitiva y durante la fase de recursos hasta la firmeza. – Desde la firmeza de la sentencia. En los dos primeros supuestos, se trata de valorar y resolver sobre su adopción como medida cautelar; en el tercero, sobre su imposición como pena de carácter accesorio al delito cometido y que provoca el pronunciamiento de condena”.²⁰¹ Nos afectan en relación al ámbito civil los tres momentos pero de diferente forma.

²⁰⁰ MAGRO SERVET, V., “Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas y respuestas”, capítulo “Violencia de género: cuestiones afectantes al Derecho de Familia”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2009, p. 4. Disponible en: <https://sepin.es/violencia-doméstica>. (Última visita, 14-05-2021).

²⁰¹ ORTEGA CALDERÓN, J.L., “Reflexiones sobre las limitaciones de la patria potestad con ocasión de la comisión de los delitos de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/81158, Ed. Jurídica Sepín, febrero de 2019, p.2. Disponible en: <https://sepin.es/violencia-doméstica>. (Última visita, 14-05-2021).

A) Como medida cautelar/ suspensión de la patria potestad.

En los dos primeros momentos, durante la instrucción de la causa, y hasta que la sentencia sea firme, el pronunciamiento sobre la patria potestad se adopta a través de medidas cautelares penales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 544 Ter y quinquies de la LECr, el artículo 65 de la LIVG, y también a través del artículo 158 del CC, que establecen la posibilidad de adoptar las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores. Como tal medida cautelar, sigue el régimen general de estas en cuanto a su adopción, modificación y cese.

B) Como pena/ privación o inhabilitación de la patria potestad.

El tercer momento, después de dictarse sentencia y adquirir firmeza, el pronunciamiento penal también va a afectar al contenido civil de forma directa, pero su carácter ha cambiado, ya lo es como pena, bien de privación o de inhabilitación. La patria potestad aparece en el CP por primera vez, en el Título III “De las Penas”, Capítulo I, “De las penas sus clases y efectos”, y lo hace como pena principal: privación e inhabilitación especial de la patria potestad, y como pena accesoria, en las penas de prisión inferiores a 10 años, artículo 56.3.

a) Ambas son penas privativas de derechos. Artículo 39 b) inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, y j) privación de la patria potestad.

b) *Gravedad*. La inhabilitación puede ser grave y menos grave, nunca leve, el artículo 33 2d) del CP señala que son penas graves las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a 5 años y como pena menos graves, lo sería hasta 5 años. La privación siempre es pena grave, artículo 33.2.k).

c) *Imposición*. La pena de inhabilitación especial se prevé con carácter general como potestativa, salvo dos casos previstos en el CP expresamente en los artículos 221 y 225 *bis*, en supuestos especialmente graves, de venta y sustracción internacional de menores. La pena de privación está regulada para su imposición potestativa en ningún caso como imperativa

d) *Contenido*. Su contenido es diferente. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, priva al penado de los derechos inherentes a la misma durante el tiempo de la condena, de su titularidad y ejercicio...la pena de privación de la patria potestad, implica además de la pérdida de la titularidad y ejercicio, su extinción, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado, “*sine die*”. La privación extingue la patria potestad, la inhabilitación sólo la suspende.

El artículo 46 del CP, ha sido objeto de reforma con la LO 8/2021 de 4 de junio, “La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona condenada de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la

persona condenada que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada. Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada y la rehabilitada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las comunidades autónomas”.

La imposición de estas penas entraña una gran complejidad.²⁰² Las reglas generales se contienen en los arts. 55 y 56 del CP, en sede de penas accesorias, en ambos artículos se pide que el juzgador establezca la relación directa con el delito cometido de los derechos de los que se va a privar al penado en la sentencia. La gran diferencia de ambos preceptos está en el carácter potestativo de la inhabilitación del artículo 55 del CP, frente al carácter imperativo de la inhabilitación y privación del artículo 56 del CP.

Siguiendo a Juan Luis Ortega Calderón, indicar que: “No parece que tal diferencia de carácter, potestativo/imperativo, contribuya a la coherencia interna del sistema de penas definido en el Código Penal. No obstante, la distinción entre imperativo/facultativo debe ser matizada en el sentido de que lo será, no por el mero hecho de imponer pena de prisión en la duración que prevén los preceptos que la sirven de cobertura, sino una vez constatada la relación directa entre el delito cometido y el ejercicio de tales derechos, aspectos que serán oportunamente analizados a continuación.

Además, frente a otras penas accesorias que presentan una vinculación que podríamos calificar como de doble grado, las penas que ahora se analizan lo están meramente a un solo efecto. Tanto el art. 55 como el art. 56 en relación con las penas de inhabilitación absoluta y especial, prevén una doble vinculación respecto de la pena principal, que les hace gozar plenamente de su carácter accesorio: la primera vinculación viene fijada porque serán de aplicación una u otra en función de la duración de la pena principal (igual o superior, inferior a diez años). Pero además, segunda vinculación, en ambos casos se impondrán durante el tiempo de la condena, esto es, su duración será la misma que la duración de la pena de prisión respecto de la que son pena accesoria. Sin embargo, tanto el art. 55 CP como el art. 56 CP,

²⁰² Artículo 55 del CP, “La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.” Artículo 56 del CP, “En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:... 3. Inhabilitación especial para...el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este código.”

tratándose de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, disponen meramente una vinculación que podríamos calificar como de primer grado: su aplicación está limitada a los supuestos en los que la pena principal impuesta fuera de prisión igual o superior a diez años de prisión, o inferior a la misma. Pero cumpliendo este requisito, la pena accesoria no está sujeta a limitación temporal alguna en cuanto a su duración: el Tribunal podrá imponerla por igual duración que la pena principal, pero también podrá hacerlo por menos tiempo y evidentemente también por un período de tiempo mayor.

Ciertamente que frente al anterior argumento podría invocarse que su carácter de penas accesorias provoca que deban compartir la duración de la pena principal. Pero la sistemática del Código Penal impide sostener tal argumento. Baste acudir a las tan habituales penas accesorias que prevé el Código Penal en el ámbito que nos ocupa, violencia de género, para así concluirlo: el art. 57 CP regula en su apartado segundo y por remisión del párrafo segundo de dicho apartado, para los supuestos más graves, del apartado primero, por tiempo no necesariamente coincidente con el de la pena de prisión impuesta²⁰³.

3.1.1 EN RELACIÓN A LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

En estos todos estos delitos, salvo en el delito leve, se establece en la pena la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento, pero su aplicación no es automática, sino que debe apreciarse por el Juez o Tribunal, y declararse en la sentencia, teniendo un plazo de tal inhabilitación de hasta 5 años en todos ellos.

La reforma de la LO 8/2015 de 22 de julio, determina la obligación de pronunciarse en el orden jurisdiccional penal sobre medidas que afectan a la patria potestad en casos de violencia de género, pero para ello es necesario probar la directa vinculación, del delito y tal pena, (artículo 56.1.3 del CP); también se trata de evitar que después del procedimiento penal se deba interponer un procedimiento civil para obtener dicho pronunciamiento que podía haber sido resuelto en aquel.

La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad se contempla en el artículo 153 del CP, delito de maltrato con lesión o sin ella, el artículo 171.4 del CP, delito de amenazas leves, el artículo 172.2 del CP, delito de coacciones, y el delito de violencia habitual artículo 173.2. del CP, en todos estos artículos la previsión de pena con la que en su caso se puede ser castigado es la misma: “cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”. Hay una diferencia en cuanto al delito de maltrato habitual y es que la previsión de plazo que abarca la inhabilitación es de 1 a 5 años, mientras que en el resto no hay límite inferior, la pena es hasta 5 años.

En estos artículos, salvo lo dispuesto para el maltrato habitual, se puede observar una importante desproporción de dicha pena, de inhabilitación, ya que nos encontramos ante unos tipos penales, de una menor entidad, lo que explica que en la pena se

²⁰³ ORTEGA CALDERÓN, J. L., “Reflexiones sobre las limitaciones de la patria potestad con ocasión de la comisión de los delitos de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/81158, Ed. Jurídica Sepín, febrero de 2019, p. 7 y 8. Disponible en: <https://sepin.es/violencia-doméstica> (Última visita, 7-07-2021).

incluya por ejemplo la previsión de trabajos en beneficio de la comunidad, estos preceptos se aplica a casos más puntuales, que se suelen enjuiciar por los trámites de un juicio rápido y por ello es muy difícil encontrar que se pueda imponer esa pena, por la rápida instrucción, y entidad de los hechos, de hecho en mi experiencia no conozco ningún caso.²⁰⁴

El artículo 173.2 del CP regula un situación mucho más grave, la existencia de un maltrato habitual,²⁰⁵ una situación de violencia que puede llevar aparejada esa privación de la patria potestad, y si la misma resulta probada en el acto de juicio y se llega a una sentencia condenatoria, entiendo que sería necesaria su imposición, por la difícil compatibilidad entre un maltrato habitual y el mantenimiento de la patria potestad, y ello sin que influya la cualidad del maltrato, tanto si se ha ejercido únicamente sobre la madre, como si también se ha ejercido sobre los menores, de hecho es una pena que en estos casos ya se incluye en los escritos de acusación del MF.

El artículo 192.3 Código Penal, como disposición común a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, prevé, con carácter meramente facultativo (*podrá*), la imposición de las penas de privación de la patria potestad y la de inhabilitación para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, con la limitación temporal de seis meses a seis años.

J. L. Ortega Calderón resalta las paradojas legislativas que se producen: “ – Que, tratándose de delitos de maltrato habitual, lesiones que no reclamen tratamiento médico, maltrato de obra, amenazas y coacciones en el ámbito de la violencia de género, dado que la duración de la pena de prisión que se puede imponer oscila entre los seis meses y los tres años de prisión en el primero y de un máximo de un año en el último, resultaría que la pena de inhabilitación de la patria potestad podrá alcanzar hasta los cinco años, con una limitación temporal que no dispone el art. 56 CP. Sin embargo, si operara como pena accesoria sería de aplicación imperativa, concurriendo

²⁰⁴ La previsión que realizan estos artículos tienen una diferente sanción según el autor sea un hombre, o la autora es una mujer y el plazo de la inhabilitación es diferente mayor en el primer caso que puede llegar hasta 5 años, mientras que para la mujer el tope estaría en los 3 años.

²⁰⁵ Artículo 173 del CP: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

la relación directa con el delito cometido y su ejercicio, frente a los demás supuestos en los que concurriendo los requisitos legales, sin embargo no es de aplicación imperativa, pues se contempla meramente como facultativa. Además, en estos delitos no se reclama que exista una relación directa entre el delito cometido y el ejercicio de tales derechos para la imposición de la pena, sino meramente que así lo reclame el interés superior del menor. Lógicamente, aun no siendo imperativa, concurriendo sus presupuestos, interés superior del menor, resultaría un contrasentido que el órgano judicial no la impusiera.

– Que, tratándose de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, las reglas especiales del art. 192.3 CP provocan que quede limitada temporalmente a seis años como máximo en el supuesto de inhabilitación especial, no pudiendo alcanzar una mayor duración y en concreto hasta los diez años, aunque sí lo hiciera la pena de principal, por impedirlo el art. 56.2 CP. De esta forma, una pena de prisión de seis a diez años podría como pena accesoria llevar aparejado por igual período la imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, pero la existencia de una regla especial lo impide. Sin embargo cuando la pena de prisión fuera igual o superior a diez años, no sería de aplicación el art. 192.3 CP, sino el art. 55 CP, en tanto que el mismo no contiene la regla concursal del art. 56.2 CP, de forma que ahora ya sí la pena podría tener una duración superior a los diez años (la marcada precisamente por la pena principal). Además, si la regla a aplicar es la del art. 192.3 CP, resulta que ahora no existe exigencia alguna en cuanto a la vinculación directa o el interés superior del menor”.²⁰⁶

La reforma de la LO 8/2021 de 4 de junio, ha reformado el artículo 140 bis del CP, incluyendo la pena de privación de la patria potestad: 1. A las personas condenadas por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada. 2. Si la víctima y quien sea autor de los delitos previstos en los tres artículos precedentes tuvieran un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondrá, respecto de este, la pena de privación de la patria potestad. La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren”.

3.1.2 EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE ESTAS PENAS.

La jurisprudencia del TS ha sufrido una importante evolución y así lo recoge en sus últimas sentencias. La STS nº 452/2019 de 8-10-2019 nº 1039/19, en su fundamento jurídico segundo, explica esta evolución.

“...esta Sala del Tribunal Supremo ha tratado este tema, recientemente, en tres ocasiones, cuyos exponentes son las sentencias: Sentencia 568/2015 de 30 de septiembre de 2015, Rec. 10238/2015,-Sentencia 118/2017 de 23 Feb. 2017, Rec. 10444/2016, Sentencia 477/2017 de 26 Jun. 2017, Rec. 10119/2017, 4- Sentencia 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017.

La STS nº 568/2015 de 30 de septiembre de 2015, Rec. 10238/2015, *supuso un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Sala*, se impuso la pena de privación de la patria potestad, estimando el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía, al no

²⁰⁶ ORTEGA CALDERÓN, J. L., “Reflexiones sobre las limitaciones de la patria potestad con ocasión de la comisión de los delitos de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/81158, Ed. Jurídica Sepín, febrero de 2019, p. 9. Disponible en: <https://sepin.es/violencia-doméstica> (Última visita, 7-07-2021).

imponer el tribunal de instancia esta pena, cuando el condenado por delito de asesinato en grado de tentativa había perpetrado el hecho ante la presencia de la hija menor de ambos, habiendo acuchillado a su pareja sentimental con la que tenían una hija en común, perpetrando el ataque a aquella con un cuchillo. La Sala de lo Penal estimó el recurso y acordó la privación de la patria potestad ante la gravedad de los hechos en presencia del menor, pese a que el ataque no fuera contra él, pero sí contra su madre y por su padre. Esta sentencia reconoce que no se venía aplicando en el procedimiento penal la pena de privación de la patria potestad, existiendo una resistencia a su aplicación que ya ha sido superada.²⁰⁷

Así se tiene en cuenta en estas sentencias los siguientes extremos:

Cuando los hechos objetivos son terriblemente graves, tentativa de homicidio, de asesinato, lesiones graves, etc, la ley establece a la luz de los hechos por los que se condena al acusado, por los que debe acordarse la inhabilitación del mismo para el ejercicio de la patria potestad, porque su comportamiento tenga una relación directa, con el ejercicio de la misma, y de los deberes que implica, la respuesta es clara, un delito de tal entidad contra la madre supone un ataque frontal contra la integridad moral del menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, que hace impensable que se mantenga la patria potestad del padre condenado, siendo indiferente que el menor no presenciara los hechos.

El ejercicio de la patria potestad tiene un carácter mixto que puede situarse, al mismo tiempo, como un derecho y como una obligación, porque esta última se rodea de un haz obligacional sobre los descendientes para ayudarles en las obligaciones que marca el art. 142 CC y que tiene derecho a recibir todo descendiente del obligado a prestarlos. Pero, al mismo tiempo, es un derecho a estar con los descendientes. Sin embargo, este derecho debe decaer ante actos graves que conllevan un "desmerecimiento" de poder ejercer ese derecho. Y este emerge con claridad ante actos de la gravedad que se relata en los hechos probados... (STS 247/201/ de 24 de mayo)

En estos casos es difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el intento del padre de matar, asesinar a la madre, o hierla gravemente... y dado los deberes y obligaciones que implica el ejercicio de la patria potestad establecidos en el art. 154 del CC, es difícilmente es compatible pueda ser apto para educar y procurar una formación integral al menor; y todo ello independientemente que el comportamiento anterior con el menor fuese intachable, velando por su debido cuidado y protección.

La sentencia de la Sala II del TS nº 477/2017 de 26 Jun. 2017, Rec. 10119/2017, en relación a la privación de la patria potestad, recogió que: "Los artículos 55 y 56 del Código Penal prevén la posibilidad de imponer, como pena accesoria, la privación de la patria potestad, en las penas de prisión iguales o superiores a diez años (artículo 55) o inferiores a diez años (artículo 56), si este derecho hubiera tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. La jurisprudencia (STS nº 118/2017, de 23 de febrero, que cita la STS nº 1083/2010, de 15 de diciembre), recuerda que la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta inhabilitación especial es la protección del bien

²⁰⁷ Se reconoce en la propia sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015 que no se aplicaba de antiguo la pena de privación de la patria potestad, y así "Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las SSTS de 6 de Julio 2001, la nº 568/2001 , la nº 750/2008 de 12 de Noviembre y la 780/2000 de 11 de Septiembre.

superior del menor, lo que resulta aplicable a los casos de privación del derecho...Del mismo modo, la jurisprudencia no ha limitado la posibilidad de aplicación de estas penas a los casos de delitos cometidos contra los menores, sino que lo ha entendido aplicable a supuestos en los que no siendo el menor sujeto pasivo o víctima del delito, sin embargo ha resultado directamente afectado por él.

La gravedad de los hechos del ilícito penal conlleva una renuncia a los derechos en relación con los hijos, renuncia expresa por el tipo de acción cometida, la descripción de los hechos probados permite la imposición de la pena.

Por ello, entendemos que resulta a todas luces insuficiente que este tipo de hechos se puedan resolver a efectos de "proporcionalidad de la pena" con una pena de prohibición de acercamiento o de comunicación". Lo es para otros supuestos, pero no cuando se perpetra el delito en el marco, condiciones y circunstancias que en este caso se han producido, y la desatención que conlleva la decisión de querer matar a su ex pareja en presencia de los menores, nada menos que en el mismo instante en el que debía cumplir el régimen de visitas con ellos. Esta decisión determina un auto abandono de su derecho de régimen de visitas por el autor del delito y un apartamiento de su derecho/deber de estar con los menores, en razón al acto antinatural de querer matar a la madre de los niños, lo que debe conllevar la pena proporcional, y vinculada a los hechos, de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Recordemos, abundando en la expresión "en presencia de menores", que es como se comete el delito, que este concepto ya ha sido interpretado por esta Sala en la sentencia 188/2018 de 18 Abr. 2018, Rec. 1448/2017 , al exigir que, para aplicar este subtipo agravado en otros tipos penales de violencia de género, los menores perciban el hecho sin exigir que lo vean, por lo que aunque resultaba obvio que lo pudo ver por estar en la cama con su madre, lo que está claro es que "lo pudo presenciar", es decir, que, como citamos en esta sentencia, "son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento como del ruido que es propio de un golpe o de una agresión".

Se concluye en estas sentencias que "Las reglas de la naturaleza impiden otorgar normalidad alguna a un suceso como el desplegado y relatado en los hechos probados. Y estas mismas reglas son las que, trasladadas al ámbito jurídico, deben conllevar un régimen sancionador grave para un hecho, también considerado grave, en cuanto se refiere a las relaciones de los padres con respecto a sus hijos, porque cuando aquellos han despreciado a estos, a su personalidad y a su psique en un ataque de esta naturaleza, deben asumir las consecuencias penales en orden a la inhabilitación o la privación de la patria potestad sobre estos menores, ya que no es preciso que se produzca un ataque directo al menor para que proceda la imposición de esta pena, sino que el ataque a la propia madre de este menor por su propio padre, y con la clara intención de acabar con su vida, determina la imposición de la pena interesada de privación para el ejercicio de la patria potestad, lo que supone la fijación de la "vinculación" de la relación directa entre la imposición de esta pena con el delito cometido y "presenciado" por el menor y, en consecuencia, la aplicación de la pena de inhabilitación de la patria potestad como pena adicional a las impuestas en sentencia". Esta última referencia, lo es a lo que se introduce ahora como novedoso en relación a la "violencia vicaria", que ya se contemplaba por el TS en el año 2017

Sobre las críticas a la escasa adopción de las medidas de privación o ejercicio exclusivo a favor de la madre.

	%
TRIBUNAL SUPREMO	18,7%
AUDIENCIA NACIONAL	43,5%
JUZGADO CENTRAL DE LO PENAL UNICO	50,0%
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION	16,7%
JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	25,0%
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA	37,1%
JUECES DE ADSCRIPCIÓN TERRITORIAL	65,7%
AUDIENCIA PROVINCIAL	38,7%
JUZGADO DE LO PENAL	63,7%
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	44,8%
JUZGADO DE LO SOCIAL	57,1%
JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA	54,9%
JUZGADO DE MENORES	66,3%
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION	66,6%
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA	61,0%
JUZGADO DE INSTRUCCION	61,9%
REGISTRO CIVIL EXCLUSIVO UNICO	65,4%
JUZGADO DECANO EXCLUSIVO	25,0%
JUZGADO DE LO MERCANTIL	41,8%
JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER	72,3%
Total	54,4%

El informe sobre la estructura de la carrera judicial, del CGPJ en el año 2020, es claro basta con ver el porcentaje de mujeres por tipo de órgano.

Las críticas pues, no son reales, y menos basadas en la resistencia a su adopción por los operadores jurídicos por las dificultades para suspender el ejercicio de la patria potestad a quién históricamente la ha ostentado, refiriéndose así a la resistencia de los jueces hombres, a imponer dicha pena, el argumento cae de bruces, no sólo por su inconsistencia, sino también acudiendo a la formación de la carrera judicial.

Entre los jueces de nuevo ingreso en la carrera judicial, las mujeres vienen superando en número a los hombres al menos desde 2004. La última promoción de jueces que ingresaron en la carrera judicial por el turno libre está integrada por 86 mujeres y 42 varones, lo que supone que las juezas representan el 67,2 % del total, y el porcentaje de mujeres juezas en violencia de género es de un 71,6 %.

En relación al MF, la 59ª promoción de fiscales, cuya entrega de despachos se produjo el día 20-07-2021, está compuesta por un 74,30% de mujeres.²⁰⁸

²⁰⁸ Estadística del CGPJ. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> y <https://www.fiscal.es> (Última consulta, 07-07-2021)

CAPÍTULO IV: LA GUARDA Y CUSTODIA EN VIOLENCIA DE GÉNERO, PROHIBICIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

“La decisión sobre la ruptura familiar, más difícil cuando hay violencia”.

En la ruptura del matrimonio o de la pareja, cuando hay hijos menores de edad se hace necesario regular todo lo referente a la situación de los mismos. La Carta Europea de Derechos del Niño establece que “los menores tienen derecho a gozar de sus progenitores en igualdad de condiciones y, también, que los progenitores tienen la obligación de compartir los deberes y la responsabilidad sobre la educación de los menores”.

En la regulación de las situaciones familiares, “...debe regir el principio de intervención mínima, puesto que la CE ofrece protección a todos los modelos de familia, con el único límite del derecho necesario, del "*orden público*", que se han de interpretar en el marco de los derechos civiles básicos reconocidos en las declaraciones internacionales de Derechos del Hombre, y específicamente del Menor. De hecho, cuando una familia es capaz de organizar sus relaciones convivenciales de manera pacífica y estable, el ordenamiento jurídico no interviene. Si un padre o una madre se niega a ver a su hijo y delega *de facto* en el otro progenitor o en un miembro de la familia extensa, o deciden de mutuo acuerdo internar al niño en un colegio en el extranjero, o deciden trasladarse de ciudad o de país, no se acude al Juzgado para que dé autorización, previo informe psicosocial y vista al Ministerio Fiscal, ni se solicita la intervención judicial”.²⁰⁹

En nuestro derecho, la regulación de la ruptura, se contiene, en el Capítulo IX del CC bajo la rúbrica “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, artículos 90 a 101. Nos referiremos a la ruptura de parejas con hijos menores, situaciones de nulidad, separación, divorcio, parejas de hecho, o no. La GyC de los hijos menores, es una facultad derivada de la patria potestad, que de forma general es entendida como la designación de quién de los progenitores, se encarga de sus cuidados cotidianos y velar por ellos mientras están en su compañía.

“Guarda, custodia, guarda o convivencia, todos estos términos se están refiriendo a una misma realidad, la tenencia o convivencia de los hijos con uno o ambos progenitores en determinados periodos de tiempo durante los cuales es el progenitor custodio o guardador el que ejercita y asume los deberes y responsabilidades propios de la potestad, pero no todos, sino solo aquellos que se derivan de forma directa de la convivencia y que comprenden las decisiones relativas a los aspectos cotidianos de la vida de un menor, es decir, aquellos que hacen referencia a hechos o actos en los que puede tomar decisiones sin necesidad de recabar la conformidad del otro”.²¹⁰

209 ORTUÑO MUÑOZ, P., “La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (Comentario a los arts. 233-13 y 236-3 CCCat.) en *Revista jurídica Sepin, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18072, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2013, p. 2. Disponible en: <https://sepin.es/violencia-doméstica> (Última visita, 16-04-2021).

210 UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “Problemas prácticos: La determinación del sistema de guarda y custodia más respetuoso con el interés del menor (La corresponsabilidad parental), fijación de una pensión de alimentos adecuada, la protección del interés de las personas con discapacidad inmersas en

La GyC, es la cuestión más compleja, delicada e importante, a resolver en una ruptura en la que hay hijos menores, ya que va íntimamente unida, al establecimiento de un Rv para el progenitor no custodio. La mejor forma de finalizar una relación sentimental es sin duda aquella en la que los padres se ponen de acuerdo, lo que evitaría largos y complicados procesos judiciales. Esta posibilidad aparece en los procedimientos de mutuo acuerdo previstos en la ley, artículo 777 de la LEC, e incluso en procedimientos contenciosos, ya que petición de las partes puede transformarse el procedimiento en uno de mutuo acuerdo.

A falta del beneficioso acuerdo, pueden solicitarse por cada uno de los padres, los distintos tipos de GyC según el sistema que consideren más favorable, GyC exclusiva, GyCc por alguno de ellos, peticiones de GyC principal, junto con otras subsidiarias... las combinaciones pueden ser múltiples.

Debemos partir de varios factores que influyen en esta determinación, cuando ambos padres están capacitados para asumir la GyC y no llegan a un acuerdo, valorando las circunstancias, problemas, la situación que se presenta, y que incide en la decisión a tomar, teniendo en cuenta el principio del “interés superior del menor”. Entran en juego, como en todo el derecho de familia, los sentimientos y las emociones, y su adecuada gestión es fundamental, ya que el régimen que se adopte y su desarrollo, va a incidir directamente en el crecimiento de los menores. Lo más importante al decidir sobre esta medida, es velar por que el desarrollo de los hijos sea lo mejor posible en todos los ámbitos, intelectual, emocional y social.

En derecho comparado, las soluciones son diferentes cuando no hay acuerdo de los padres acerca de la guarda y custodia de sus hijos, desde la adopción de la GyCc como sistema común, a determinar su imposibilidad. En relación al derecho europeo, el contenido de la GyC es diferente. En las normas internacionales, se utiliza el concepto de responsabilidad parental, no siendo sólo una diferencia terminológica, sino de contenido.

La custodia de los hijos menores, en los procedimientos que se siguen en los JVSM, en principio, se rige por las normas generales de atribución de la GyC, salvo una prohibición expresa y clara que se contiene en el artículo 92.7 del CC²¹¹: “No

estos procedimientos”. Ponencia en el curso, “Procesos matrimoniales. Resoluciones sobre guarda y custodia”, p. 5. Celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos en Madrid, los días 19 y 20 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 16-04-2021).

²¹¹ Artículo 92 del CC vigente según la reforma de la LO 8/2021, de 4 de junio: “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

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”.

1. FACTORES A TENER EN CUENTA PARA SU DETERMINACION. TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA.

Para adoptar la decisión sobre la GyC, hay una serie de factores que se deben evaluar por el juez que va a adoptar la decisión, independientemente del tipo de GyC que se solicite. Con carácter general y sin ánimo de ser exhaustivos, entre estos podrían estar:

1. La capacidad de dedicación y atención, que pueden ofrecer los padres, en base a las necesidades de sus hijos, y su valoración tanto en el presente como en el pasado.
2. El entorno familiar y social de cada uno de ellos: vivienda, jornada laboral, tipo de trabajo, horarios, cercanía de domicilios, colegios, apoyos familiares y sociales...
3. La voluntad y posibilidad real de ejercicio por los padres, de la custodia, cuando la solicitan. Tratando de separar motivos no tan altruistas, como los económicos o la posible manipulación emocional, así como la relación que ambos mantengan tras la ruptura.
4. La edad de los menores y de sus progenitores, y si hay varios hermanos, seguir el criterio establecido con carácter general de no separarlos, siempre que se pueda.
5. Los informes psicológicos, médicos, y los emitidos por los equipos psicosociales de los juzgados.
6. La voluntad de los hijos, que pueden ser oídos si tienen suficiente edad,²¹² aunque ello no suponga que se haga lo que ellos quieran, ya que puede efectivamente, no ser lo mejor.
7. La existencia de enfermedades graves, o deficiencias físicas o psíquicas en los progenitores, en los menores, en las personas que convivan con ellos etc.
8. La adicción a sustancias estupefacientes, alcohol, ludopatía etc.
9. La existencia de una situación de violencia de género o doméstica.

Estos factores deben ser correctamente evaluados, ya que pueden suponer una imposibilidad de ejercicio de la custodia, limitar su ejercicio de forma temporal, o determinar que sólo sea posible un tipo determinado de GyC.

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”.

²¹² Me remito a lo ya expuesto en relación al “interés superior del menor”.

En este sentido y siguiendo a Antonio Javier Pérez Martín, en cuando a los factores a analizar, éste indica que “La decisión sobre el modelo de custodia exigirá analizar al núcleo familiar desde tres perspectivas: de pasado, de presente y de futuro. Mirando al pasado, como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 octubre 2009, debe tenerse en consideración la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, es decir, el tiempo que cada uno de ellos había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las labores que efectivamente ejercían para procurarles el bienestar; la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las otras personas que conviven en las viviendas respectivas; y la actitud de cada uno de los progenitores para garantizar adecuadamente las relaciones de los hijos con ambos. También deberán valorarse, como así se regula en algunos ordenamientos autonómicos, los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera del convenio antes de iniciarse el procedimiento. Deteniéndonos en el presente, es decir, en el momento en el que se está tramitando el procedimiento de familia, deberemos atender a la edad que tienen los hijos; conocer su opinión si tienen suficiente juicio; indagar en la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos; en la relación que ambos mantienen entre sí; y, además, tener presente la situación de los domicilios de los progenitores, los horarios y las actividades de los hijos y de los progenitores. La tercera perspectiva es de futuro y consiste en acreditar con certidumbre cómo se va a llevar a la práctica el modelo de custodia que se está solicitando. Para ello, como dice el Tribunal Supremo, complemento de la pretensión de un determinado modelo de custodia es ofrecer un plan contradictorio, semejante al plan de parentalidad que aparecen en algunas legislaciones autonómicas. El juez necesita conocer no solo las aptitudes de uno y otro para asumir estos menesteres de guarda, sino también cómo se va a desarrollar en aspectos sustanciales como el lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente; el compromiso sobre las tareas cotidianas de los hijos, etc. A este "*plan contradictorio*" se refieren las sentencias 29 de noviembre y 17 de diciembre de 2013...Con base en el modelo de custodia que se solicite, en la demanda o en su caso en la contestación, deberán llenarse con hechos estas tres perspectivas de la familia, hechos que luego deberán acreditarse suficientemente y ser valorados por los juzgados y tribunales”.²¹³

En un breve repaso veremos los tres tipos de custodia: individual o exclusiva, compartida y a favor de terceros, que luego desarrollaremos en conexión con la violencia de género.

A) La guarda y custodia individual, exclusiva, o monoparental. Es la que se otorga a uno de los progenitores, estableciendo en favor del otro un Rv. Esta denominación, “régimen de visitas” ha sido muy criticada, por cuanto parece que convierte al progenitor que no tiene la custodia en “un visitante de sus hijos”, con la pérdida de contacto e interés para ambos. Este sistema, es el que se ha venido adoptando tradicionalmente atribuyendo la GyC a la madre, si bien ha ido evolucionando, junto con la sociedad, con los importantes, y aún insuficientes cambios, de incorporación

²¹³ PÉREZ MARTÍN, A J. “Tendencias jurisprudenciales de Familia en las resoluciones de las Audiencias Provinciales”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/22843, Ed. Jurídica Sepín, febrero de 2017, p. 3. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-doméstica/> (Última visita, 16-04-2021)

de la mujer a la vida laboral y social, con todas sus implicaciones. Más lentamente que de lo que avanza la sociedad, y adaptándose a esta, vamos pasando de un sistema ampliamente mayoritario de concesión de la custodia individual a la madre, a conceder algunas custodias individuales a favor del padre, y por último a generalizar el sistema de GyCc, que se ha convertido de hecho en el sistema al que ahora se tiende con carácter general. Desde un punto de vista terminológico se intenta realizar un cambio, para evitar que el término “exclusiva”, tenga un carácter excluyente para uno de los padres, el que no tiene la GyC y se ve abocado a la realización del Rv, y de este último, para que no convierta al progenitor no custodio, en un mero “visitante”, del que las notas de responsabilidad o interés, no parecen presentes. Es la más utilizada en violencia de género, ya que se atribuye casi siempre a la madre, aunque no hay prohibición legal en relación a la posibilidad de otorgársela al padre.

B) La guarda y custodia compartida. Con carácter general la GyCc, se ha ido imponiendo lenta pero inexorablemente en nuestro sistema, a golpe de jurisprudencia del TS. A nivel estatal estamos huérfanos de una legislación en esta materia, no hay ninguna legislación específica sobre GyCc a salvo de lo dispuesto en el artículo 92.5 del CC. Hubo un intento de introducción en el año 2014, a través del Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que se aprobó el 24-07-2014 por el Consejo de Estado. En el año 2015 se gestaba una importante reforma de la guarda y custodia, que tampoco llegó a materializarse, y desde ese momento nada se ha avanzado.

Sin embargo, a nivel autonómico han aparecido varias leyes que regulan la GyCc. De forma cronológica, esta legislación comenzó en Aragón, luego en Cataluña, Navarra, Valencia, y por último en el País Vasco. Si bien debemos señalar que la ley valenciana, fue declarada inconstitucional y anulada por el Pleno del TC, en STC nº 192/2016, BOE 311/2016, de 26 de diciembre de 2016, rec. 3859/2011, que determinó que “...solo las autonomías con derecho foral, podían legislar en esta materia, o bien aquellas regiones que aborden en sus normas, costumbres derivadas de los antiguos fueros que hayan subsistido”. En relación con la situación de violencia de género la respuesta es contundente: está prohibida como acabamos de ver.

“La implicación positiva de ambos progenitores en la crianza y en el desarrollo de los hijos comunes tras la ruptura parental (corresponsabilidad parental o coparentalidad responsable) debe coincidir, a priori, con el contenido del interés del menor que es prevalente en la adopción de cualquier medida que le afecta. Se considera que esa doble implicación parental responde al interés superior de los menores al garantizarles su derecho fundamental a mantener una sana y amplia relación con ambos progenitores tras la ruptura. Si bien esa coparentalidad responsable puede ejercerse adecuadamente bajo cualquier modalidad legal de custodia, es la denominada “compartida” la que ofrece el marco convivencial más adecuado para su desarrollo. De ahí que esa modalidad de guarda tenga ya un reconocimiento social, y sea adjetivada como “deseable” o “preferente” en los textos legales y jurisprudenciales, pues se estima que es la que mejor garantiza el derecho fundamental de los niños/as a mantener una sana y amplia relación con sus progenitores separados”.²¹⁴

²¹⁴ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “Problemas prácticos: La determinación del sistema de guarda y custodia más respetuoso con el interés del menor (La corresponsabilidad parental), fijación de una

Sobre la determinación de su concepto, hay distintas definiciones y posturas en cuanto al acercamiento a este tipo de GyC.

Belén Casado Casado, resume las dos principales posturas, “Si hablamos pues de «guarda y custodia compartida» entendemos, según los autores, «un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados» (FABIOLA LATHROP). ORTUÑO MUÑOZ ha elaborado otro concepto de guarda y custodia compartida más detallado: «aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro». Con esta última definición, la guarda y custodia compartida no está vinculada con la idea de convivencia simplemente, o de reparto de funciones, sino que supone mucho más, ya que tendría que ver con una «situación ideal», fruto de un convenio o acuerdo entre las partes, de buena relación entre los progenitores, que ayudará incluso a la resolución de las controversias que pudieran surgir sin necesidad de intervención judicial. La definición de Fabiola Lathrop, es la que está más vinculada a la definición tradicional de la guarda y custodia, es decir, a aquella definición que ha hecho la doctrina del término donde la misma supone la convivencia con el menor y el desempeño de las funciones inmediatas que requiere esta convivencia, ya que habla de compartir cuidado personal, o convivencia con cada uno de ellos”.²¹⁵

Comparto, el concepto de GyCc de Julio Jesús López Ordiales, por su clara y amplia visión sobre este tipo de custodia: “...la guarda y custodia compartida es aquélla en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos. Por tanto, supone la distribución de las funciones y responsabilidades parentales que ambos progenitores separados asumen sobre sus hijos, bien rotando en el ejercicio de esas funciones y responsabilidad (cuidado y atención directa), bien alternándose según su disponibilidad y en interés del menor. Esa alternancia o rotación puede realizarse y llevarse a efecto de múltiples maneras, siempre procurando que se desarrolle en interés de los hijos, y así puede

pensión de alimentos adecuada, la protección del interés de las personas con discapacidad inmersas en estos procedimientos”. Ponencia en el curso, “Procesos matrimoniales. Resoluciones sobre guarda y custodia”, p. 1. Celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos en Madrid, los días 19 y 20 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 16-04-2021).

²¹⁵ CASADO CASADO, B., “Custodia Compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, en *Diario La Ley*, Nº 9177, Sección Dossier, Ed. Wolters Kluwer de 13 de abril de 2018, p. 4 y 5. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 16-04-2021).

distribuirse el tiempo de convivencia por meses, cursos escolares, en atención al horario y calendario laboral de los progenitores, o semanalmente, etc...”²¹⁶

La adopción de la GyCc, exige la petición de una de las partes, sin ella no se puede acordar, ni tal petición puede ser suplida por el MF. Así se pronuncia el TS, “El Art. 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda" a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”, STS Sala 1ª de 15 junio de 2016/EDJ 2016/87455.

C) La guarda a favor de terceros. Es una GyC que se adopta en base a circunstancias excepcionales, siempre en beneficio de los menores. Cuando se atribuye a terceras personas, generalmente se hace a un familiar muy cercano, abuelos o tíos, y si esto no es posible, a una entidad pública. Su previsión se encuentra en el artículo 103.1 del CC, “*Excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.*” o en el artículo 172 bis 1 del mismo texto legal: “*cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar del menor, podrán solicitar de la Entidad Pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario...*” Se utiliza también en violencia de género en los casos en los que se dan estas circunstancias excepcionales.

2. GUARDA Y CUSTODIA EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

Decidir sobre la GyC en violencia de género, supone introducir en la resolución que va a regular la ruptura una importante variable como es la existencia de violencia. En esta situación la protección de los menores es aún más relevante, tal y como se desarrolla en nuestra legislación vigente.

La LIVG en su Exposición de Motivos señala “Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.

²¹⁶ LÓPEZ ORDIALES, J.J., “*Problemas actuales del Derecho de Familia, sobre todo a la luz de las últimas reformas legales y jurisprudenciales*”. Jornadas de especialistas en el orden civil, celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos en Madrid, los días 24 y 25 de enero de 2018, p. 26 a 32. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 19-04-2021).

La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia señala en su Preámbulo 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. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos.”²¹⁷

La Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia señala en su Preámbulo que “en el artículo 11 se introduce como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. De acuerdo con ello, los poderes públicos desarrollarán actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, estableciendo los procedimientos que aseguren la coordinación entre las Administraciones Públicas competentes. En estrecha relación con lo anterior, en el artículo 12 se garantiza el apoyo necesario para que los menores bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica puedan permanecer con la misma. Asimismo, se introduce la presunción de minoría de edad de una persona cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad, hasta que se determine finalmente la misma”.

A nivel internacional, en el Convenio de Estambul, en vigor desde 1 de agosto de 2014, establece en su artículo 31, que las Partes tomaran las medidas necesarias para que en el momento de estipular los derechos de custodia y visita de los hijos se tengan en cuenta los incidentes de violencia de género y que ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y seguridad de la víctima y de los niños.

El XIV Seminario de Fiscales Delegados en violencia de género, celebrado sobre GyC, Rv y violencia de género, basándose en la legislación vigente concluye que “...se debe entender la violencia de género como una vulneración de los derechos de

²¹⁷ Mediante la disposición final tercera se lleva a cabo la modificación de la LIVG. El reconocimiento de los menores como víctimas de la violencia de género conllevó la modificación del artículo 61, 65, con el fin 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, y 66 superando con la nueva redacción la concepción del régimen de visitas y entendiéndolo de una forma global como estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores.

los menores a vivir en un entorno libre de violencia, así como a un desarrollo integral adecuado”.²¹⁸

Comparto totalmente tal conclusión, es fundamental garantizar el derecho del menor a vivir en un entorno libre de violencia, y la existencia de violencia de género, puede afectar directamente a la GyC y al Rv de los hijos, y por ello es siempre necesario realizar la valoración de cada situación, para apreciar como determinar su atribución, atendiendo al principio del interés superior del menor. La realización de esta valoración, supone la necesidad de excluir las prohibiciones generales que se realizan “*a priori*”, sin tener en cuenta la máxima más importante en derecho de familia: “valorar en cada procedimiento sus circunstancias particulares, para poder adoptar las medidas adecuadas”.

En este momento, el único tipo de GyC que está excluida de violencia de género por expresa disposición de la ley, es la GyCc. En la determinación de la atribución de cualquier tipo de GyC en violencia de género, se deben valorar los siguientes parámetros, a) el ámbito temporal en el que se desarrolla la GyC. Si ya está establecida, si hay un procedimiento civil iniciado, o si no hay ningún procedimiento, b) el acto de violencia realizado, y c) el estado del procedimiento penal.

2.1 GUARDA Y CUSTODIA INDIVIDUAL.

El sistema general de atribución de la GyC, no impediría otorgar la misma de forma exclusiva al progenitor paterno, aún en el supuesto de la existencia de violencia, ya que no hay ninguna prohibición legal, siempre claro está, que el menor no haya sido víctima de la violencia ni directa ni indirecta.

Deben, pues ponderarse las circunstancias de cada caso y decidir lo que sea más beneficioso para el menor. “La existencia de un proceso penal por delito de maltrato familiar se tendrá en cuenta para la atribución de la custodia, pero no para concederla de forma automática al progenitor presuntamente víctima del maltrato...es preciso determinar a cuál de los progenitores ha de concederse la custodia del menor al interesarla ambos en exclusiva...” SAP Ourense, Sec. 1.ª, 381/2016, de 9 de noviembre, recurso 393/2016. (SP/SENT/881986).

A modo de ejemplo, en el JVSM nº 8 de los de Madrid, se dictó sentencia en el juicio de divorcio contencioso nº 13/16, de fecha 19-12-16, en la que se otorgó la guarda y custodia al padre, considerando que era la opción más beneficiosa para el menor, y ello, tras examinar el informe psico-social, emitido sobre la unidad familiar, la exploración del menor, y el informe favorable del MF. En el juicio de divorcio nº 08/16, tras la práctica de la prueba, y la ratificación de la partes en sus posiciones se solicitó por el MF que la guarda y custodia fuera en favor del padre. Es cierto que son casos excepcionales, por las propias circunstancias de la materia, pero cada vez se dan con más frecuencia.

Las nuevas corrientes en relación a la violencia de género, señalan la necesidad de establecer la prohibición expresa de otorgar la custodia exclusiva al padre en el caso

²¹⁸ CONCLUSIONES DEL XIV SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Segovia los días 13 y 14 de noviembre de 2018, conclusión 4ª, p. 11. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 16-05-2021).

de existir violencia, en este sentido entre otros autores se pronuncia Julio Jesús López Ordiales. Pero al mantener esta postura, se olvida que las circunstancias de la vida, de la familia son las que se deben tener en cuenta, y estas no se pliegan a las imposiciones de las corrientes políticamente correctas dominantes.

Prohibición que nos llevaría a situaciones kafkianas, como la que se produciría cuando ambos progenitores constan como investigados por agresiones recíprocas, en el mismo procedimiento de violencia, en este caso si se prohíbe por ley atribuir la GyC exclusiva, a un progenitor incurso en un procedimiento de este tipo, ¿Que hacemos? ¿Llamar a la familia próxima, abuelos, tíos?, ¿Internar a los hijos en una institución pública?, La respuesta es clara, contundente, y siempre de acuerdo con el más elemental sentido común, que va a coincidir con el interés superior del menor, la custodia se otorgará a cualquiera de los dos progenitores. Este supuesto, no es aislado, se plantea en muchas ocasiones en los JVSM, y la solución desde luego no es privar civilmente del derecho-deber de custodia a los padres; “... no estaba en la mente del legislador los supuestos de indicios racionales de agresiones recíprocas entre ambos progenitores, y mucho menos privar civilmente del derecho deber de custodia a ambos, llamando a la familia extensa, pues ello comportaría sacar al menor de su ambiente y entorno familiar habitual. Por ello, el criterio rector de cada decisión que afecte al menor es el interés prevalen de este para elegir el régimen de custodia procedente en cada caso”.²¹⁹

Pero hay más supuestos, ya que en la decisión se incluyen factores determinantes en relación con la imposibilidad de ejercicio de la custodia por la madre, e incluso por la posible existencia de una situación de riesgo para los menores, si se ejerce por la madre, casos en los que ésta sufre una grave enfermedad física o mental, adicciones a sustancias, alcohol etc., hay incluso procedimientos en los que el equipo técnico psicosocial (*en adelante ETPS*) se pronuncia a favor de la atribución de la custodia a favor del padre, porque no todos los procedimientos de violencia son iguales. Las circunstancias fundamentales a ponderar serían: el tipo de delito presuntamente cometido, el estado del procedimiento, como ha influido en los menores, y el interés prevalente de éste.

2.2 GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, ESTUDIO DEL ARTÍCULO 92.7 DEL CC.

Nos hemos referido varias veces al punto 7 del artículo 92 del CC, señala: “*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*”.

²¹⁹ GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., “Guarda y custodia compartida: supuestos de exclusión en los casos de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/73299, Ed. Jurídica Sepín, p. 11, abril de 2018. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 16-05-2021).

En principio es un precepto claro, que no debería ser objeto de interpretación, sin embargo la jurisprudencia sí lo ha hecho, y en determinadas y excepcionales ocasiones ha concedido la GyCc en casos de violencia de género.

Se realiza una regulación en sentido negativo, por exclusión de estos casos, *se inicia con la expresión: “No procederá la guarda conjunta...”*.

En esta expresión, los diferentes juristas y autores que pretenden evitar la prohibición, intentan encontrar un resquicio, no habla de GyCc sino de guarda conjunta. Pero entender que no hay una prohibición, basado solo en una precisión terminológica, no es coherente.

Siguiendo a Francisco Manuel Gutiérrez Romero, en cuanto a la necesaria aclaración, “Este término ha sido utilizado por algunos profesionales del derecho para indicar que el precepto no está prohibiendo la custodia compartida, sino una guarda conjunta, lo cual constituye otra cosa distinta. Esta afirmación, a nuestro juicio, carece de valor. Si bien es cierto que el legislador ha sido vacilante a la hora de emplear los términos "custodia", "guarda", "compartida", "conjunta", ello no comporta una variación en su significado jurídico. De un lado, el concepto engloba todas aquellas funciones de relevancia que permanecen en el ejercicio de la patria potestad residual, siendo un derecho-deber personalísimo del progenitor al servicio del hijo...Por tanto, si bien es cierto que la terminología que utiliza el art. 92.7 CC es confusa al emplear la expresión "*guarda conjunta*", hemos de aclarar que ello no influye en el contenido de la misma, pues son muchas las acepciones que se utilizan por los Tribunales para referirse a una misma realidad: "*guarda y custodia compartida*", "*guarda conjunta*", "*guarda periódicamente alternativa*", "*guarda y custodia compartida alternativa*", "*guarda y custodia alternante*" para referirse al régimen de guarda en el que se establece un reparto equitativo de tiempos en la convivencia de los progenitores con sus hijos en los supuestos de crisis matrimonial o ruptura de las parejas de hechos, bien a través de la alternancia en la convivencia, bien mediante una ampliación de los tiempos de estancia con uno y otro progenitor”.²²⁰

Continúa el precepto, “*No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal...*”

La primera reflexión importante es la referencia a ambos progenitores. Son tres los supuestos que pueden darse: a) que esté incurso en el procedimiento penal el padre, b) que lo esté la madre, en lo que sería un procedimiento de violencia doméstica, o c) que ambos estén incurso en el procedimiento penal de violencia de género.

En los dos primeros supuestos la idoneidad se deberá valorar por igual, si el padre no puede acceder a la GyCc por estar incurso en un proceso penal, la madre tampoco podría, en este último caso, si fuera sólo la madre quién está como investigada en el proceso penal, la competencia no sería de los JVSJ, sino de los juzgados de instrucción, y el procedimiento civil se seguiría en un juzgado de 1ª instancia/familia.

²²⁰ GUTIÉRREZ ROMERO, FM., “Guarda y custodia compartida: supuestos de exclusión en los casos de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/73299, Ed. Jurídica Sepín, p. 6, abril de 2018. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 16-05-2021).

Ahora bien, resulta sorprendente el trato desigual y a mi juicio injusto, que se produce si es la progenitora materna, quién está incurso, en un procedimiento por violencia doméstica, por un delito contra la persona de su marido/pareja sentimental, entonces si es posible la GyCc, a pesar de las prohibiciones legales. En este sentido, la AP de Huesca en S. nº 21/2019 de 27-02-2019,²²¹ establece una GyCc a pesar de que la madre H., ha sido condenada en sentencia firme por agredir a C. su pareja y padre del menor. En esta sentencia se establece que: ...la condena de la Sra. Herminia como autora de un delito de violencia familiar cometido contra su ex marido mediante sentencia del Juzgado de lo penal número 1 de Huesca de fecha 18/12/2017 por hechos ocurridos el 3/4/2016 (folio 160), y confirmada por esta Audiencia Provincial en fecha 9/3/2018 (folio 190), no debe llevar aparejada automáticamente la privación de la guarda y custodia individual o la imposibilidad de reconocer la guarda y custodia compartida, dado que la sentencia penal condenatoria no adopta ninguna decisión en materia guarda y custodia ni de autoridad familiar del menor y los hechos allí enjuiciados no están relacionados con la materia controvertida, sino que se trató de una puntual agresión protagonizada por ella contra él”.

Por último, respecto del supuesto en el “que ambos estén incurso en el procedimiento penal de violencia” reiterar lo expuesto anteriormente.

Para valorar la posibilidad de la GyCc, es necesario determinar que consideramos por estar incurso en un proceso penal. Hay diferentes posiciones, sobre el momento en el que se despliega la imposibilidad de acceder a una GyCc cuando existe violencia. Para algunos, sólo es necesaria la existencia por sí sola de una denuncia, para otros, que se realice la imputación formal, en este caso bien como investigado, bien como acusado, hay quienes consideran suficiente el dictado de una orden de protección, y por último hay quién considera que no se produce hasta que no se dicta una sentencia firme.

A) ¿Se está incurso en un procedimiento penal, por la existencia de una denuncia, o querrela? Entiendo que no, el primer paso del inicio del procedimiento penal es absolutamente insuficiente, “... la cuestión que nos planteamos en la práctica no es otra que determinar si es suficiente con la presentación de una mera denuncia penal para evitar la custodia compartida, o si, por el contrario, sería preciso la existencia de una resolución judicial que estableciese la concurrencia de indicios racionales de criminalidad contra el investigado para estimar que el mismo se encuentra incurso en un procedimiento penal. A mi juicio, no basta la mera denuncia penal de la víctima, sino que será preciso el auto de procedimiento abreviado que delimita los hechos imputados y la persona presuntamente responsable de los mismos para la aplicación del precepto...²²² La S. de la AP de Navarra, Sec. 3.ª, 317/2016, de 23 de junio, recurso 91/2016., (SP/SENT/877931) señala que la presentación de una denuncia por maltrato no basta para considerar que se den las circunstancias de la inconveniencia

²²¹ Vid. para un estudio más detallado: Jurisprudencia Roj: SAP HU 19/2019 ECLI: ES: APHU: 2019: Id Cendoj: 22125370012019100019. AP de Huesca sección 1ª de 27-02-19, rec nº 13/2019, resolución 21/2019, S. 21/2019; Ponente: Antonio Angos Ullate.

²²² GUTIÉRREZ ROMERO, FM., “Guarda y custodia compartida: supuestos de exclusión en los casos de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/73299, Ed. Jurídica Sepín, p. 7 a 9, abril de 2018. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 16-05-2021).

de instaurar la custodia compartida, cuando además el convenio suscrito por las partes preveía un amplio régimen de visitas”.²²³

B) ¿En que fase del procedimiento penal, sí se consideraría “incurso”? Dentro del procedimiento penal lo primero se realiza es la imputación de hechos, que efectúa el juez instructor pasando el progenitor paterno, formalmente de ser denunciado ha ser investigado, (si el procedimiento se dirige sólo contra él), continuando la instrucción para la investigación de los hechos. La situación, es muy diferente según el tipo de procedimiento, en el que se vea incurso el progenitor, de menor a mayor gravedad, procedimiento por delito leve de vejaciones (artículo 962 y ss de la LECr), procedimiento de diligencias urgentes (artículo 795 y ss de la LECr), diligencias previas en el procedimiento abreviado (artículo 757 y ss de la LECr), sumario (artículo 259 y ss LECr), o procedimiento de jurado (LO 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado).

Cada uno tiene su propia tramitación y requisitos. Señalar brevemente que, mientras en los tres primeros procedimientos, por vejaciones injustas, diligencias urgentes y procedimiento abreviado, podría valorarse la GyCc, si nos encontramos con un procedimiento de sumario o jurado, por la propia gravedad de los hechos y las penas que se establecen para los delitos que se siguen en los mismos, creo que no sería posible en ningún caso. A lo largo del procedimiento el investigado, salvo que se sobresea el procedimiento, pasará a ser acusado y ya, en el final del mismo, tras la celebración del juicio oral, se dictará la sentencia, en la que será condenado o absuelto, sentencia que deberá ser firme, en ambos casos para producir sus efectos; y en caso de ser condenatoria, pasará a la fase de ejecución de la misma.

Es fundamental también conjugar la presunción de inocencia, con los hechos que se enjuician, así se pronuncia la S. de la AP de Madrid, Sec. 22.ª, 254/2016, de 15 de

²²³ Señala: "... Se alega igualmente que no concurren los presupuestos establecidos jurisprudencialmente para acordar el régimen de custodia compartida puesto que actualmente se está tramitando ante Juzgado de Violencia contra la Mujer de DIRECCION000 un procedimiento de diligencias previas por delito del artículo 173.2 del Código Penal, instado por la apelante frente al demandante. El Tribunal Supremo ha declarado en ocasiones que no es posible acordar la guarda y custodia compartida cuando la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba pues "la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad" (STS 619/2014, de 30 de octubre). Pero para apreciar tal situación sería preciso que "la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo" no exigiéndose un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo y una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, (STS 96/2015, de 16 de febrero y 143/2016, de 9 de marzo). En el presente caso no se aprecia que estemos ante un deterioro tal de la relación entre los progenitores que pueda perjudicar al menor en el desarrollo de un régimen de custodia compartida. No existe dato alguno que acredite que la relación entre los progenitores, desde el momento de su ruptura sentimental en febrero de 2013, no fuera buena hasta el momento en que se presenta la demanda en que el padre solicita la custodia compartida en noviembre de 2014. La denuncia no se presenta hasta enero de 2015 y en base a hechos al parecer próximos a dicha fecha, sin que exista dato alguno aportado que permita otorgarles verosimilitud. En el informe pericial psicológico no se hace referencia alguna a una situación de maltrato psíquico. Por ello el simple dato de la presentación de la denuncia no basta para considerar que se den las circunstancias exigidas para apreciar la inconveniencia de instaurar el régimen de custodia compartida, máxime cuando el convenio suscrito por los litigantes en 2013 preveía un amplio régimen de visitas en favor del padre que ha venido cumpliéndose sin contratiempos o dificultades, lo que apunta a que la relación entre progenitores, en orden a hacer efectivo lo acordado, en beneficio del menor, no reviste los tintes que se pretende hacer ver en el recurso..."

marzo, Recurso 711/2015. (SP/SENT/855829) "...ha de prevalecer, en tanto no exista una sentencia condenatoria firme, la presunción de inocencia, no puede dejar de valorarse que los hechos denunciados no afectan de modo directo a las relaciones entre el padre y el menor, ni, al menos de lo que consta en los testimonios incorporados a este procedimiento civil, se ofrece indicio alguno de que las mismas sean perniciosas para el sujeto infantil, resultando significativo al efecto que en este procedimiento no se solicite la suspensión o restricción del régimen de visitas".

El dictado de una orden de protección, o medida cautelar, al amparo de lo dispuesto, en los artículos 544 *ter* o 544 *bis*, de la LECr supone ya un importante presupuesto para entender que sí se está incurrido en el procedimiento penal, y ello porque exige la existencia de dos elementos desde el ámbito penal para su dictado: indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de algunas de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del CP, y que resulte una situación objetiva de riesgo. Y por lo tanto ante estos dos requisitos, no cabría tampoco con una OP vigente la GyCc. Pero como siempre, hay que atender al interés superior del menor, y así la sentencia de la AP León, Sec. 2.ª, 201/2014, de 30 de septiembre, recurso 218/2014, (SP/SENT/789729), mantiene la custodia al padre que venía ejerciéndola antes de que se le otorgara en la orden de protección, informando objetivamente el equipo psicosocial, que "para el menor la figura parental más estable durante el último periodo ha sido el padre" y que lo recomendable era, pues, que permaneciera con él..."

C) Por último la existencia de condena por un delito de violencia de género, cuando hay sentencia firme condenatoria. La primera afirmación sería de inmediato que no cabe en estos casos la GyCc. Ahora bien, ¿En todos los casos? ¿También en los casos de delitos leves?

La jurisprudencia hasta ahora estaba de acuerdo en la imposibilidad de la GyCc, salvo en la existencia de condena por un delito leve de injurias o vejaciones injustas. "Siguiendo la corriente jurisprudencial que entiende que debe ser valorado el interés superior del menor por encima del interés particular de los progenitores, algunos Tribunales admiten la posibilidad de conceder la custodia compartida, aun cuando el padre hubiere sido condenado como autor de una falta o delito leve de injurias o vejaciones injustas, entendiéndose que este tipo de infracción penal es leve, puntual y no entra dentro del ámbito de aplicación del art. 97.2 CC, tomando en consideración el resto de factores para primar el interés y beneficio del menor. Así podemos aludir a Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, 920/2015, de 10 diciembre (SP/SENT/839689), donde el Juzgado de lo Penal absolvía por un delito de maltrato de obra y condenaba por una falta de injurias, alegando que "En tales circunstancias entendemos que no nos encontramos ante una violencia estructural, sino ante una actuación puntual que ha ocasionado un exceso de crispación que ya ha merecido el correspondiente reproche penal. La injuria, el insulto puntual, y que, además, por lo que se deriva de los sms y comunicaciones enviadas entre ambos, en ocasiones ha sido recíproca, no constituye un acto de violencia familiar que determine la exclusión de la guarda al progenitor. La crispación en las relaciones de ambos progenitores se ha ido incrementando con la situación de necesidad económica en la que se ha encontrado la madre al ser despedida y ante los desacuerdos existentes en

materia económica. El resultado puntual de tal crispación no merece la calificación de acto de violencia a los efectos del art. 233-11.3 CCC”.²²⁴

En este sentido la sentencia dictada por el JVSM nº 1 de Valladolid de fecha 13-02-2021, en el divorcio nº 67/2019 que adopta la GyCc pese a existir un procedimiento por delito leve de vejaciones, señalar que la denunciante estaba pendiente de ser enjuiciada por un delito de amenazas con instrumento peligroso, señala esta sentencia “En el caso de autos y por lo que se refiere a la prohibición establecida en el apartado 7 del art. 92 del C.C, debe señalarse que tal prohibición no puede entenderse con carácter absoluto sino que, como recuerda el Tribunal Supremo en la doctrina expuesta, su interpretación debe atemperarse al superior interés del menor, ha de ser ese interés superior del menor lo que debe primar a la hora de interpretar esa prohibición debiendo huir de interpretaciones formalista y encorsetadas que conduzcan a cerrar el paso a toda posibilidad de fijar una custodia compartida por el mero hecho de que exista un procedimiento en el juzgado de violencia sobre la mujer. Al contrario, deberán analizarse las circunstancias concretas para determinar si ese automatismo que a veces se predica del apartado 7 del art. 92 del C.C lejos de proteger el interés del menor, lo que hace es perjudicarlo. Lógicamente deberán valorarse la naturaleza y relevancia de los hechos denunciados, la influencia que en el futuro van a tener sobre las propias relaciones de los padres y muy fundamentalmente si esos hechos y su proyección futura han tenido alguna incidencia sobre los hijos menores. En el caso que nos ocupa existe un procedimiento penal en el que el padre fue condenado por un delito leve de injurias, incidente que no puede calificarse de grave y sin que se hayan producido más altercados desde entonces. En estas circunstancias concluir que la existencia de ese procedimiento penal veda cualquier posibilidad de estudiar la conveniencia de una guarda y custodia compartida por aplicación automática del citado artículo supondría daré éste un alcance e interpretación que chocaría frontalmente con la necesidad de preservar en todo caso los intereses de los menores, por ello y pese a la existencia de ese procedimiento penal, se estima que no existe ningún obstáculo legal para analizar si el régimen de guarda y custodia compartida solicitada por el padre es el régimen que mejor protege los derechos de los menores”. Esta sentencia fue confirmada por la Ilma. AP de Valladolid.

El artículo continúa, “*No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres 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...*”

El ámbito de aplicación penal viene determinado por el artículo 87 *ter* de la LOPJ, que determina los tipos penales competencia de este tipo de Juzgados.²²⁵

²²⁴ GUTIÉRREZ ROMERO, FM., “Guarda y custodia compartida: supuestos de exclusión en los casos de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/73299, Ed. Jurídica Sepín, p. 9, abril de 2018. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 16-05-2021).

²²⁵ Recordaremos que estos delitos serían: el delito de homicidio (Título I), lesiones (Título II), delitos contra la libertad del título VI (detenciones ilegales y secuestros de los arts. 163 a 168), amenazas (arts. 169 a 171); coacciones (art. 172); torturas y delitos contra la integridad moral (título VII, arts. 173 a 177);

Y por último termina el precepto, “*No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres 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*”.

La Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, señala que este último supuesto se produce cuando el “...juez de 1ª Instancia que durante la tramitación del procedimiento de separación, nulidad o divorcio o de relaciones paternofiliales advierta la existencia de tales indicios.” En su conclusión vigesimoquinta, señala: “ La referencia del Código Civil y algunas leyes autonómicas a la prohibición de la atribución de la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se haya incurrido en un procedimiento penal de violencia de género o doméstica, o cuando de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas en el procedimiento civil, el juez advierta de la existencia de indicios fundados de aquella violencia, se ha de entender referida también a la prohibición de atribución de la custodia individual a aquel progenitor. Para vetar la adjudicación de la custodia (compartida o individual) por hallarse incurrido el progenitor en un procedimiento penal por violencia de género o doméstica, no será suficiente la simple denuncia, debiendo haber sido objetivados indicios fundados y racionales de criminalidad en ese procedimiento. Si el procedimiento penal finaliza por sentencia absolutoria, sobreseimiento libre (arts. 637.1 y 2 LECr) o sobreseimiento provisional (art. 641.1 y 2 LECr), será posible revisar la resolución civil que haya vetado la atribución de la custodia a ese progenitor por razón del procedimiento penal”.²²⁶

2.2.1. DIFERENTES SUPUESTOS DE LA INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA.

Si no hay regulación legal de las relaciones paterno filiales, se deberán iniciar los procedimientos correspondientes, a los efectos de solicitar la GyC, puede solicitarse la CyCc, pero otra cosa será su resultado.

Existencia de un convenio regulador. Las partes han podido realizar un convenio regulador anterior, en el que se pactara la GyCc, que no hubiera sido aprobado judicialmente, ¿Qué hacer en estos casos? El valor vinculante del convenio regulador es controvertido, pero podemos afirmar que en violencia sería inoperante, a la vista de la prohibición de la GyCc, sí puede aportarse como una prueba más a valorar en relación a las circunstancias de ambas partes, pero no sería vinculante en ningún caso, incluso aunque de hecho fuera el sistema que vinieran utilizando, hasta ese

delitos del Título VIII contra la libertad e indemnidad sexuales (agresiones sexuales de los arts. 178 a 180; los abusos de los arts. 181, 182; 183 y 183 bis para menores de dieciséis años; el acoso del art. 184; exhibicionismo y provocación de los arts. 185 y 186; prostitución y corrupción de menores de los arts. 187 a 190.

²²⁶ CIRCULAR N° 6/2011, de la FGE, de 2 de noviembre, sobre “criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer”. Disponible en <https://www.fiscal.es> (Última visita, 16-05-2021).

momento. La eficacia del convenio regulador no ratificado judicialmente, ha sido estudiada por la jurisprudencia del TS, entre otras en STS de 22 de abril de 1997, STS de 9 de septiembre de 2015.

Lo más destacable en este sentido es que la vinculación del convenio regulador no ratificado judicialmente vincula a las partes en relación a las materias de libre disposición para ellas, como por ejemplo las cuestiones económicas o patrimoniales que les afecten a ellos, pero no respecto de aquellas otras que el interés público determina la intervención tuitiva de los tribunales, como es la que afecta a los hijos menores.²²⁷

Si en el procedimiento civil ya iniciado, se había solicitado la GyCc por uno de los progenitores, o por los dos, y se interpone después una denuncia por violencia hay que valorar las circunstancias. En este sentido la STS nº 36/16 de 04-02-16, revoca la adopción de una GyCc porque después de dictada la sentencia de la AP, en la que se acordaba, se produjo un hecho nuevo como es la existencia de una sentencia condenatoria. En estos casos iniciado el procedimiento, entraría en juego el artículo 49 *bis* de la LEC, y por ello el procedimiento dejaría su sede civil, y pasaría al JVSM competente como ya hemos visto.

Si ya hay una GyCc en vigor acordada judicialmente, entonces se deberá determinar, si es posible o no su continuación hasta la resolución del procedimiento penal, valorando en todo caso las circunstancias: el tipo de delito cometido, y sobre todo si se ha acordado una OP. El problema para desarrollar este régimen es la gestión de la prohibición de acercamiento y/o comunicación, si se han acordado. Se podría dejar sin efecto de forma inmediata dicho régimen, como medida cautelar civil al amparo del artículo 158 del CC.

Si se ha mantenido este régimen durante el procedimiento penal, y este concluye con una sentencia condenatoria, que alcanza firmeza, el problema sigue, y ante una pena de prohibición de comunicación y acercamiento, entonces, ¿Cómo realizar las gestiones necesarias en el desarrollo común de la GyCc si no se pueden ver, ni comunicar? Este sería un gran inconveniente difícilmente salvable, aunque se propone como solución los PEF, o la entrega a través de terceras personas, y en el caso que no fuera posible se acudiría a una modificación de medidas, siempre y cuando en la sentencia penal, no se hubiera pronunciado sobre la patria potestad, por el efecto inmediato que tiene sobre la GyC así como en el Rv. Con la nueva reforma producida por la LO 8/2021 de 4 de junio, mantener esta GyCc a través del procedimiento penal va a ser muy difícil.

Una vez finalizado el cumplimiento de la pena en la correspondiente ejecutoria penal, podríamos plantearnos, que sistema de GyC se seguiría, el anterior, o el nuevo si se hubiera acordado, la doctrina es pacífica, no cabría volver de forma automática al sistema de GyCc anterior, debería examinarse el estado de la familia en un nuevo procedimiento.

²²⁷ HIJAS FERNÁNDEZ, E., sobre la eficacia del convenio regulador, Vid, “Algunas cuestiones polémicas en el Derecho de Familia”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/83692, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2019. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 16-05-2021).

2.2.2. FACTORES A TENER EN CUENTA EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

Siempre hay que valorar la situación concreta, y el interés del menor. Por lo que procedería acordarla excepcionalmente, según los diferentes supuestos.

a) Si el procedimiento penal está pendiente, pero los hechos son muy leves, o son constitutivos presuntamente de un delito leve de injurias o vejaciones, y se han producido de forma puntual.

b) Si el procedimiento penal ha terminado, se debe valorar la forma de su finalización. Si es por sobreseimiento, artículo 634 y ss de la LECr, puede ser libre previsto en el artículo 637, sobreseimiento apenas relevante en el derecho penal en general y menos aún en violencia, debido a los pocos casos en los que se aplica, pero que de producirse supondría el camino libre de forma directa a la adopción de la GyCc artículo 637 LECr.²²⁸ Sí el sobreseimiento es provisional, artículo 641 de la LECr, se debatió por la “pequeña jurisprudencia”, tal posibilidad, dado que unas AP entendían que el sobreseimiento provisional era suficiente, sin necesidad de tener que esperar a la firmeza del auto, y posibilitaba la adopción de la GyCc, mientras que otras exigían la firmeza del mismo, este debate fue zanjado y ahora se exige la firmeza de la resolución penal. Entiendo que exigir la firmeza del auto, es un obstáculo importante para el progenitor respecto del cual se ha sobreseído el procedimiento, y por lo tanto podría acceder a dicha forma de GyC sin necesidad de esperar a la firmeza. En la actual situación el dictado de la sentencia civil lo será siempre por un JVSM, con lo que supone tal hecho de estigmatización del denunciado, que a pesar de no haberse seguido un procedimiento penal contra él, tendrá una peor consideración, al ser enjuiciado por este tipo de juzgados. Si bien en cuanto al fondo del asunto, una vez que existe un sobreseimiento firme, la legislación aplicable será siempre la civil general, sin las particularidades de violencia.

Si la finalización es por sentencia, hay dos posibilidades, si la sentencia es absolutoria, y ha alcanzado firmeza, nada se podría oponer, mientras que si está recurrida, podríamos encontrarnos con una situación parecida al auto de sobreseimiento, pero con un plus de fuerza en la adopción de la GyCc, puesto que la situación denunciada se ha enjuiciado con el resultado de una sentencia absolutoria en primera instancia. Sí la sentencia es condenatoria, igualmente debemos esperar a su firmeza, si bien aquí ese plus, se transforma de una forma negativa, ya que la condena implica ya una imposibilidad para la GyCc, reforzada, si esa sentencia condenatoria se confirma en segunda instancia. Podemos plantearnos cuando terminaría la prohibición para poder solicitar esa GyC, la respuesta es unánime y no discutida, cuando se extinga la responsabilidad penal de forma total, es decir cuando la ejecutoria penal que se sigue por el delito cometido en el correspondiente juzgado de ejecutorias, esté cumplida de forma total.

Por último señalar que si el procedimiento penal por violencia, ha evitado la adopción de la GyCc, este hecho sería suficiente para instar un procedimiento de modificación de medidas posterior.

²²⁸ Artículo 637 de la LECr: “Procederá el sobreseimiento libre: 1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”. Artículo 641 de la LECr: “Procederá el sobreseimiento provisional: 1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.”

c) No procedería en ningún caso, si la violencia afecta a los menores de forma directa o indirecta. No cabe que la GyC sea atribuida de forma exclusiva, ni compartida, al presunto autor de los hechos si hay un mínimo indicio, en la situación denunciada, que la violencia afecte al menor, si el menor ha sido víctima directa o indirecta de la violencia no cabe acordarla en ningún caso. Respecto de la situación de ser “víctima indirecta”, la jurisprudencia señala, “... en los casos de violencia indirecta, es decir aquella que no se ejerce directamente sobre los hijos, no cabe una interpretación extensiva que permita considerar que cualquier causa penal abierta por maltrato en el ámbito familiar comporta de forma automática la limitación del régimen de guarda y estancia de los hijos con quien ha sido denunciado, sino que debe en primer lugar comprobar si los niños han resultado afectados negativamente por el hecho por el que se procede penalmente”, (en este sentido, entre otras, S. AP Barcelona, Sec. 12.ª, 620/2015, de 29 de septiembre, SP/SENT/832788, Recurso 185/2015).

La necesidad de valoración de la situación que se desarrolla en el procedimiento, si los hechos son graves, afectan al menor, o pueden hacerlo, no se debe otorgar la custodia al progenitor en el que concurran tales circunstancias, es una conclusión obvia. Ahora bien, esta afirmación tan tajante ¿No debe tener también sus excepciones? Evidentemente sí, y ello porque la violencia ejercida debe igualmente valorarse, como todos los elementos que juegan en la relación familiar. Hay sentencias relevantes en las que una vez, que se exponen los hechos, el resultado es puro sentido común.²²⁹

2.2.3. EL PLAN DE CORESPONSABILIDAD PARENTAL.

Actualmente cada vez más en derecho de familia, se repiten de forma continua los términos: “responsabilidad parental”, “plan de corresponsabilidad parental”, o “plan contradictorio”, pero en la práctica apenas se presenta este plan en los procedimientos de familia, en los que sería necesario.

Su marco legal se viene fijando en el Reglamento (CE) 2201/03, del Consejo de 27-11-2003, en relación a los derechos de custodia, en España los artículos, 39.3 CE, 92.1 CC, y el artículo 14.8 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y por último a nivel autonómico viene previsto en algunas de las legislaciones, como la catalana,(artículo 233.9.2, Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil Catalán).

Según la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, artículo 24.3, podríamos señalar que el principio de coparentalidad, o responsabilidad parental, tiene una doble dirección, por una parte el derecho de los menores a mantener una relación fluida y

²²⁹ Por ejemplo, y aunque no es una sentencia de violencia de género, sino doméstica, la SAP AP Baleares, Sec. 4.ª, 417/2016, de 22 de diciembre SP/SENT/887659, recurso nº 451/2016, refleja una situación en la que la menor acabó inicialmente en un centro bajo la tutela de la administración, pese a haber reconocido que mintió sobre la existencia de una paliza, y lo que sucedió, es que su padre le propinó una bofetada, cuando llegó a casa completamente ebria, después de acudir a una fiesta a la que no le habían dado permiso para asistir. En el procedimiento civil sobre su custodia, la GyCc existene se modificó a GyC paterna por ser lo más beneficioso, a la vista de la preocupación, y cuidados demostrados por el padre a lo largo de la vida de la menor.

estable con sus progenitores, y por otra, el derecho de estos a un reparto de los deberes, y cuidado de los hijos más igualitario.²³⁰

El TS se refiere a él en sus sentencias, como “plan contradictorio”, por ejemplo en las STS de 29-11-13 o 17-12-13, pero ¿Realmente en qué consiste este plan? Como luego veremos, la corresponsabilidad parental, se intentó regular en el Anteproyecto de ley, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, de 24-07-2014. Se presentaba como un plan que se debía elaborar en todas las situaciones de ruptura, uniéndolo a la patria potestad, “los progenitores en caso de ruptura deben pactar un plan de ejercicio conjunto de al patria potestad de los hijos, como corresponsabilidad parental”.

Pero la valoración y encaje de este plan a veces es objeto de confusión, por cuanto no es exclusivo de la GyCc, puede presentarse en cualquiera de los tipos de custodia. Lo que pretende, no es atribuir ninguna GyC determinada, sino establecer el contenido y responsabilidades de los progenitores, con sus hijos y entre sí. Se utiliza como un mecanismo para implicar a ambos en el desarrollo de los hijos, y debería contener la regulación del reparto de tiempo con los hijos, de estancia o custodia, el domicilio, las cuestiones económicas, las ocupaciones que cada uno debe desarrollar en relación a la actividad cotidiana de los hijos, la forma de comunicarse entre ellos, y con sus hijos, como informarse de los extremos importantes, salud, colegio, qué tipo de actividades van a hacer, como gestionar sus conflictos, por ejemplo establecer una mediación en tal caso, etc. Es decir como van a gestionar en común, en paz y en beneficio de sus hijos la vida de estos.

Este plan a mi juicio, va más unido a la guarda y custodia que a la patria potestad, aunque podría incluir de mutuo acuerdo los aspectos relativos a ambas, como por ejemplo prever el cambio de domicilio, de colegio, los extremos en los que ambos estuvieran de acuerdo. Sería un gran avance, tanto en la GyCc, como monoparental, evitando aclaraciones en relación a los acuerdos ya tomados, en la primera, y múltiples conflictos en la segunda. También sería posible en la GyC en violencia de género, en los que se podría presentar este plan, que puede ser una fuente de pacificación de conflictos, ya que es presentado por las partes, y estas son las que realmente conocen cual es su situación.

La LO 8/2021, de 4 de junio, en el Título III, capítulo III, se refiere al “ejercicio positivo de la responsabilidad parental”,²³¹ como un concepto integrador que permite

²³⁰ Artículo 24, “Derechos del menor” 1. *Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.* 2. *En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.* 3. *Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.*

²³¹ Preámbulo: “Todos los progenitores requieren apoyos para desarrollar adecuadamente sus responsabilidades parentales, siendo una de sus implicaciones la necesidad de procurarse dichos apoyos para ejercer adecuadamente su rol. Por ello, antes que los apoyos con finalidad reparadora o terapéutica, deben prestarse aquellos que tengan una finalidad preventiva y de promoción del desarrollo de la familia. Todas las políticas en el ámbito familiar deben adoptar un enfoque positivo de la intervención familiar para reforzar la autonomía y capacidad de las familias y desterrar la idea de considerar a las familias más vulnerables como las únicas que necesitan apoyos cuando no funcionan adecuadamente. Destaca en la ley la referencia al ejercicio positivo de la responsabilidad parental, como un concepto integrador que permite reflexionar sobre el papel de la familia en la sociedad actual y al mismo tiempo desarrollar orientaciones

reflexionar sobre el papel de la familia en la sociedad actual y al mismo tiempo desarrollar orientaciones y recomendaciones prácticas sobre cómo articular sus apoyos desde el ámbito de las políticas públicas de familia.

El artículo 3 señala los fines de la ley entre los que se encuentra en el punto b) *“Establecer medidas de prevención efectivas frente a la violencia sobre la infancia y la adolescencia, mediante una información adecuada a los niños, niñas y adolescentes, la especialización y la mejora de la práctica profesional en los distintos ámbitos de intervención, el acompañamiento de las familias, dotándolas de herramientas de parentalidad positiva, y el refuerzo de la participación de las personas menores de edad”*.

La ley establece la necesidad de sensibilización, prevención y actuación precoz para erradicar la violencia sobre la infancia y adolescencia, para lo que establece unos niveles de actuación en el capítulo II, como actuaciones en materia de prevención, el artículo 23.3. a) considera la parentalidad positiva, así dispone que *“En todo caso, tendrán la consideración de actuaciones en materia de prevención las siguientes: a) Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como todas las orientadas a la formación en parentalidad positiva... f) Las que fomenten la conciliación familiar y laboral, así como la corresponsabilidad parental.”*

El capítulo III, bajo la rúbrica “Del ámbito familiar”, vuelve a referirse a la responsabilidad parental en los artículos 26 y 27.²³² Si bien el concepto de

y recomendaciones prácticas sobre cómo articular sus apoyos desde el ámbito de las políticas públicas de familia. Por ello, la ley establece medidas destinadas a favorecer y adquirir tales habilidades, siempre desde el punto de vista de la individualización de las necesidades de cada familia y dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia de género en el ámbito familiar”.

²³² Artículo 26. “Prevención en el ámbito familiar. 1. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán proporcionar a las familias en sus múltiples formas, y a aquellas personas que convivan habitualmente con niños, niñas y adolescentes, para crear un entorno seguro, el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer los factores de protección, así como apoyar la labor educativa y protectora de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, para que puedan desarrollar adecuadamente su rol parental o tutelar.

2. A tal fin, dentro de los planes y programas de prevención previstos en el artículo 23, las administraciones públicas competentes deberán incluir, como mínimo, un análisis de la situación de la familia en el territorio de su competencia, que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar. 3. Las medidas a las que se refiere el apartado anterior deberán estar enfocadas a: a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva. A los efectos de esta ley, se entiende por parentalidad positiva el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes. En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental. b) Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, se promoverá la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las

“responsabilidad parental” que aborda esta ley, es sustancialmente diferente al expuesto en las normas europeas, y a lo que se refiere realmente un plan de parentalidad a efectos de resolver el marco de las relaciones jurídicas familiares, realmente abordaría la ayuda a la familia, que sería realmente bueno si se hiciera sin ningún sesgo ideológico, y sí con la creación de juzgados de familia a nivel nacional, ETPS, que redujeran la espera que se sufre en los procesos de familia, multiplicación de los PEF, desarrollo de un servicio de mediación...

2.2.4. LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

En derecho de familia, las comunidades autónomas van por delante de la legislación nacional. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil,²³³ y sólo las autonomías con derecho foral, tendrían la competencia para legislar sobre esta materia.

Se suscita una discusión sobre que autonomías pueden legislar en esta materia, discusión en la que se enfrentan diferentes posturas doctrinales, cuya exposición excede de nuestro trabajo. El TC se ha pronunciado con motivo del recurso respecto de la ley valenciana, Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas, cuyos progenitores no conviven, (SP/ LEG/ 7371), que fue declarada inconstitucional, por STC, 192/2016, de 16 de noviembre de 2016, recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011. De forma cronológica se han ido sucediendo las siguientes leyes:

1.- En Aragón, el Código de Derecho Foral de Aragón, que ha sido recientemente reformado, por ley 6/19, de 21 de marzo, que modifica el punto 2 de su artículo 80, dejando sin efecto la “preferencia legal” de la GyCc, acudiendo al principio del interés del menor como preferente.²³⁴ Respecto de la existencia de violencia de

mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento... e) Desarrollar programas de formación a adultos y a niños, niñas y adolescentes en habilidades para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares.” Este último punto e) se referiría a la mediación. Artículo 27. “Actuaciones específicas en el ámbito familiar. 1. Las administraciones públicas impulsarán medidas de política familiar encaminadas a apoyar los aspectos cualitativos de la parentalidad positiva en progenitores o quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento. En particular, las destinadas a prevenir la pobreza y las causas de exclusión social, así como la conciliación de la vida familiar y laboral en el marco del diálogo social, a través de horarios y condiciones de trabajo que permitan atender adecuadamente las responsabilidades derivadas de la crianza, y el ejercicio igualitario de dichas responsabilidades por hombres y mujeres...”

²³³ Artículo 149.1.8º: *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*

²³⁴ Artículo 80: 2. *El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) La dedicación de cada progenitor/a al cuidado*

género, refleja claramente la prohibición, que incluso va más allá que la que determinan las normas civiles de derecho común, ya que prohíbe además de la compartida, la exclusiva, artículo 80.6: “No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. 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”.

2.- En Cataluña esta materia se regula en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil Catalán "De la persona y la familia", y se denomina a la GyCc como “responsabilidad parental compartida.” El fin de este libro II es favorecer las fórmulas de coparentalidad y la práctica de la mediación, como herramienta para garantizar la estabilidad de las relaciones posteriores a la ruptura entre los progenitores, y la adaptación natural de las reglas a los cambios de circunstancias.

En relación con la violencia de género, en el Preámbulo Punto II, se señala: “ De forma más específica, en la línea de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, y con la conciencia de la lucha contra esta violencia, se excluye de toda participación en la guarda el progenitor contra quien exista sentencia firme o mientras existan indicios fundamentados de violencia familiar o machista y se establece explícitamente la supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo...” “...Finalmente, con el objetivo de dar una respuesta clara a los problemas derivados de la violencia en las relaciones familiares, se considera justa causa para que la autoridad judicial pueda suspender o denegar las relaciones personales de los progenitores con los hijos menores que estos hayan sido víctimas directas o indirectas de violencia de género en el marco de aquellas relaciones...”

El artículo 233-11.3 señala:“ En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”. Por lo que según este artículo, entiendo que también se prohíbe la GyC exclusiva para el padre.

A través de la jurisprudencia se ha ido determinando el concepto, “indicios fundados de violencia de género”, la Sentencia del TSJC 27/2014, sala de lo civil y penal, secc. 1.ª, de 14 de abril, determina “existen indicios fundamentados de violencia de género si hay un procedimiento penal abierto y el Ministerio Fiscal ya ha realizado el escrito de acusación solicitando la apertura del juicio oral imputando al denunciado delitos de violencia de género...Del art. 233.11. 3 CCCat se deduce que no procederá la atribución de la guarda y custodia al progenitor, ni individual ni compartida, cuando se haya dictado sentencia firme por actos de violencia familiar o machista

de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia. g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

siempre que los hijos "... hayan sido o puedan víctimas directas o indirectas...", "en interés de los hijos ...tampoco se puede atribuir ningún tipo de guarda al progenitor cuando existan indicios fundamentados de violencia familiar o machista, como sería el supuesto, que se da en el caso de autos, de un escrito de calificaciones provisionales del Ministerio Fiscal acusando al progenitor de actos de violencia machista".

3.- En Navarra la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los Hijos en los Casos de Ruptura de la Convivencia de los Padres, sobre la guarda y custodia, en su Exposición de Motivos señala: "...en línea con la sociedad real actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores...". No establece ninguna preferencia, el juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y la ley.

En materia de violencia de género, el artículo 3.8 señala: "No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) 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 progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos".

4.- En el País Vasco se regula en la Ley 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en Supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores. Señala lo relativo a la atribución de la guarda y custodia, en su artículo 9.²³⁵

²³⁵ Artículo 9. *Guarda y custodia de los hijos e hijas.1. Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos. Dicha solicitud deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo la determinación de los periodos de convivencia y relación, así como las formas de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con los demás parientes y allegados.2. La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor.3. El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias: a) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores. b) El número de hijos e hijas. c) La edad de los hijos e hijas. d) La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años. e) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados. f) El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo. g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas. h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes. i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que*

En relación a la violencia de género, en el artículo 11 puntos 3 y 4 dentro de la regulación del régimen de comunicación y estancia, recogen la referencia a la violencia de género: “ *No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por intentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente.*”

4. Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos e hijas, en atención a los criterios anteriores y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores.

5. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos e hijas menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores.”

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Eibar, en relación con los apartados tercero, cuarto y quinto del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura

cuente. j) Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.4. Antes de adoptar su decisión, las partes podrán aportar, o el juez, de oficio o a instancia de parte, recabar informes del servicio de mediación familiar, médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los y las menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de estos con el progenitor no conviviente u otras personas.5. En los casos de custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los miembros de pareja con los hijos e hijas, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos el ejercicio de sus derechos y obligaciones en igualdad.6. El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En este supuesto podrá fijar un régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor que garantice las relaciones paternofiliales así como, en su caso, con la familia extensa.7. Salvo circunstancias que los informes anteriores así justifiquen, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos y hermanas.

de los progenitores, planteó una cuestión de inconstitucionalidad, por posible contradicción con el artículo 149.1.8 de la CE.

El auto cuestiona la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para legislar una materia civil en el ámbito del Derecho de familia, concretamente sobre los efectos personales o familiares derivados de la ruptura de la relación conyugal, respecto de los hijos comunes menores de edad, de forma contradictoria con el artículo 92.7 del CC, porque se trata de una materia que a priori, viene atribuida de forma exclusiva al Estado por el artículo 149.1.8 de la CE.

El objeto del litigio, era un proceso de divorcio en el que pese a existir un proceso penal de violencia de género en el que se había dictado auto de transformación del procedimiento en abreviado, por un delito de lesiones, ambas partes presentaron en la vista civil de medidas provisionales coetáneas un acuerdo por el que se establecía la GyCc, acuerdo que el juez no homologa en base a lo dispuesto en el artículo 92.7 del CC, y ante esta situación, las partes invocaron el artículo 11.3 de la ley vasca 17/2015, que permite conceder la GyCc, siempre que no haya condena penal por sentencia firme. A esta pretensión se opuso el MF señalando, que no era procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad porque la pretensión sobre la que el juez debía pronunciarse relativa a la GyC de los menores, así como poder relacionarse con los mismos, no debe anudarse al matrimonio, sino a la filiación, por lo que es ajena a la norma constitucional, relativa a la forma del matrimonio y sus efectos.

El TC, en sentencia nº 77/2018, de 5 de julio (ECLI: ES: TC: 2018) en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2764-2017, a la que se dio lugar, tras sentar que “Del conjunto de la regulación vasca se desprende, sin lugar a dudas, que la prevalencia del interés del menor y la discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos son por tanto principios nucleares de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, que en esta dimensión guarda, por lo demás, coherencia con la jurisprudencia constitucional (SSTC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4, y 185/2012, de 17 de octubre, FFJJ 3 a 8)”, concluyó con su inadmisión.

2.2.5 EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL T.S.

La jurisprudencia tiene un papel fundamental en el desarrollo del ordenamiento jurídico, en la adaptación de éste a la realidad del momento en el que se aplica, mediante su labor de interpretación de las normas, y en la GyCc la jurisprudencia de la Sala I del TS, ha sido especialmente importante.

A) Comenzó a establecer la interpretación del este concepto de GyCc, desde los años 2009 y 2010, hasta la actualidad, centrándolo siempre en el interés superior del menor. En la STS de 11-03-2010, señala ya un importante rasgo de la GyCc : “...no consiste en <un premio o un castigo> al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés superior del menor...” Referencia que a partir de aquí, se contendrá en múltiples resoluciones de nuestro alto tribunal.

B) En el año 2011, señaló los criterios relativos a la interpretación del “interés superior del menor en relación a los litigios sobre GyCc, e interpretó que la atribución de la guarda y custodia compartida a instancia de uno de los cónyuges, prevista en el artículo 92.8 del CC, era excepcional, en cuanto se apartaba de la

regla general del acuerdo entre ambos, contemplada en el artículo 92.5 del CC, pero no porque se exigiera la concurrencia de circunstancias especiales para su adopción. Así la STS de 7-07-11, indicaba, “Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa “el interés del menor”, que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida. ... del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban “criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. Estos criterios se utilizan también en las SSTS de 10 y 11 marzo 2010 (Jurisprudencia Roj: STS 4824/2011 - ECLI: ES:TS:2011:4824Id Cendoj:28079110012011100445).

En la STS de 22-7-2011, la Sala I, señaló: “La excepcionalidad a que se refiere el inicio del apartado 8 debe interpretarse -según el Alto Tribunal- en relación con el apartado 5 del propio artículo 98, que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 del CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso debe el Juez acordarla “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la “excepcionalidad” a que se refiere el artículo 92.8 del CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla” (FJ 3º).

C) En el año 2012, fue relevante que el TC, en Sentencia nº 185/2012, de 17 de octubre, (STC de 17-10-2012, nº 185/12), declarase inconstitucional el inciso “favorable” del artículo 92.8 del CC.

Este artículo establecía que, “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 favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

La sentencia, baso su fundamento en dos razones, para declarar nulo el inciso “favorable”. En primer lugar, porque limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 de la Constitución otorga en exclusiva al Poder Judicial, pues “corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal, verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida, y en segundo lugar, porque supone la infracción del artículo 24.1 de la CE, el derecho a la tutela judicial efectiva. Por su importancia, los veremos a continuación.

1. Respecto del primer motivo, se desarrolla en los fundamentos jurídicos 5º y 6º. “Situado en el contexto expuesto, no se puede dudar de que el número 8 del art. 92 del Código civil es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, porque la custodia compartida descansa en el principio general

de existencia de acuerdo entre los progenitores (número 5 de ese mismo art. 92), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos. Es decir, que hayan quedado acreditados los siguientes extremos: la petición de un progenitor, el informe favorable del Ministerio Fiscal y el beneficio del menor. El legislador del año 2005, lejos de establecer en estos casos una norma prohibitiva, ha autorizado al Juez para que, a pesar de la oposición de uno de los progenitores (y, por tanto, con quiebra del principio general de pacto que inspira la reforma), pueda imponer la custodia compartida, pero sometida al cumplimiento de aquellos requisitos. El primero de ellos —como se ha dicho— es que medie solicitud de uno de los padres, por lo que no puede imponerse nunca de oficio. En segundo lugar, que el Ministerio público informe favorablemente respecto de la adecuación de la medida solicitada para la correcta protección del interés superior del menor, es decir, respecto de la bondad de una posible imposición judicial de la guarda conjunta con oposición de un progenitor. El tercero, y no es una obviedad subrayarlo, es el interés del menor (*favor filii*) que debe regir cualquier actuación de los poderes públicos dirigida a la adopción de cuantas medidas conduzcan al bienestar y protección integral de los hijos.

Con la introducción de estos requisitos se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor. Y siendo ello así, parece razonable que la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal adquiera una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos (arts. 124 CE y 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal). Ahora bien, adviértase que la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión. Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. *Sensu contrario*, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla.

Y es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 24, 39 y 117 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada.

Con todo lo dicho hasta aquí, no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial.

Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal. A ello cabe añadir que la imposición de ese dictamen obstativo, entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor. Así, y sólo a título de ejemplo, pueden ser citadas las normas contenidas en el art. 158 CC, que faculta al juez, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, para adoptar las disposiciones que considere necesarias

para apartar al menor de un peligro o de evidentes perjuicios. En el mismo sentido, el art. 752 LEC, donde se le desvincula del acuerdo de las partes para fijar las medidas necesarias, como igualmente lo está por el convenio regulador *ex art. 777.7 LEC*, o cuando se declara en el art. 774.5 LEC la eficacia no suspensiva de las sentencias dictadas en procesos de separación o divorcio.

En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal *ex art. 92.8 CC* debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida”.

2. En segundo lugar se declara su inconstitucionalidad, porque "supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva" consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución, dado que "el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo", al estar aquel pronunciamiento "irremediamente vinculado al dictamen del Ministerio Fiscal", que es, además, "irrecurrible".

“A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional”. (Fundamento jurídico 8º).

D) En el año 2013, hay un acuerdo general en señalar a la STS de 29-04-2013 como un punto de inflexión en relación a la adopción de la GyCc.

Esta sentencia recaída en relación con un recurso de casación en interés de ley, (recurso nº 2525/11 SP/SENT/717716), recoge los criterios que luego serán considerados como básicos en esta materia.

Sobre el carácter excepcional de la GyCc, señala que, "la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

Entre los criterios a tener en cuenta para el establecimiento de una guarda y custodia compartida, señala los siguientes: a)- la práctica anterior de los progenitores, en sus relaciones con el menor, y sus aptitudes personales, b)- los deseos manifestados por los menores competentes, c)-el número de hijos, d)- el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, e)-el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, f) cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, entre los que sin duda debería darse cabida a -los acuerdos adoptados por los progenitores, la ubicación de sus respectivos domicilios, y -los horarios y actividades de unos y otros, al ser enumerados los mismos dentro de

esos criterios por la anterior sentencia del Tribunal Supremo 623/2009, de 8 de octubre (SP/SENT/482072).²³⁶

Este mismo año, en STS de 19 de julio de 2013, (SP/SENT/728743) vincula este tipo de GyC con el interés del menor de forma directa: “«se prima el interés del menor y este interés,...exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel»».

Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos [Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013 (SP/SENT/769361)]”.

E) En el año 2014 el Alto Tribunal estimó que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.”

La STS, de 16-10-2014, (SP/SENT/784370), reitera que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen”. La STS de 30 de octubre de 2014, señala que “La custodia compartida tiene como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto”.

F) En el año 2015, cabe destacar, la STS 16 de febrero de 2015, (SP/SENT/797334), que recoge lo declarado por sentencias anteriores respecto del sistema de custodia compartida.

“La interpretación del art. 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 (SP/SENT/717716).

La STS 17 de julio de 2015, partiendo de la premisa señalada de la necesidad de mutuo respeto entre los progenitores, añade que tal necesidad, “no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen *per se* este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (STS de 16 de octubre de 2014, Rc. 683/2013)”.

²³⁶ Estos criterios se han seguido manteniendo en los siguientes pronunciamientos, entre ellos, por todas, Sentencias del TS de 11 de febrero de 2016, de 12 de abril de 2016, de 16 de septiembre de 2016, de 30 de diciembre de 2015, de 9 de septiembre de 2015.

Lo contrario sería fomentar que el progenitor opuesto a este tipo de custodia, provocase el enfrentamiento, precisamente para evitarlo.

G) En el año 2016, el TS distingue entre la conflictividad inherente a una ruptura, con la existencia de violencia de género, así como la necesidad de examinar cada caso concreto, los hechos que se presentan, dado que apartarse de estos pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares.

La STS nº 36/16 de 04-02-2016, (SP/SENT/7 839126), partiendo de la premisa de la relación de mutuo respeto en las relaciones personales entre los progenitores, y la lógica conflictividad que puede existir entre ellos como consecuencia de la ruptura, distingue de forma contundente el caso en que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.²³⁷

La STS 29 de marzo de 2016 (SP/SENT/847031), establece la necesidad del seguimiento de la jurisprudencia de la Sala en esta materia, debiendo examinarse cada caso en concreto, y evitar que tal falta de valoración afecte a la seguridad jurídica.

Esta sentencia revoca la sentencia de la AP que confirmaba la de instancia, y no acordaba la GyCc, y tras señalar que no cabe convertir al TS en una segunda instancia, estima que es necesario que el juzgado y tribunal examinen las circunstancias que se presentan, y las valoren.

“... La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio. Antes al contrario. Al régimen amplio de comunicaciones establecido en la sentencia, se añade un buen nivel de relaciones entre los progenitores (nada en contra dice la sentencia), una comunicación entre padre e hijo extensa, intensa y abundante que actualmente se asemeja a la custodia compartida y unas concretas circunstancias laborales y materiales concurrentes en el recurrente que le permiten afrontar las obligaciones que derivan de dicha convivencia”.

²³⁷ El art. 2 de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil (...).”

La STS 350/16 de 26 de mayo de 2016 (SP/SENT/ 857060), revoca una sentencia que confirmaba en apelación la determinación de la GyCc, de la sentencia de primera instancia, señalando que: “...En el caso de autos consta un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica, unido a que en la propia sentencia recurrida se declara que «pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida».

Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente. Estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre...” En este caso la no adopción de la GyCc es clara, pero no tanto por el hecho de estar incurso en una causa penal, sino por la actitud que se declara, y que efectivamente la hace inviable.

H) En el año 2017, podemos señalar un segundo hito en el desarrollo jurisprudencial del TS en relación a la GyCc, la STS 116/2017, de 22 de febrero (SP/SENT/891205) recoge de forma sintética y breve, la interpretación del precepto que comentamos, al indicar que el régimen de guarda y custodia compartida es cada día más frecuente, es ya el ordinario y no el excepcional para aplicar la guarda y custodia de menores ante la separación o divorcio de sus padres, y lo que procede es determinar si la interpretación que se hace de ellos es contraria a la doctrina de esta Sala, y por lo tanto de los criterios que la sala viene manteniendo al respecto.

En mayo de 2017, se dicta la STS nº 296/2017, de 12 de mayo, rec. 103/2016, (SP/SENT/902309), que en su fundamento jurídico segundo realiza unas consideraciones relevantes sobre la GyCc, reitera la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 4 de febrero de 2016; 11 de febrero de 2016; 9 de marzo de 2016; 433/2016, de 27 de junio), y determina que siempre la cuestión a dilucidar, es si ha primado el interés del menor al decidir sobre su GyC.

En diciembre de 2017, se dicta la STS nº 665/2017 de 13-12-2017, rec. 1286/2017, “las modificaciones en las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, de los menores, aconsejadas por las nuevas necesidades de los mismos o circunstancias de sus padres, han de realizarse dando preeminencia al interés del menor, y considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial pero sí cierto (FJ 5). El régimen de custodia compartida es considerado como el sistema más razonable y adecuado en interés del menor, que ha de adoptarse siempre que sea compatible con dicho interés, y no supone ni un premio ni un castigo para los progenitores (FJ 7)”.

D) En el año 2018 el TS, reitera toda la jurisprudencia en relación con la GyCc que ha venido elaborando a lo largo de estos años..

Por todas, STS Sala I, 182/2018, de 4 de abril, recurso 2878/2017 (SP/SENT/947417) sobre la GyCc, que reitera lo expuesto en las sentencias de 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015 en relación al interés del menor.

Sentencia 368/2014, de 2 de julio de 2014, en relación a la necesidad de situar el modelo nuevo de convivencia, lo más próximo posible al existente antes de la ruptura matrimonial, en beneficio de los menores y también de sus padres, no siendo obstáculo para ello, la existencia de conflictos o problemas, propios de la crisis de la ruptura, respecto de este último pronunciamiento, alude a la STS 619/2014, de 30 de octubre, que a su vez hace mención la 409/2015, de 17 de julio de 2015.

J) En el año 2019, se comienzan a ver las resoluciones en torno a la modificación del tipo de custodia, y el paso de GyC monoparental a compartida.

La STS nº 124/19 de 26-02-19, rec nº 3386/2018 (Roj: STS 647/2019 - ECLI: ES: TS: 2019:647), revoca la sentencia de la AP que no establecía la GyCc, señalando que: “El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida”.

La STS nº 3683/2018, de 5-04-19, recuerda su sentencia nº 31/2019, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, en las que determina que la modificación de medidas, como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio “cierto” de las circunstancias, y que se adopte en interés de los menores (artº 91 del C.C) y tras relacionar su propia jurisprudencia, establece la GyCc en base al interés del menor.

2.2.6 DIFERENTES POSTURAS SOBRE SU ALCANCE Y APLICACIÓN.

La evolución de la GyCc desde un punto de vista general, y en base a la jurisprudencia del TS se podría resumir en los siguientes puntos:

1.- Se parte de una premisa de relación de mutuo respeto entre los padres, que permita la adopción por estos de conductas y actitudes beneficiosas para sus hijos, lo que no supone que no puedan existir las desavenencias y problemas propios de una crisis. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial.

2.-No es un premio o un castigo, ni una opción excepcional, sino normal y deseable porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores aún en situación de crisis, siempre que sea posible.

3.-La competencia para verificar los presupuestos legales de este régimen corresponde a la autoridad judicial, que es quién decide y valora la existencia de los presupuestos legales, y resolver cuando se le presenta el conflicto.

4.-Los criterios jurisprudenciales se han fijado siempre, bajo la prevalencia del respeto del interés superior de los menores, debiendo tener en cuenta, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los mismos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes obrantes en autos y finalmente cualquier otro elemento que permita valorar con mayor precisión cuál es el interés de los menores en el caso concreto. El verdadero interés del menor, reside en que ambos padres participen en su desarrollo y crecimiento, es lo más beneficioso, lo que crea un marco familiar de referencia para su crecimiento y desarrollo.

La GyCc, ha pasado a ser el régimen cuya adopción es preferente, y lo que procede ahora es determinar que la decisión sobre la misma, se tome conforme a la doctrina del TS.

Desde el punto de vista de la violencia de género, no hay ninguna evolución hacia una valoración de la adopción GyCc, de acuerdo con el caso concreto, es más se camina hacia un endurecimiento artificioso que no responde a los intereses generales, familiares, y personales de las mujeres, sino a la presión ejercida.

La actual regulación quiso ser revisada en una ambiciosa ley de corresponsabilidad parental, que se quedó a mitad de camino, en la elaboración de un “Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”.²³⁸ El anteproyecto intentaba una reforma del derecho de familia, modificando la regulación del ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de estancia, visita y comunicación con el cónyuge que no convive con ellos, la contribución de los progenitores a las cargas familiares, la atribución del uso de la vivienda familiar y la liquidación del régimen económico matrimonial. Introducía como gran novedad la exigencia de un plan de parentalidad, que los padres debían presentar en caso de ruptura, pactar "un plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, como corresponsabilidad parental", que debería ser aprobado por el Juez, salvo que los acuerdos contenidos en el mismo fueran dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Y por último, realizaba un nuevo intento de introducir la mediación familiar.

A la violencia de género, y doméstica, se le dedicaba un nuevo artículo, que se incluiría en el CC, el 92 bis, con una referencia expresa a la violencia, en sus apartados 5º, 6º, y 7º.

En el apartado 5º, en relación a la guarda y custodia de los hijos, individual o compartida, así como el régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, señalaba que “no podrá atribuirse al progenitor: - que haya sido condenado en sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal, o -que esté incurso en un proceso penal por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género en el que se haya dictado una resolución judicial motivada que aprecie la existencia de indicios fundados y racionales de criminalidad, -así como cuando el Juez del procedimiento civil advierta tales indicios; por otra parte, se prevé en el párrafo tercero que, si se alegasen hechos o circunstancias inciertos en la demanda o en el trascurso del procedimiento, el Juez deducirá testimonio de las actuaciones y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

El apartado 6º aclaraba, que aun estando ambos progenitores en alguno de los supuestos de exclusión de la guarda y custodia, previstos en el apartado anterior, el Juez podrá otorgársela si considera que es lo más conveniente para la protección del interés superior de los hijos. En otro caso, se la atribuirá a un familiar o allegado de los hijos o, en su defecto, a la entidad pública de protección de menores competente por razón del territorio.

El apartado 7º establecía en su primer párrafo con carácter general, que el Juez debería adoptar las "cautelares" pertinentes, para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda y custodia de los hijos o de estancia, relación y comunicación de éstos con el

²³⁸ Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de fecha, 24-07-2014. Nº de expediente: 438/2014-referencia 438/2014 Disponible en: <https://www.BOE.es-Documento CE-D-2014-438>.

progenitor que no convive con ellos; en particular se precisa en el párrafo segundo, que si el Juez, de acuerdo con el apartado 6, concede la guarda y custodia de los hijos menores a un progenitor incurso en alguna de las causas previstas en el apartado 5, o acuerda en su favor un régimen de estancia, relación y comunicación con aquéllos, deberá adoptar medidas que garanticen la seguridad, integridad y recuperación de los hijos y del otro progenitor, y realizar un seguimiento periódico de su evolución, incluso cuando el delito esté prescrito o se haya extinguido la responsabilidad penal.

Resulta importante destacar la valoración que hizo el Consejo Fiscal en su informe de 13-09-2013 sobre este Anteproyecto, en el que sobre la materia de violencia expresaba: "A la hora de valorar las repercusiones de la violencia doméstica o de género en las decisiones de guarda o custodia, "debe dejarse al juzgador un margen de maniobra muy superior al que el Anteproyecto le reconoce". La regulación contenida en éste "puede generar, a través de respuestas estandarizadas, decisiones injustas y desproporcionadas". Por ello, se propone la supresión de la regulación contenida al respecto en los apartados 5 y 6 del nuevo artículo 92 bis del Código Civil y el mantenimiento de la cláusula recogida en el vigente apartado 7 del artículo 92 del CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por entenderse que tal disposición es "mucho más equilibrada" que la incluida en la regulación proyectada. La Asociación de Abogados de Familia, en su informe de 10 de octubre de 2013, manifiesta, que la exclusión de la guarda y custodia en caso de violencia doméstica o de género no debería ser automática, siendo el Juez quien lo valorase caso por caso (artículo 92.5 del Código Civil).

La regulación del anteproyecto, lejos de ser innovadora y ambiciosa como se pretendía, tenía una gran cantidad de imprecisiones, como se puso de manifiesto, por los diferentes estudios realizados. Endurecía la regulación respecto de la violencia de género, prohibiendo la GyC tanto compartida, como la individual, cuando este último supuesto, no está actualmente contemplado en la ley. En el caso de doble imputación de los progenitores, el juez debía valorar la idoneidad de ambos, que al estar doblemente imputados, y tener el estatus de investigados, su tratamiento debería ser igual, y por lo tanto se acudiría a la atribución de la GyC a un familiar, o entidad pública, lo que en principio no parece lo más beneficioso para el menor. Prohibiéndose por último, el establecimiento de cualquier Rv para un progenitor condenado.

Pero aún así, el anteproyecto resultaba menos restrictivo que la nueva regulación que se pretendía con las medidas del Pacto de Estado, Texto del Congreso de los Diputados, de 3-08-2017, "... las nuevas medidas del pacto de Estado, según el Texto del Congreso de los Diputados de 3 de agosto de 2017, llevan a un régimen más restrictivo que el actual y que el anteproyecto de ley, pues prevé la prohibición de custodia compartida, si se esta incurso en un procedimiento penal por violencia de género, e incluso si existe una orden de protección (medida 143). Junto a ello, establece el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los arts. 65 y 66 LO 1/2004 (Medida 144). Así como prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por acto de violencia de género, así como que el padre pueda acceder a las grabaciones realizadas con motivo de la

exploración judicial de los menores (Medidas 145 y 146)".²³⁹ Con la LO 8/2021 de 4 de julio, parte de estas medidas, como veremos entraran pronto en vigor.

Sobre la situación actual, las posiciones doctrinales son diferentes, veremos algunas. *Para Auxiliadora Díaz Velázquez*, "Dicho precepto y la normativa autonómica, prohíben la atribución de la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se encuentre inmerso en un procedimiento penal por violencia de género".²⁴⁰

Julio Jesús López Ordiales entiende que se deben "Adoptar las medidas que permitan que la custodia compartida en ningún caso se imponga en casos de violencia de género en los supuestos previstos en el artículo 92-7 del Código Civil, y que no pueda adoptarse, ni siquiera provisionalmente, si está en curso un procedimiento penal por violencia de género y existe orden de protección, lo que ya es una vieja reivindicación de amplios sectores. Esto obliga a ser mucho más cuidadosos e incluso duros con aquellos supuestos de ocultación de datos a los juzgados de familia que en algún caso impedirían alguna de las medidas propuestas por las partes. El hecho de sustraer la competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer para evitar limitaciones a las medidas debería tener un tratamiento específico en la norma procesal, siendo hasta ahora prácticamente una carga del Fiscal que la única manera que tiene de controlar esta información es consultar las bases de datos de forma constante hasta el decreto de admisión de la contestación de la demanda y citación a juicio, momento en el que cesa la posibilidad de atribución de competencia inicial".²⁴¹

Para Margarita Salazar Pérez Resano, "Parece por tanto oportuno concluir que, aun cuando los textos legales impongan la prohibición legal de atribución de la guarda exclusiva o compartida en los casos en los que existen o han existido procedimientos de violencia doméstica o de género, resulta obligado examinar el caso concreto. En todo caso conviene destacar que la LO 8/2015 deja claro e incide en la consideración de víctimas directas de violencia de género a los hijos de las víctimas y a los menores sujetos a su tutela o guarda y custodia. De ello se deriva la exigencia legal de una mayor protección desde esa consideración víctimas. Si el interés del menor radica entre otras cosas en preservar al niño de un entorno de violencia tal y como se deriva de la actual redacción del artículo 2 de la LO 1/1996, tras la reforma de la mencionada LO 8/2015, es difícil sustentar la medida de guarda compartida en casos de violencia en el interés superior del menor".²⁴²

²³⁹ GUTIÉRREZ ROMERO, FM., "Guarda y custodia compartida: supuestos de exclusión en los casos de violencia de género", en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/73299, Ed. Jurídica Sepín, abril de 2018 p. 12. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita 18-05-2021).

²⁴⁰ DÍAZ VELZQUEZ, A., "Violencia de género y guarda y custodia compartida", en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/22896, Ed. Jurídica Sepín, junio de 2017, p. 3. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita 18-05-2021).

²⁴¹ LÓPEZ ORDIALES, J.J., Ponencia: "Intervención del Fiscal en los Procesos de Familia", en las Jornadas de especialistas en el orden civil, sobre "Procesos matrimoniales". Celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos, en Madrid los días 19 y 20 de marzo de 2018, p. 31. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita 18-05-2021)

²⁴² PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., "Cuestiones clave en materia de familia y violencia: cuestiones de competencia, medidas civiles de la orden de protección y guarda y custodia compartida", en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/22842, Ed. Jurídica Sepín, febrero de 2001, p. 17. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita 18-05-2021)

Por último Francisco Manuel Gutiérrez Romero, señala que la aplicación del artículo 92.7 del CC, no supone de forma automática el rechazo de la custodia compartida, "...sino que requiere una interpretación acorde con el interés de los menores, llegando a poner de manifiesto lo incompleto del mismo, así como su futura regulación a través de la Ley de corresponsabilidad parental que se encuentra en trámite de anteproyecto. ...En los supuestos de violencia de género, se presume que es perjudicial para los mismos que su progenitor o progenitora estuvieran incurso o fueran condenado tras un proceso penal, y como garantía de ello, se introduce el apdo. 7 del art. 92 CC, cuyo análisis e interpretación requieren de una gran prudencia, valorando no solo el aspecto objetivo de la existencia del proceso penal, sino el beneficio o perjuicio que ello supondría para el menor. La regulación actual es restrictiva en el ámbito estatal para los supuestos de que exista proceso penal abierto, a diferencia de la legislación autonómica o del Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental que prevén no solo su carácter excepcional en cuanto a la restricción, sino su posibilidad de revisión, no dejando alterado o sin posibilidades al menor de tener mayor alternancia en su convivencia con un progenitor que con el otro. En cualquier caso, los procedimientos de violencia de género deben estar abiertos para que podamos excluir la custodia compartida a priori, pero no basta con una simple denuncia para ello, sino que será preciso auto motivado acreditando indicios de criminalidad contra el progenitor. En cualquier caso, también será preciso valorar el tipo de infracción penal cometida (delitos leves) o el posterior sobreseimiento provisional del asunto penal. Tampoco debe obviarse que el Juez cuenta con la facultad de solicitar informes técnicos que le permitirán decidir sobre el beneficio del menor y el régimen más acorde al mismo. Cada caso en derecho de familia debe tener su respuesta individualizada, y no con carácter genérico o automático excluir el sistema de guarda más adecuado para el menor".²⁴³

2.3 GUARDA A FAVOR DE TERCEROS.

Cuando se acuerda este tipo de guarda, por cuanto no lo es al progenitor en el que recae la situación de violencia, en nada va a afectar esa situación. Señalar que en estos casos se extrema la precaución, y cuando se va a nombrar tutor, en el correspondiente procedimiento de jurisdicción voluntaria, se debe incorporar al expediente la correspondiente hoja histórico-penal de la persona propuesta como tutor, para determinar también las circunstancias personales del mismo y su idoneidad. También podría hacerse en el correspondiente procedimiento civil de nulidad, separación, divorcio o medidas paternofiliales, para que siempre quedara perfectamente acreditada la situación que da lugar a la atribución de la custodia.

²⁴³ GUTIÉRREZ ROMERO, FM., "Guarda y custodia compartida: supuestos de exclusión en los casos de violencia de género", en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/73299, Ed. Jurídica Sepín, abril de 2018, p. 15. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita 24-05-2021).

CAPÍTULO V: RÉGIMEN DE VISITAS Y PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR, EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD Y OTRAS MEDIDAS A ADOPTAR EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES DE VIOLENCIA.

“El largo camino a seguir tras la ruptura”.

La necesidad e importancia del Rv en cualquier proceso de ruptura de pareja es indiscutible, y está recogido en los distintos instrumentos internacionales y nacionales, presidiendo su adopción y desarrollo el interés superior del menor.

Las visitas y comunicaciones, se establecen en favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad como consecuencia de la ruptura de la familia, y lo acordado en las resoluciones judiciales, tiene como contenido mantener viva la relación con su familia, viviendo con el progenitor no custodio los períodos que se fijen, y manteniendo una comunicación, lo más fluida posible.

Este derecho es configurado de común acuerdo por la jurisprudencia, como un derecho-deber de desarrollo complejo, ya que siempre se debe estar a las necesidades de los hijos. Su fijación se produce, tanto en el régimen de custodia monoparental, como en el de custodia compartida, lo que se trata de evitar es que el progenitor no custodio, hasta ahora mayoritariamente el padre, se convierta en “un mero visitador” de sus hijos, con el desarrollo de una rutina una relación simplemente protocolaria, que al final termine por desincentivarla, tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel, en este sentido, STS, nº 296/2017, de 12 de mayo, rec. 103/2016, (SP/SENT/902309). Por eso se quiere incluso, modificar la terminología de Rv, por régimen de estancias, u otro tipo de expresión que evite el término “visitas”.

Esta apreciación era y es válida en Rv “normales”, y Rv adoptados en violencia de género hasta el día 3-09-2021, que entra en vigor la Ley 8/21 de 2 de julio, 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, en la que se prohíbe el Rv en violencia de género como veremos. Seguiremos la exposición inicialmente planteada por cuanto, hay supuestos en los que van a conocer los JVSJ, aunque el proceso penal haya ya finalizado, y otros en los que de forma excepcional se podrá acordar un Rv, por lo que veremos qué recorrido tiene el Rv en violencia de género, acotando que el examen, siempre será dentro de los límites que señala esta.

La división existente entre los partidarios de la prohibición del Rv en violencia de género, y quienes entendemos que el Rv debía mantenerse, se ha resuelto adoptando la primera opción.

A favor de la prohibición se pronunciaban entre otros, M^a del Carmen Peral López, “... La solución, para los supuestos de violencia de género, quizá sería optar por ampliar la prohibición de forma genérica al régimen individual de guarda y también al de estancias o visitas e, incluso, a la comunicación del progenitor con el menor, sin que resulte necesario justificar estas medidas, configurando estos supuestos como de peligro o daño automático al menor. Para que tengan lugar las prohibiciones indicadas en este supuesto, se requiere la concurrencia de unos tipos penales determinados: atentar contra la vida, la integridad física o psíquica, la libertad e indemnidad sexual de la pareja o de los hijos, en resumen, que concurra ser investigado en cualquier delito por violencia de género. Así, se dejaría abierta la puerta a permitir, aun en tales supuestos de condenas, un régimen de estancias,

relación y comunicación del progenitor condenado con el menor, pero "excepcionalmente", el Juez podría establecer, si lo considerase conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a la concurrencia de los tipos anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos. Esta propuesta de inclusión de la matización "excepcionalmente", habrá de interpretarse conjuntamente o en relación con el interés superior del menor...Está claro que es necesaria una reforma en esta materia y que cuenta con las críticas de diferentes colectivos en este aspecto sobre la práctica judicial en estos supuestos, como el contenido del Informe de la ONG Save The Children sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas de fecha noviembre 2011, que se circunscribe al estudio y análisis de 200 sentencias en la materia, dictadas en el segundo semestre de 2010 y en el primer semestre de 2011. Se reproducen, a continuación, sus conclusiones 4^a y 7^a, "Conclusión 4^a. La violencia de género no resulta un factor determinante en las sentencias de los juzgados de instancia sobre régimen de visitas. La violencia de género no resulta determinante en la concesión o denegación de régimen ordinario con entregas y recogidas en el domicilio familiar. Si bien el régimen ordinario con Punto de Encuentro se decreta el doble en los JVM que en los JF, este régimen no llega al 11 %, mientras el ordinario con entrega a domicilio se decide en el 25,53 % de las sentencias de instancia de los JVM. Tampoco existen diferencias respecto a la decisión de suspender el régimen de visitas, medida que incluso se decide en un porcentaje ligeramente mayor en los JF: en la decisión de suspender el régimen de visitas tienen más peso las adicciones y conductas desordenadas del padre que la violencia género, salvo que se trate de agresiones directamente cometidas contra los hijos e hijas".

"Conclusión 7^a: El Ministerio Fiscal no ejerce un papel más activo ante los recursos procedentes de JVM. Su posición no varía sustancialmente en función de la existencia de violencia de género. La intervención del MF no es más activa en los recursos presentados frente a decisiones de los JVM, en los cuales el porcentaje en el que no figura su posición es incluso más elevado que en los JF, especialmente cuando el objeto de litigio es el régimen de visitas con padre no custodio. Cabe destacar que en los recursos procedentes de los JVM generalmente el MF ejerce mayor oposición ante las pretensiones de las madres. En los recursos promovidos por los padres, especialmente en materia de visitas, se incrementa el número de sentencias en las que no figura su posición".²⁴⁴

Expuesta así la crítica por la ONG al MF, debo indicar que sólo es posible desde el más absoluto desconocimiento de la función del MF. Este no tiene un interés particular en ningún procedimiento, en virtud de la CE artículo 124 CE, actúa sometido a los principios de legalidad e imparcialidad para promover la acción de la justicia y en especial, tiene la misión de velar por la defensa de los derechos de los menores, (artículo 3.7 del EOMF), su estatuto es claro, y su defensa lo es de la legalidad y el interés público, aunque su postura sea criticada, en este caso por no plegarse a los intereses de las partes. Sigue directrices pero dentro de estas intenta, y según las críticas parece que consigue, realizar una evaluación lo más coherente,

²⁴⁴ PERAL LÓPEZ, MC., "Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas, comunicaciones y estancias", en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/22800, Ed. Jurídica Sepín, julio de 201, p. 3 y 4. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita 24-05-2021).

segura, justa y no automática de las condiciones expuestas, a los efectos de tomar una decisión.

Prácticamente en igual sentido de prohibición general, se expresaba la Asociación de Mujeres juristas Themis, en el Seminario-Taller “Custodia compartida” 2015, solicitando: “... Que se establezca la obligatoriedad en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, antes de adoptar el régimen de comunicación y estancias de los y las menores con el padre, de la realización de una evaluación por profesionales especializados en violencia de género valorando el riesgo de los y las menores, manteniéndose hasta la resolución la suspensión de la estancia con el investigado. Se debe derogar toda normativa de índole civil que permita que pueda existir custodia compartida en los casos que exista violencia, basándonos en el reconocimiento de que los menores son víctimas directas de la violencia de género. Además, se debe incluir de forma expresa en el Código Civil la imposibilidad de atribuir la custodia en exclusiva a los investigados y condenados por violencia de género”.²⁴⁵

También el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, como hemos visto, pretendía y ha logrado la suspensión del Rv en los supuestos en que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia o prohibir las visitas a prisión del padre condenado por violencia.

No comparto la necesidad de tales prohibiciones, es más creo que van directa y frontalmente en contra de ese interés superior del menor que tanto hemos invocado en multitud de normas, y que consideramos un principio informador del derecho de familia, suprimir el régimen de visitas o una determinada forma de custodia, sin valorar la situación existente, es un error. Los menores que viven separados de sus progenitores y familiares, tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de forma regular, siempre que ello no resulte perjudicial a sus superiores intereses, debiendo prestarse especial atención en los casos en que se pueda presumir la existencia de violencia de género en el seno familiar, o cualquier otra situación que pueda suponer que los menores estén sufriendo cualquier tipo de abuso. Ha vencido la corriente que realizaba una fuerte presión, para que en el momento que nos situemos en sede de violencia de género, de forma automática se suspenda la posibilidad de cualquier tipo de Rv, para el padre, y ya se ha configurado la prohibición legal en la nueva redacción que se da al artículo 94 del CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio, veremos los resultados en un futuro de la aplicación de tal prohibición.

1. EL RÉGIMEN DE VISITAS EN VIOLENCIA DE GÉNERO ANTES DE LA LEY 8/21 DE 2 DE JUNIO.

Un procedimiento de violencia, no debe suponer la supresión automática de las visitas, sino que éstas se deben desarrollar, en las condiciones necesarias de seguridad, reflexión que también valdría para un Rv sin dicho elemento, situación que actualmente está en vigor.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo 2011,

²⁴⁵ SEMINARIO-TALLER DE LA ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS, “*Custodia Compartida*”, celebrado en Las Navas del Marqués, Ávila, los días 27 y 28 de noviembre de 2015. Conclusiones finales, p. 5. Disponible en: <https://mujeresjuristasthemis.com> (Última visita, 24-05-2021).

ratificado por España el 6 de junio de 2014, con entrada en vigor el 1 de agosto de 2014, establece en el artículo 31 sobre custodia, derecho de visita y seguridad que: “1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. 2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños”.

El Rv en violencia de género tiene diferentes formas de establecerse como hemos visto siendo igualmente aplicable también aquí la exposición realizada respecto de la GyC, y los procedimientos civiles. Brevemente, reiterar que los diferentes caminos dependen del estado de los procedimientos civiles, si el procedimiento civil de ruptura ha terminado, y por ello ya están todas las medidas adoptadas, y resueltas en el ámbito civil, se tendrá que evaluar, que incidencia tiene el procedimiento penal de violencia en dicha situación. Si no hay procedimiento civil y por ello ninguna medida adoptada, el procedimiento civil se inicia en el JVSM, si está iniciado, el procedimiento civil, puede llegar al JVSM por varias vías, a través de lo ya resuelto en las medidas civiles de la OP, como medidas provisionales previas, o coetáneas, ya adoptadas en el juzgado civil, pero que ante la existencia de violencia, con la correspondiente inhibición, o sin ninguna medida pero con un procedimiento civil iniciado, que se inhibe al JVSM.

El Rv también puede ser solicitado y establecido no sólo a favor de los progenitores no custodios, sino también por los abuelos, o por otros familiares cercanos. En relación a los primeros, “Sólo es posible establecer un régimen de visitas con los abuelos en los supuestos en los que se haya procedido a la suspensión del régimen de visitas al progenitor de la misma línea a través del procedimiento correspondiente regulado en la Leyes 42/2003 y 1/2004, si bien se han de adoptar las cautelas necesarias para garantizar el mantenimiento y efectividad de la suspensión del régimen de visitas con el progenitor con respecto al que así está acordado. Se advierte beneficiosa con carácter general la relación de los menores con sus abuelos, si bien la fijación de un régimen de visitas autónomo a favor de éstos ha de entenderse excepcional, y cuando concurren circunstancias especiales en los titulares de la patria potestad que así lo justifique”.²⁴⁶ Pero además también procedería en los casos en los que el propio hijo, se niega a permitir que el abuelo pueda tener contacto con sus nietos, lo que debería hacerse valer en el procedimiento correspondiente.

1.1 FIJACIÓN, DESARROLLO Y SUPERVISIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

Deben evaluarse los mismos factores, que en un Rv que se desarrolla en los juzgados de 1ª instancia/familia, pero con especial atención a la situación que se ha creado, y sus consecuencias.

A) Se debe valorar el hecho de violencia que ha dado lugar a la instrucción del procedimiento penal, ya que es muy importante su gravedad, contexto, y circunstancias porque hay grandes diferencias. No es igual una discusión en la que se

²⁴⁶ MAGRO SERVET, V., “Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas y respuestas”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/17324, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2009, p. 9. Disponible en: <https://www.sepin.es/home/> (Última visita 24-05-2021).

profieren o intercambian una serie de insultos, en una situación de crisis familiar, que un delito de lesiones con arma.

B) La situación de los progenitores, es fundamental a la hora de su determinación. En estos casos la multitud de situaciones y factores es tan amplia como las diferentes familias. Sin ánimo de realizar una enumeración exhaustiva, cabe indicar los siguientes:

1. La madre puede estar en una casa de acogida, en estos casos es difícil que se fije un Rv, por cuanto la necesidad de seguridad de la madre y el menor, y porque los casos en los que la madre acude a este tipo de recursos, suelen ser por hechos graves, en los que la situación de peligro desaconsejaría la visita, si bien en el caso de optar por su mantenimiento, su desarrollo debería ser a través o en el PEF, para garantizar la seguridad.
2. Las enfermedades o deficiencias que sufran los padres, así como su entidad, importancia, el seguimiento del tratamiento, la ayuda con la que cuenta, etc, debe valorarse en relación a su influencia en el cuidado de los menores,...luego veremos como su desarrollo podría ser incluso supervisado en el PEF.
3. El lugar de residencia, ya que los progenitores pueden residir en distintos lugares, bien del territorio español, o incluso en países diferentes.
4. Sí el padre se encuentra en prisión, juegan múltiples variables que determinarían, o no su existencia.

El tipo de prisión, si es provisional o se está cumpliendo la pena, el tipo de delito por el que se encuentra en prisión, la edad del menor y voluntad de este y de la madre, etc, pese a lo que pudiera parecer, no siempre está desaconsejado el Rv en estos casos.²⁴⁷ Como señala la Sentencia de la AP de Valladolid, Sección 1, de 5-04-18 número 134/18 (SP/SENT/1012339) "...la legislación penitenciaria en nuestro país parte del presupuesto de que las visitas del menor al centro penitenciario no tienen por qué ser contraproducentes ni van a afectar a la imagen que el menor pueda tener de su progenitor. Dicho esto, mención especial merece en estas conclusiones la materia de violencia de género ya que, constituye un límite a ese régimen de visitas que impone su restricción o incluso su supresión para los casos más graves. Cumplida la condena o, en su caso, cuando el progenitor no custodio alcance la situación de libertad condicional, el juez puede modificar la suspensión del régimen de visitas, atendiendo siempre al interés superior del menor, así como a las circunstancias que concurran en cada caso concreto. Resulta desaconsejable establecer un régimen de

²⁴⁷ MARTÍN MOLINA, A., "Problemática sobre el derecho de visitas", en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/83048, Ed. Jurídica Sepín, octubre de 2019 p. 17. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> "Hay momentos en los que se podría entender que cuando suceden se puede producir una suspensión pero que no los vamos a encuadrar dentro de los supuestos siguientes porque realmente no debe producirse tal suspensión, sino más bien un cambio en la forma en la que hasta dicho momento se esté llevando a cabo el régimen de estancias con los hijos. Nos referimos a los casos en los que el progenitor con derecho de visitas, ingresa en prisión para el cumplimiento de una condena, sobre todo cuando es de larga duración. En estos casos lo que debe iniciarse es un procedimiento de modificación de medidas que cambie el régimen de visitas por otro sistema que posibilite las estancias del progenitor con sus hijos porque el hecho de tener que cumplir una condena de prisión, no puede suponer otra condena de no ver a los hijos y tampoco para los hijos de no poder ver a su progenitor". (Última visita 24-05-2021).

visitas anticipando el cumplimiento de la condena o puesta en libertad y ello porque no se conocen las circunstancias concretas en que se va a encontrar el progenitor no custodio (emocionales, personales, económicas...) y en qué situación se hallará el menor. Asimismo, el procedimiento más idóneo para resolver el establecimiento de un régimen de visitas una vez que el progenitor no custodio haya cumplido la condena o alcanzado la libertad condicional es la modificación de medidas. En efecto, durante el transcurso del tiempo del progenitor en prisión, el hijo menor habrá evolucionado, madurado, sus necesidades probablemente sean distintas del momento en que su progenitor ingresó en el centro penitenciario y a su vez el progenitor una vez que obtenga la libertad, también habrá evolucionado y tendrá que aprender a desarrollar la relación con su hijo o hija”. Termina diciendo la referida sentencia que “...resulta desaconsejable tratar esta cuestión en la ejecución de la sentencia, ya que solo en el procedimiento de modificación de medidas podrá valorarse adecuadamente y con arreglo a la sana crítica si concurre o no el cambio de circunstancias que justifique una modificación del régimen de visitas y cuál es el interés del menor en ese momento”.

También sobre esta materia la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 11 de febrero de 2011 (SP/SENT/541359), inadmite un recurso de casación interpuesto por el padre contra de denegación de los tribunales inferiores de fijar un régimen de visitas a su favor, a consecuencia de los problemas de violencia de género del progenitor y que quedaron acreditados tanto en la fase de enjuiciamiento del procedimiento de familia como posterior al mismo puesto que se tuvo que acordar una orden de protección que seguía en vigor, el recurrente protagonizó incluso episodios de violencia ante los propios tribunales que entendían en los trámites del juicio de guarda y custodia de alimentos del hijo menor y con ello se propició el efecto judicial de ser necesario por los tribunales adoptar medidas tendentes a la protección del interés del menor como fueron la negativa a acordar un régimen de visitas con el hijo.

Por todo ello, convendríamos en señalar que con el estudio y análisis resolutorio sobre la materia que ha realizado la jurisprudencia, el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

Señalar por último que el propio CC señala la posibilidad expresa de acceso del menor al centro penitenciario, en el artículo 160 del CC, “en caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor, recomiende las 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...”

Esta es una pequeña enumeración, en se deberían incluir todos los factores determinantes y relevantes en cada situación personal, para la adopción del Rv.

C) El tercer factor a tener en cuenta es la situación del menor. Para evaluar ésta, además se le debe escuchar, según lo dispuesto en la ley.²⁴⁸ Esta audiencia, no

²⁴⁸ Reiterar lo expuesto en la audiencia del menor, en el Capítulo III, 1.3.

significa que sea vinculante, que se deba hacer lo que éste quiera, ya que puede no coincidir con su interés.

Es muy importante su edad, dado que el Rv de un menor de edad, no puede ser igual para un recién nacido, que para un adolescente o un joven que va a cumplir pronto 18 años, y su fijación en base a las propias circunstancias de estos, supone un régimen completamente diferente.

Cuando el menor está próximo a cumplir la mayoría de edad, 17 años, o incluso con 16 años, las partes suelen plantear que no se establezca un Rv, sino que se deje la forma de relacionarse entre ellos sin una regulación expresa, de forma libre, por las evidentes dificultades de gestionar un Rv, con los adolescentes. Si bien, y teniendo en cuenta que la sentencia o el auto que se dicte, lo que establece es un régimen de mínimos, que por acuerdo de ambos padres puede modificarse, para evitar dejar al arbitrio del menor la realización o no de las visitas, lo que puede conllevar la pérdida de relación, se suele fijar en la resolución judicial un régimen flexible que deberá en defecto de acuerdo cumplirse, para proteger precisamente esa relación.

Ahora bien suele señalarse que esta fijación, tiene también un riesgo, y es que si el menor casi mayor incumple, puede ser otra importante fuente de problemas. Y es aquí donde se plantea la existencia de los “deberes”, el interés superior del menor también abarca la necesidad de comprensión por éste de la obligatoriedad de cumplir las resoluciones judiciales, que además de derechos, tiene una serie de deberes que son importantes y con los que debe cumplir.

Deben tenerse en cuenta las enfermedades o deficiencias, que sufra el menor, ya que esta situación puede exigir un especial cuidado, o atención, y debe asegurarse que los progenitores, están en condición de poder proporcionárselos, por lo que es muy importante contar con los informes médicos, psicológicos o sociales que se puedan aportar.

Si existe rechazo frente al progenitor no custodio, entonces deberá analizarse la situación y en el caso de fijar el Rv, establecerse los mecanismos necesarios para solventar esta situación, y asegurar el bienestar del menor.

Una vez evaluados estos factores, se fijará el Rv que puede ser: ordinario, progresivo o restringido. El primero, es el sistema que si no hay problemas se suele fijar en los Rv. Se establece de una forma detallada, ya que aunque la ley pretende que sea un régimen de mínimos, cuando más determinado, menos ejecuciones en su interpretación se interpondrán, a su vez puede ser especial por múltiples motivos, la residencia de los padres (en distintas regiones, o países), la profesión de éstos (pilotos, pescadores, marinos mercantes...), por el tipo de jornada que se desarrolla (jornadas que no permiten una conciliación, horarios nocturnos), carencia de suficientes apoyos familiares... o como hemos visto, porque el padre está en prisión.

Se fija un sistema progresivo, cuando hay razones para realizar un inicial Rv corto, y tasado, por ejemplo si el padre lleva mucho tiempo sin ver al menor, si se carece de un recurso habitacional adecuado, si es necesario seguir un plan médico, una rehabilitación...y según transcurra su desarrollo, se puede ir ampliando. Por último, el Rv puede restringirse tanto en su extensión, como en la forma de su desarrollo: sin pernocta, tutelado o supervisado, bien por los servicios sociales o en el PEF, con entrega en este último, o por terceras personas, que pueden ser familiares o amigos, cuando se evalúan circunstancias como las que anteriormente hemos expresado, y exigen una mayor cautela en su desarrollo.

1.1.1 DESARROLLO Y SUPERVISIÓN.

La supervisión de los Rv la desarrollaremos al tratar los PEF. En violencia es fundamental que el Rv se desarrolle en las debidas condiciones de seguridad, por lo que en su fijación, la valoración de todas las circunstancias de la familia, determina cual de los diferentes modelos de visitas se va a elegir, así como también la necesidad o no de la vigilancia de su desarrollo.

Si es normal nada habrá que gestionar, pero pueden surgir múltiples incidencias que afecten a su día a día, y por ello, si se producen, las partes deberán acudir al procedimiento correspondiente. El Rv no es algo rígido, ni inamovible, por el contrario puede cambiar, al igual que las circunstancias de la familia. Según se desarrolle, puede modificarse, ampliándose si funciona correctamente, y restringirse, o suspenderse, si aparecen problemas, acudiendo para ello al procedimiento correspondiente, de modificación de medidas.

Cumplimiento. Para su correcto desarrollo el régimen establecido debe cumplirse, pero de no hacerse, no hay un procedimiento propio de ejecución en nuestra legislación. La jurisprudencia del TEDH, en relación al Rv es clara, una ejecución larga y tortuosa en la que se pierde la relación con el hijo es rechazable, y no duda en condenar a los Estados por no garantizar, con medidas eficaces y efectivas, el derecho de los hijos a mantener relaciones con sus padres en casos de vida separada de estos, hay múltiples sentencias, (por todas S. de 29 de enero de 2013, caso Lombardo vs. Italia).

¿Como actuar cuando se produce un incumplimiento del Rv? La parte interesada en su cumplimiento está muy perdida sobre como actuar, para lograr su ejecución, lo que es comprensible. Basta con un somero examen sobre lo que la jurisprudencia ha expresado sobre el procedimiento para obtener el cumplimiento. “...Al tratarse de una obligación de hacer de carácter personalísimo no son aplicables las normas de los arts. 556 y ss de la LEC para las reclamaciones de contenido económico, no procede valorar si los motivos de oposición encajan en estas disposiciones \ La deficiente regulación procesal de la ejecución de las medidas personales acordadas en los procedimientos de familia impide determinar una estructura clara del proceso \ En la ejecución de una resolución judicial deben adoptarse todas aquellas medidas tendentes a dar fiel cumplimiento a dicha resolución, sin embargo en las de carácter personal que afectan a menores se debe admitir cierta flexibilidad”, AP Barcelona, Sec. 18.^a, 2-10-2019.

“ El juzgado no puede limitarse a emitir una orden de ejecución, sino que ha de adoptar en tales casos las medidas oportunas que resulten más idóneas para salvaguardar el interés de los hijos, con sujeción a las reglas de la jurisdicción voluntaria\La tramitación de la oposición a la ejecución como se ha efectuado en el caso de autos, más propia del formalismo abstracto de las reclamaciones dinerarias o de otras obligaciones de naturaleza económica o material, resulta notoriamente inapropiada” AP Barcelona, Sec. 12. ^a, 7-11-2019.

El artículo 776.3 de la LEC señala: “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”.

Pueden incumplir ambos progenitores. Al progenitor custodio, puede hacerse un apercibimiento del cambio de GyC si persiste en el incumplimiento, y sí persiste acudir al procedimiento correspondiente para dicho cambio, también utilizar los PEF, para mejorar el cumplimiento. Si incumple el progenitor no custodio, en este caso

igualmente puede acordarse acudir a los PEF, puede también reclamar una compensación económica por los períodos que no ha estado con su hijo, o que se establezca una multa coercitiva. Generalmente, los problemas que se plantean en la práctica, lo son por el incumplimiento del progenitor custodio, muy pocos se van a plantear para que cumpla el progenitor no custodio.

Para garantizar el derecho de los hijos a relacionarse con los progenitores, los tribunales deberían actuar de oficio, pudiendo adecuarse al cauce más efectivo, que puede ser la jurisdicción voluntaria o intentar un proceso previo de mediación.

Sobre la ejecución ante el incumplimiento, Pascual Ortuño, indica“...Se debería sentar el criterio común de reforzar el carácter propio del proceso de ejecución. El legislador ha configurado la ejecución como un proceso diferente al proceso principal (en la mayoría de los países de nuestro entorno se tramita ante un órgano especializado en ejecuciones). Su objeto se circunscribe a la adopción de medidas sancionadoras para el cumplimiento de los mandatos y obligaciones derivados del título. La ejecución no es el cauce apropiado para modificar las medidas. Ni siquiera lo es para imponer que se lleven a cabo en un “punto de encuentro” si la sentencia no lo previó expresamente o suspender las visitas, salvo que extraordinariamente se aprecie situación de riesgo grave (STS no 701/2004, de 7 de julio). Ante la omisión por el legislador de un cauce procesal específico y apropiado para la ejecución de medidas relativas a la custodia se ha utilizado, como vía que resulta más apropiada para muchos casos, el expediente de jurisdicción voluntaria, es decir, el previsto legalmente para las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad que, en definitiva, también comprende el desarrollo de las funciones de guarda y visitas. Ya desde las previsiones de la LO 1/1996 de protección del menor, y los enunciados procesales de los artículos 156 y 158 del CC, se ha generalizado en muchos juzgados la práctica de citar de comparecencia a las partes cuando se denuncia un incumplimiento en este ámbito (o incluso practicar la exploración del niño con suficiente juicio), por cuanto es lo más propicio para encontrar una decisión pronta y eficiente para los intereses del menor (ATC no 127/1986 de 12 de febrero; STC no 17/2006, de 30 de enero). Tras la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio (artículos 86 y scs), esta vía de la jurisdicción voluntaria es ya incuestionable, bien cuando la parte proponente o el fiscal han formulado su demanda con la invocación expresa de este cauce procesal o bien por la decisión de oficio del tribunal cuando se presenta un escrito que formalmente es de ejecución, pero que realmente describe una controversia. El juzgado competente debe en estos casos subsanar la petición impropia de la parte en cuanto al procedimiento a seguir y acordar la comparecencia de jurisdicción voluntaria, por ser más eficaz. En el caso de incumplimientos de visitas o de problemas en las recogidas o entregas, retenciones de los hijos u otras causas de naturaleza conductual, se pueden establecer las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las previsiones y pronunciamientos de las sentencias tales como seguimientos por los equipos psicosociales, intervención de educadores u orientadores familiares o servicios sociales, sometimiento a terapias, intervención de puntos de encuentro o de coordinadores de parentalidad. Para facilitar el establecimiento de estas medidas es necesario que las administraciones competentes pongan a disposición de los juzgados y tribunales técnicos cualificados que puedan desempeñar estas funciones, resultando urgente una reforma legislativa que las impulse”.²⁴⁹

²⁴⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La alta conflictividad en las relaciones paterno o maternofiliales en la ejecución de los procesos de familia”. Juezas y Jueces para la Democracia, Comisión de Violencia de

“La cláusula de apercibimiento”.

Muy recientemente está apareciendo una curiosa cláusula en las resoluciones judiciales que fijan visitas, en especial en las sentencias, pero también en algunos autos que acuerdan medidas provisionales, *“una cláusula de apercibimiento”* que consiste en la advertencia al progenitor custodio del incumplimiento por su parte del régimen de visitas. En algunos casos incluso se resuelve sobre las futuras consecuencias de ese incumplimiento modo de reprensión pública, pronunciamiento que no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto es nulo de pleno derecho.

Hay una sentencia clara en cuanto a la determinación de esta cláusula y sus efectos, dictada en un procedimiento de modificación de medidas (nº 257/2014), por el juzgado de JVSM nº 1 de Málaga, acuerda: "No obstante, se advierte expresamente a Dª X que cualquier incumplimiento por su parte será entendido por este Juzgado como una continuación flagrante y recalcitrante de su actitud contraria a cumplir las resoluciones judiciales y en concreto a la presente sentencia con la única finalidad de seguir apartando al padre de la vida de su hija. Así las cosas, de producirse un incumplimiento nuevamente, la respuesta de este Juzgado será contundente, estableciendo una custodia exclusiva paterna e impidiendo a la madre cualquier tipo de contacto con su hija durante tres meses para alejar a la niña de semejante manipulación operada por la madre durante los últimos tres años". Esta advertencia se reproduce en la parte dispositiva de la sentencia casi literalmente, en la que también se añade: "De producirse algún tipo de incumplimiento del régimen de visitas, un testimonio de la presente sentencia servirá como mandamiento para recabar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad, si ello fuese necesario".²⁵⁰

Esta sentencia, fue revocada por la AP de Málaga, con base a la falta de fundamentación de tal pronunciamiento, que no está amparado en el artículo 281.1 de la LEC, ni en la decisión judicial del establecimiento de las medidas que considere que más se ajustan al interés del menor, incluso con independencia de lo pedido por las partes; tampoco en el artículo 776.3 de la LEC, puesto que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, puede dar lugar a la modificación por el tribunal del régimen de guarda y visitas, pero no supone una aplicación automática del cambio de guarda, sino facultativa ante el incumplimiento, lo que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino el interés de los menores, y es en el procedimiento de ejecución correspondiente, una vez practicadas las pruebas correspondientes, donde debe acordarse en su caso; y por último al considerar que la advertencia en relación a la falta de contacto si incumple, la madre, se le privará de contacto con su hija durante tres meses, no cabe, al exceder de la facultad del juez.

Así, la sentencia concluye declarando que "...el pronunciamiento de la sentencia incurre en el doble requisito que, de conformidad con los artículos 238.3 .º y 240.2

Género. Prevención de la Violencia de Género en las crisis de pareja/. Coordinador/a de parentalidad, p. 7 y 8. Disponible en: [http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2019/\(Última visita, 24-05-21\)](http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2019/(Última visita, 24-05-21)).

²⁵⁰ Procedimiento de modificación de medidas nº 257/2014, procedentes del JVSM nº 1 de Málaga, en La Ley, ECLI: ES: APMA: 2018:2187. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita 05-04-2021).

LOPJ (LA LEY 1694/1985) y 228.1 LEC (LA LEY 58/2000) , debe existir para la declaración de la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión, afectante el primero a la infracción de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley incurriendo en incongruencia *extra petita* al pronunciarse sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes y en procedimiento inadecuado para ello, con infracción del artículo 218.1 LEC (LA LEY 58/2000); y concerniente el segundo a la indefensión derivada de la referida infracción para la demandante que se ve impedida de recurrir la advertencia contenida en la sentencia al no constituir un pronunciamiento sobre medidas respecto de menores, único objeto del procedimiento, sino una reprensión pública y, en consecuencia, procesalmente solo puede ser considerado como un mero razonamiento obiter dicta no susceptible de recurso. Procede declarar la nulidad del pronunciamiento analizado tanto en su fundamentación jurídica como en su plasmación en la parte dispositiva de la sentencia”.²⁵¹

La pregunta que deberíamos hacernos es ¿Cuál es la razón de la aparición de esta cláusula? La respuesta es clara, aparece ante la multitud de incumplimientos que se producen, y la falta de eficacia en la exigencia de su cumplimiento, la intención es buena, pero el remedio es incorrecto.

En la vía penal con la reforma operada en el CP, mediante la LO 1/2015, de reforma del CP, se despenalizaron determinadas conductas que antes se enjuiciaban como incumplimiento del régimen de visitas (artículo 618 del CP) o incumplimiento del régimen de custodia (artículo 622 del CP), remitiendo ahora todo incumplimiento a la ejecución civil. “Tras la despenalización de las faltas operada en el año 2015, el único cauce para sancionar en la vía penal el incumplimiento del régimen de visitas o de custodia es a través del delito de desobediencia previsto en el artículo 556 CP. Sin embargo, hemos de precisar que los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente han de seguirse a través del régimen sancionador previsto en el art. 776 LEC (pues precisamente la finalidad de la reforma operada en el año 2015 era reconducir la problemática surgida en la ejecución de las medidas adoptadas en los procesos de familia, al precisamente, Derecho de Familia).

Por ello, únicamente los casos más graves de incumplimiento serán perseguibles en la vía penal. Así lo declara el Tribunal Supremo en su Sentencia 870/2015, de 19 de enero, Sala de lo Penal, en la que se afirma que *"la gravedad es un elemento abierto del tipo que exige una valoración del hecho acorde con su entidad en relación con el bien jurídico protegido"*, de manera que no considera constitutivo de un delito de desobediencia la conducta de un padre que teniendo prohibidas judicialmente las visitas con sus hijos, los busca y tiene encuentros con ellos en sitios públicos. Precisamente, a juicio del TS, debe concurrir la necesaria gravedad de la conducta que fijaba la línea divisoria entre el delito y la falta, para poder apreciar la existencia de la desobediencia. Más concretamente, señala la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª), en su Auto 443/2018, de 23 de octubre, y en relación con el incumplimiento del régimen de visitas, que el delito del artículo 556 CP *"requiere*

²⁵¹ AP de Málaga, sección 6ª, sentencia nº 868/2018 de 18 Oct. 2018, rec nº 793/2017, p.8 y 9. Diario La Ley, ECLI: ES: APMA: 2018:2187 (Última visita 05-04-2021).

una orden concreta y expresa del tribunal con el apercibimiento previo correspondiente".

Así, a modo de ejemplo de lo que en la práctica se entiende por incumplimiento grave, podemos citar el supuesto de una madre que de forma voluntaria, consciente y reiterada, incumple los mandatos expresos de la jurisdicción civil notificados personalmente y encaminados a cumplir las resoluciones judiciales que fijaron un régimen de visitas progresivo y escalonado en favor del padre del hijo menor de ambos. Dicho supuesto de hecho fue sometido a criterio de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3.ª), en su Sentencia 117/2018, de 4 de julio, en la que concluye que "en este caso se produce un requerimiento personal y sucesivos requerimientos a través de su defensa. La denunciada no puede desconocer su obligación de cumplir las resoluciones judiciales y realiza actos, expresos y presuntos, reiterados a lo largo de varios meses para evitar cumplir con los mandatos de la autoridad judicial, por lo que cumple con todos los requisitos del tipo".²⁵² En este sentido se pronuncia por ejemplo la AP Jaén, Sec. 3.ª, en S. 13-6-2018, en la que revoca el sobreseimiento, y ordena que debe seguirse la instrucción por delito de desobediencia por el incumplimiento de los requerimientos efectuados en ejecución civil sobre incumplimiento de régimen de visitas.

1.1.2 MODIFICACIÓN Y SUSPENSIÓN.

La modificación del Rv, puede producirse por múltiples causas a lo largo de su desarrollo. En la práctica se dan supuestos que exigen establecer en beneficio del menor un régimen de visitas más restrictivo, y reducirlas tanto en su extensión como en la forma en que debe tener lugar la visita. Tal restricción, como situación excepcional debe acreditarse y justificarse debidamente, puede ser por un incumplimiento grave y reiterado del progenitor en cuanto a sus deberes, o por una imposibilidad de cumplimiento que no le sea imputable etc.

También se puede modificar incrementando el Rv, en base a las circunstancias que se hubieran determinado para ello, por su funcionamiento beneficioso y efectivo, cumplimiento de las obligaciones impuestas para ello, etc, y por último se pueden suprimir. Ahora bien, "sólo es posible la supresión del régimen de visitas, la restricción o la suspensión, y en una correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 94 del texto legal citado, cuando por circunstancias, aún no dependientes del progenitor no custodio, en el orden personal, familiar, psicológico, material, etc., no sea posible propiciar dicha comunicación personal entre aquellos y dicho progenitor no custodio en cuanto que dicha relación personal pudiera perjudicar o incidir negativamente en el desarrollo integral de los menores".²⁵³

²⁵² URRAZA ABAD, J., "Infracciones penales derivadas de crisis familiares: preguntas más relevantes", en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/8333, Ed. Jurídica Sepín, febrero de 2019, p. 27. Disponible en: <https://www.sepin.es/home/> (Última visita, 24-05-21).

²⁵³ SAP Madrid, Sec. 22.ª, 699/2017, de 26 de septiembre Recurso 985/2016. (SP/SENT/924644). (Última visita 05-04-2021).

La reanudación del Rv tras un período sin visitas, suele hacerse de forma escalonada y progresiva, generalmente en estos casos hay un informe del ETPS, sobre la forma de realizarse, sus etapas, y condiciones. Puede no establecerse Rv, cuando no se dan las condiciones idóneas para su desarrollo por diferentes circunstancias, y la violencia es una de ellas.

1.2. ASPECTOS COMUNES DE LA GUARDAY CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS.

1.2.1. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

La actuación del MF es muy importante en esta materia civil, y sus instrucciones son claras y expresas en los casos en los que acude a una vista civil. Es necesario que conozca y se le de traslado de los antecedentes y estado de la causa penal, esto supone un “*plus*” para apreciar la situación de riesgo, valorar las medidas a solicitar, y coordinarse si intervienen varios fiscales. Lo deseable sería que el MF interviniese en todos los procedimientos civiles, en los que su presencia está prevista e intervienen menores de edad, tanto en violencia de género, como en aquellos que no tienen ese componente, pero razones de volumen de trabajo y falta de medios personales, fundamentalmente la falta de fiscales que puedan realizar los servicios, lo impiden.

Solicita que se realice el informe psicosocial cuando lo estima necesario, para que los peritos valoren la situación de violencia creada, y como esta ha influido, y si lo sigue haciendo en los hijos menores, así como la necesidad de escuchar a la madre y que conste si se puede la opinión de los hijos menores, directamente, o a través de peritos (artículo 9 LOPJM). Su actuación en estos procedimientos, está presidida por el fin de velar por el interés superior del menor, y el cumplimiento de las garantías legales.

1.2.2 EL INFORME DEL EQUIPO TÉCNICO PSICOSOCIAL

Los informes periciales que se pueden encontrar en un proceso de familia, pueden ser privados aportados por las partes, o realizados por el ETPS, este último al venir desde un instrumento auxiliar del juez, con un marcado carácter objetivo, es muy importante para resolver el procedimiento. Son informes periciales técnicos cuyo nivel general es muy bueno.

El ETP, está formado por personas especializadas técnicas en su materia, que están cualificadas para emitir sus conclusiones sobre el grupo familiar, y lo que es mejor para evaluar la situación de los menores, por lo que su valor probatorio es de primer orden. “La decisión de recabar el informe de especialistas es una decisión potestativa del Juez, siendo el criterio de muchos Juzgados que dicha prueba es prescindible cuando no se cuestiona la capacidad de los progenitores, sino solo la idoneidad (disponibilidad horaria, cercanía de domicilios, etc.). En efecto, para valorar tales parámetros, no son necesarios conocimientos técnicos, y es que la prueba del equipo psicosocial, como señala el art. 335 LEC, debe acordarse cuando sean necesarios conocimientos científicos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza sobre los hechos. Y ciertamente, tales conocimientos especiales los puede obtener el Juez en la mayoría de las ocasiones por medio del resto del material probatorio obrante en autos”.²⁵⁴

²⁵⁴ AZAUSTRE GARRIDO, M.D., “Análisis de anomalías en las distintas fases de procedimientos de Derecho de Familia”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, septiembre de 2017.

Por lo que sí será necesaria, o incluso imprescindible, cuando, por ejemplo, se cuestiona la enfermedad de uno de los progenitores, su incapacidad para el cuidado de los hijos, o hay un supuesto de violencia de género que se estima especialmente necesario evaluar.

Ahora bien, el TS, ha manifestado, en reiteradas ocasiones sobre este informe: "...que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (SSTS de 18-1-2011, Rc. 1728/2009 ; 9-9-2015, Rc. 545/2014 ; 135/2017 , de 28 de febrero)”.

Es una prueba privilegiada, muy importante, pero no tiene un mayor valor o un valor vinculante, sino que es necesario valorarla con el conjunto de la prueba practicada. Suponen una ayuda importante, pero reiteramos no es vinculante. Los informes de los ETPS “deben ser interpretados, conforme a las reglas de la sana crítica, según afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 06 de septiembre de 2004, entre otras muchas, al señalar: < no existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial>, de modo que el juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial, si bien debe entenderse que la valoración que se haga por el juzgado de instancia no sea contraria en sus conclusiones a los datos objetivos que resulten del resto de la prueba practicada, la racionalidad y que no se conculquen las más elementales directrices de la lógica...”,(AP Ourense, Sec.1ª, 381/2016, de 9 de noviembre SP/SENT/881986Recurso 393/2016).

Si no se acuerda la realización del mismo, deben justificarse los motivos de su denegación, de su no adopción, para que las partes vean satisfechas sus pretensiones. Su necesidad será valorada en función del tipo de familia, así como el delito cometido, y es que afortunadamente, en algunos casos la familia no tiene tantos problemas como para necesitar esta evaluación.

Por razones de economía procesal, si en el procedimiento penal del JVSM se ha realizado un informe psicosocial, es evidente que su resultado puede valorarse en el procedimiento civil, llevando un testimonio del mismo. Si es necesaria alguna ampliación, siempre será más fácil solicitar esta, que repetir todo el procedimiento de nuevo. En este sentido, la AP Madrid, Sec. 22.ª, 699/2017, de 26 de septiembre, recurso 985/2016. SP/SENT/924644, señaló: “El contenido del informe pericial emitido en un proceso penal sirve de referencia para aclarar la situación de crisis del grupo familiar en lo que afecte a los hijos menores y para adoptar las medidas que mejor les convengan en el procedimiento civil”, “...Se pone en tela de juicio el informe psicosocial emitido en las diligencias penales 11/2014, de modo que considera no válido el informe en cuestión en este proceso civil, al tiempo que se cuestiona el contenido y las conclusiones de los informes de los gabinetes psicosociales de los juzgados de familia, dudándose de la cualificación legal en relación a las personas que elaboran y emiten dictámenes al respecto. ...”; "... la Sala no comparte los alegatos expuestos en el escrito de interposición del recurso de apelación en relación a la significación, trascendencia o importancia de los informes periciales emitidos por los peritos, técnicos en la materia, cualificados sin ningún género de dudas para emitir valoraciones y consideraciones o conclusiones en orden a

Referencia: SP/DOCT/73194, Ed. Jurídica Sepín, p. 32. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 18-05-21).

la problemática que pudieran haber observado en el grupo familiar, todo lo cual constituye un material probatorio de primer orden, por regla general, en conjunción y con valoración del resto de la prueba practicada en las actuaciones, para decidir en sede judicial lo que mejor convenga al interés de los menores, de manera que no son válidas las generales apreciaciones que formula el recurrente en orden a deslegitimar o descalificar la actuación pericial, por otra parte, reclamada por los tribunales, de modo que si bien se acepta que un determinado informe pericial se haya emitido en un proceso penal en orden a definir responsabilidades penales, el contenido del mismo también sirve de referencia y ayuda a fin de aclarar la situación de crisis del grupo familiar en el apartado afectante a los hijos menores, y para adoptar las medidas que mejor convengan en este procedimiento civil a los mismos. ..."

1.2.3 LA SITUACIÓN DE RIESGO, SU EVALUACIÓN

Hemos desarrollado en el Capítulo II la valoración del riesgo en situaciones de violencia de género,²⁵⁵ por lo que tenemos claro y desde luego no es nuevo que “el derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, o de la mujer”.

La jurisprudencia del TS no es reciente en este sentido, lo expone así desde las STS de 30-4-1991, 19-10-1992, 22-5, y 21-7-1993, más recientemente y por todas, la STS nº 903/2005 de 21 de noviembre. La vida y desarrollo del menor debe desenvolverse en un entorno libre de violencia, de cualquier tipo de violencia, primando el interés superior del menor sobre cualquier otro.

La Guía del Observatorio de Violencia sobre la Mujer así lo expresa “... cuando se haya producido un episodio de violencia de género y el interés del menor no exija acordar la suspensión o la supresión de las visitas en favor del padre, el Juez/a deberá asegurarse de que el régimen de estancias y comunicación no supone un riesgo ni para los hijos/as ni para la madre, analizando en todo caso las circunstancias concretas del caso, pues como se indicó en el Seminario “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, celebrado los días 18 a 20 de octubre de 2010 en la sede de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, “no se considera necesario, ni se advierte como conveniente decretar la suspensión automática del régimen de visitas y/o la guarda y custodia establecida previamente respecto de los hijos menores cuando se produzcan situaciones de violencia de género y se adopten medidas o se impongan penas de prohibición de aproximación a la víctima”, pues “puede resultar conveniente el mantenimiento de una relación paterno-filial bien estructurada, debiendo, en todo caso, adaptarse a las circunstancias concretas para evitar el contacto directo entre agresor y víctima, y evitar supuestos de instrumentalización de los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la madre” (Conclusión 19ª). En todo caso la fijación de regímenes de visitas, estancia y de comunicación a favor del progenitor no custodio ha de preservar y garantizar la integridad física y psíquica del menor. Éste es su objetivo y finalidad inmediata, dirigida a intentar una normalización de las relaciones paterno-filiales con el propósito de alcanzar el desarrollo integral del

²⁵⁵ Vid. Capítulo II, punto 3.

menor, centrándose toda la dinámica de recuperación en el interés de éste. Puede en ese sentido citarse la Sentencia del Tribunal Supremo 598/2015 de 27 de octubre”.²⁵⁶

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas, como ya vimos, en su dictamen de fecha 16 de julio de 2014 sobre el caso Ángela González Carreño,²⁵⁷ establece entre sus recomendaciones generales al Estado español, que tome medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no pongan en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberá prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas a través del “Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica” instó al Estado español en su informe de fecha 2 de julio de 2015 sobre la situación de las mujeres en España para que, entre otras medidas, garantice que no se otorguen derechos de visita sin supervisión a los padres cuando pueda suponer un riesgo para los derechos, el bienestar y la seguridad de la víctima o de su hijos/as. En la evaluación de la existencia o no de un régimen de visitas, es evidente que la valoración de la existencia de un riesgo es un elemento esencial.

1.2.4. EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL.

Cuestión polémica donde las haya, por la negativa de una gran parte de la doctrina y jurisprudencia, en relación a su aceptación, y aún menos en violencia de género. En realidad lo que se pretende evitar, es hablar de la “manipulación parental” que se puede realizar por uno de los progenitores, respecto del hijo común, en contra del otro, que existe, es real y la vemos a menudo en nuestros procedimientos, con y sin violencia.

Hay múltiples conceptos, y se alude en muchas causas al síndrome de alienación parental, (*en adelante SAP*) se entre las múltiples definiciones se puede entender como “el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que se esperaría de su condición, logrando provocar el progenitor alienador mediante un mensaje y un programa constituyendo lo que normalmente se denomina “lavado de cerebro”, desarrollando los hijos que sufren este síndrome un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado”.

No vamos a entrar en la polémica sobre el SAP, las dudas científicas sobre su existencia, en sus causas, consecuencias, y soluciones, si se incluye como tal en la CIE-11²⁵⁸ aprobada el 25-05-2019, o no. Lo que sí podemos afirmar, sin lugar a

²⁵⁶ GUÍA PRÁCTICA DE LA LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ed. CGPJ, Madrid. Revisión y reedición, octubre 2016, p. 278 y 279. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es> (Última visita 05-04-2021).

²⁵⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf> (Última visita, 07-07-2021).

²⁵⁸ La CIE es un instrumento de la OMS, fundamental para identificar tendencias y estadísticas de salud en todo el mundo, proporciona un lenguaje común que permite a los profesionales de la salud compartir

dudas, es que en determinados casos existe manipulación de los progenitores en relación a sus hijos, dirigida a evitar el contacto con el otro, y a niveles tan importantes que causan graves y profundos problemas psicológicos a los hijos, y son tan importantes que las sentencias no pueden sino reflejarlos. Como muestra, podemos señalar entre otras sentencias las siguientes:

1.-Sentencia de la AP de Madrid, Sec. 22.ª, 254/2016, de 15 de marzo, Recurso 711/2015. (SP/SENT/855829) entiende adecuado el cambio de custodia en favor del padre, pues el informe psicosocial reveló que la madre vivía su afecto de forma excluyente, dificultando la madurez afectiva del hijo y el padre de forma sana."...Así, en dicho informe y tras analizar en profundidad la problemática derivada del antedicho cambio residencial, en su necesaria relación con las necesidades del hijo y aptitudes de uno y otro progenitor para cubrir las mismas, se destaca que la Sra. Sonia muestra dificultad para admitir que el niño pueda forjar otros vínculos y relaciones de afecto distintos de los suyos, por lo que no valora el daño afectivo que podría reportarle una ruptura con la figura paterna, concibiendo la relación afectiva con dicho descendiente, al igual que con su otra hija, de una forma cerrada y excluyente, lo que ha de dificultar el sano desarrollo afectivo y la madurez social de sus hijos.

2.- La STS de 11-04-2018, rec nº 2568/2017 (Roj: STS 1351/2018 - ECLI: ES: TS: 2018:1351). Esta sentencia confirma la sentencia de la AP de Córdoba, reproduciendo el fundamento jurídico tercero de ésta²⁵⁹, concluyendo que “, la Audiencia no justifica en momento alguno el cambio de guarda y custodia como respuesta a los posibles incumplimientos de la madre en relación con el régimen de visitas, sino que por el contrario se apoya en otras motivaciones ya expresadas. El interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad que, como en este caso ha considerado la

información sanitaria en todo el mundo. Es la norma mundial en materia de datos sobre salud, documentación clínica y el reporte de las estadísticas de salud. Cuya entrada en vigor se efectuará el 01-01-2022, establece un nuevo código QE.52 en el que por algunos se pretende incluir la alienación parental, que se niega tajantemente por otros, dado que lo que en realidad figura son los problemas en la relación entre el cuidador y el niño.

²⁵⁹ Fundamento jurídico 3º, «En conclusión, estamos ante un informe técnico, que pone de relieve, entre otros extremos, que la menor está severamente influenciada por la actitud de la progenitora que cuestiona y critica de forma absoluta a la figura paterna y que dicha situación "afecta a su desarrollo psicoevolutivo y puede tener serias secuelas en su vida posterior"; y como además resulta, que dicho parecer técnico es convergente con el resultado de la exploración de la menor y la insólita, incomprensible e injustificada finalidad que la menor atribuye al deseo del padre de obtener un cambio de régimen de guarda y custodia; la consecuencia, en convergencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, mal puede ser distinta a la confirmación de la resolución apelada, pues el transcurso a lo largo del tiempo del régimen de custodia a favor de la madre ha revelado (al margen del periodo de reiterada contumacia en obstaculizar el régimen de visitas establecido en favor del padre; ténganse presentes en este sentido las cinco sentencias condenatorias en juicio de faltas referidas de forma indiscutida por la sentencia apelada), la creación de factores convivenciales altamente negativos para la íntegra formación psicológica y afectiva de la menor que, a modo de sustanciales circunstancias sobrevenidas determinan que sea conforme a una consideración concreta y razonable del propio interés superior de la misma (y cuando en este caso concreto aludimos al mismo mal podemos dejar de tener en cuenta los criterios generales y de ponderación establecidos en los apartados 2 y 3 del vigente art. 2 de LO. de Protección Jurídica del Menor, y muy significativamente de la concurrencia de que su vida y desarrollo tenga un entorno familiar adecuado y el irreversible efecto del transcurso del tiempo en dicho desarrollo) el cambio de régimen de custodia adoptado en la resolución apelada, máxime cuando se hace no de forma brusca, sino estableciendo un amplio período de adaptación convergente con la duración del curso escolar».

Audiencia, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro. En este sentido el Ministerio Fiscal pone de manifiesto que «en virtud de los extensos análisis de las pruebas practicadas, llevados a cabo en ambas instancias, no puede colegirse sino que el interés superior de la menor ha sido analizado de manera precisa, exhaustiva y acertada, tomando la decisión de transferir la guarda y custodia de la menor de la madre al padre, con el fin de evitarle perjuicios que serían irreparables dada la mala influencia que sobre la menor ejerce la madre y que se puede revertir, estando al cuidado del padre. Es decir, en la decisión de tomar la medida de la guarda y custodia favor del padre, se ha tenido en cuenta y aplicado la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo».

3.- Sentencia de la AP Córdoba, Sec. 1.^a, de fecha 25-7-2019, que indicaba: “No se ha articulado la oposición conforme al art.556.1 LEC, pero debe tenerse presente que en familia debe aplicarse mucha flexibilidad, pues la materia no encaja con la duración y complejidad de la ejecución; aun sí, debe lograrse ejecutar \ Confirma la Sala la sentencia que ha estimado la ejecución y requerido a la madre custodia para que cumpla con el régimen de visitas, en interés de la menor \ No cabe escudarse en que el padre había enviado a otra persona a recoger a la menor ni en que estuviera enferma o tenga reticencias a ir con el padre, que no deben alentarse sin justificación grave, dada la subjetividad de los menores \ Además, para el despacho de ejecución no es necesario que la parte ejecutante acredite el incumplimiento que alega, sino que basta con cumplir los requisitos de orden formal \ Al haber opuesto la alegada el cumplimiento, es a ella a quien le corresponde acreditarlo”.

4.- La AP Valencia, Sec. 10.^a, en sentencia de fecha 25-9-2019, señaló: “ No es nula la ejecución que accede a ampliar las visitas al no ser necesario su planteamiento a través de modificación de medidas pues la sentencia ejecutada ya preveía régimen progresivo si existía informe favorable del PEF que obra en autos \ No se vulnera el interés superior de la menor al ampliarse las visitas paternas a sábados sin pernocta pues restablecer la relación normalizada con el padre supone mayor beneficio que acudir a sus clases de ruso que pueden realizarse en otro horario”.

5.- La AP Barcelona, Sec. 12.^a, dicta sentencia el 10-1-2020, en la que señala: “No se puede dejar a la opción de los hijos menores cumplir el régimen de visitas judicialmente fijado y la ejecución no es el cauce para la resolución de las incidencias en fase de ejecución de sentencia por la negativa a las relaciones \ El hijo ha sido víctima de una gestión deficiente de la ruptura de sus padres, su inicial rechazo a los 11 años debió ser tratado con la ayuda de un educador o psicólogo y la acción conjunta de ambos progenitores \ Las acciones penales ejercitadas, con condena a la madre, y los requerimientos civiles han sido infructuosos, hasta deformar el sentido de la realidad en la mente del hijo, que presenta una fobia irracional al padre, como se vio en su exploración \ Para garantizar el derecho de los hijos a relacionarse con los progenitores, los tribunales deben actuar de oficio, pudiendo adecuarse al cauce más efectivo, que puede ser la jurisdicción voluntaria o intentar un proceso previo de mediación”.

La LO 8/2021, de 4 de junio, establece en el punto 3 del artículo 11, la prohibición del SAP, o de cualquier otro que se entienda como tal por los poderes públicos, “Los poderes públicos tomarán 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”. Resulta difícil prohibir la realidad, los que trabajamos en el día a día vemos casos terribles de esa manipulación, que también existe en violencia de género, negarla supone tanto como entender que el hecho de encontrarnos en sede de violencia de género, supone que estos casos no puedan darse, puesto que el inicio de un tipo de procedimiento como estos no implica que se desvirtúe la presunción de inocencia que ampara al investigado, olvidando que además de la denuncia y el procedimiento, este concluye también con sentencias absolutorias y sobreseimientos de las causas.

1.3.-EL PAPEL DE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR EN VIOLENCIA DE GÉNERO. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD

“Los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) se encuentran en funcionamiento desde la década de los 80. Francia es uno de los países que presenta con un mayor desarrollo de estos servicios, puesto que ya cuenta con puntos de encuentro en todos sus distritos. En este sentido se puede distinguir entre aquellos que centran su intervención en la seguridad de los/las niños/as (PEF de Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) y aquellos que centran su interés en favorecer la relación entre progenitor no custodio e hijo/a (PEF de Francia, Suiza, Bélgica y Québec) (Sacristán, 1999).”²⁶⁰

En España, el primer punto de encuentro familiar nace en 1994 en la ciudad de Valladolid, a instancias de la asociación APROME, (asociación sin ánimo de lucro, para la protección del menor en los procesos de separación de sus progenitores), en respuesta a la necesidad de encontrar un lugar, en el que se hicieran las entregas y recogidas de los menores, en unas condiciones idóneas, puesto que hasta entonces, para evitar problemas, se buscaban sitios públicos, como parques, comisarías, comandancias de la guardia civil, e incluso se han llegado a realizar en iglesias, con la colaboración del párroco de las mismas. Se necesitaba un entorno pacífico en el que los niños no sufrieran la presión, la disputa, la falta de una mínima comunicación de sus padres, y en ese momento no había ninguno. Su creación es anterior a la LIVG.

En principio el PEF, nace para realizar el intercambio de los menores en presencia de unas terceras personas neutrales que garantizaran el mismo. Al ver que este recurso funcionaba, se fue ampliando cada vez más su demanda, y también sus funciones, siendo actualmente un recurso fundamental, en el ejercicio del derecho de visitas.

1.3.1.- CONCEPTO Y OBJETIVOS DESDE UN PUNTO DE VISTA GENERAL.

Hablamos de PEF, pero realmente, ¿Qué son, y cuál es su marco legal?, ¿De quién dependen? Es un recurso valioso, pero ¿Público?, ¿Privado? Intentaremos contestar estas preguntas. Su cobertura legal se desprende de todos los instrumentos internacionales que ya hemos venido exponiendo a lo largo de nuestro estudio, debiendo añadir, la Carta Europea sobre los puntos de encuentro para el mantenimiento de las relaciones entre los hijos y los padres, aprobada en enero de 2004, en Ginebra. ¿A nivel estatal, hay una regulación propia? La respuesta es negativa, carecemos de una regulación estatal, siendo las CA, como en el resto de

²⁶⁰ ROMERO GONZÁLEZ, R., “Algunos problemas en torno a la guarda y custodia de los menores...”, año 2009, p. 2. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/Algunos-problemas-en-torno-a-la-guarda-y-custodia-de-los-menores---el-punto-de-encuentro-familiar>. (Última visita 26-05-2021).

materias de familia, quienes avanzan en la misma. Sería muy importante tener una regulación, aunque fuera de mínimos, a nivel nacional.

Pueden ser tanto de titularidad pública, como privada, estos últimos como centros privados pueden decidir su propio funcionamiento, pero los que dependen de las CA, entidades locales, o ayuntamientos, tienen un determinado funcionamiento, unos principios de actuación y una composición que deben respetar, ya que a pesar de ser un recurso administrativo, es un recurso muy especial por sus características.

Desde su nacimiento, han sido las CA las que se han encargado de su desarrollo y gestión. Las normas sobre puntos de encuentro se han venido realizando a través de Decretos, en las diferentes CA, siendo la primera ley en esta materia la dictada por la Comunidad de Madrid, en la Ley 3/19 de 06 de marzo, Reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar en la Comunidad de Madrid.

A nivel autonómico, podemos señalar: en Asturias, Decreto 93/05, de 2 de septiembre, en La Rioja, Decreto 2/2007, de 26 de enero, en el País Vasco, Decreto 124/2008, de 1 de julio, en Castilla La Mancha, Decreto 7/2009, de 27 de enero de 2009, en la Comunidad de Valencia, la ley 13/2008, de 8 de octubre, en Castilla y León, Decreto 11/2010, de 4 de marzo, en Baleares, Decreto 57/2011, de 20 de mayo, en Cataluña, Decreto de 357/2011, de 21 de junio, en Aragón, Decreto 35/2013, de 6 marzo, en Melilla, Decreto de 30 de marzo de 2012, en Ceuta, el Reglamento regulador de los PEF de 8 de noviembre de 2013, en Andalucía, Decreto 79/2014, de 25 de marzo, en Galicia, Decreto 96/2014, de 3 de julio. No existiendo regulación específica en Canarias, Cantabria, Murcia, y Navarra, aunque sí tienen el servicio de PEF.

Todas estas normas, tienen un punto en común: la importancia y contenido de los PEF. Ha existido una importante evolución del concepto y las funciones de estos, desde una de las primeras definiciones en el año 2008, en la que Vicente Magro Servet, señalaba: “ Los puntos de encuentro son locales atendidos por una institución oficial, o por una asociación privada con apoyo público, en los que se puedan llevar a cabo alguna actividad relacionada con el ejercicio del régimen de visitas en ejecución de lo dispuesto por una resolución judicial dictada en un proceso matrimonial”,²⁶¹ al concepto actual, que lo caracteriza como un espacio multidisciplinar hay una importante evolución.

“Los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) son servicios destinados a favorecer el derecho de los/las menores a relacionarse con sus progenitores. Son lugares físicos idóneos, neutrales y seguros para facilitar el régimen visitas de los/las menores con sus familias”.²⁶²

²⁶¹ MAGRO SERVET, V., “El régimen de visitas en el Derecho de Familia y su relación con la violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/3686, Ed. Jurídica Sepín, mayo de 2008. Disponible en: [https:// www.sepin.es/violencia-domestica/](https://www.sepin.es/violencia-domestica/) (Última visita, 26-05-201).

²⁶² Portal Web del Ayuntamiento de Madrid. Disponible en: <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Infancia-y-familia/Puntos-de-Encuentro-Familiar-PEF> y en <https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/InfanciayFamilia/EntidadesyOrganismos/Puntos%20Encuentro%20Familiar/ficheros/FolletoPEF%20Octubre2018.pdf> (Última visita, 26-05-2021).

Es en la Ley 3/19 de 06 de marzo, Reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar en la Comunidad de Madrid, donde encontramos un último concepto de PEF, en su artículo 2 indica: “Se denomina Punto de Encuentro Familiar al servicio social especializado en el que se presta atención profesional orientada a garantizar y facilitar, con carácter temporal que los hijos e hijas menores puedan mantener relaciones con su padre, madre, familia de ambos, persona que tenga atribuida la tutela o la guarda en la situaciones que resulten de los procesos de familia y otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso o hasta que lo determine la autoridad judicial. A este servicio social y especializado se accederá por resolución judicial o administrativa. El Punto facilitará el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores y otros parientes o allegados mencionados en el artículo 14 de esta Ley, velando por su seguridad en dichas relaciones, mediante una intervención temporal de carácter psicológico, educativo y jurídico por parte de profesionales debidamente capacitados y formados, al objeto de normalizar y dotar a los usuarios de la autonomía suficiente para relacionarse fuera de este servicio. Reglamentariamente se establecerán los requisitos específicos, normas y condiciones mínimas de los Puntos de Encuentro”.

El PEF, es un recurso social, gratuito, temporal, extrajudicial, y especializado formado por profesionales, (psicólogos, trabajadores y educadores sociales, y licenciados en derecho), al que se accede por derivación, vía de una resolución judicial o administrativa, cuyo objetivo principal es facilitar el derecho de los menores a relacionarse con sus padres y su familia más directa, cuando se dan situaciones de alta conflictividad familiar, en la que la relación con los menores por alguno de los padres, o familiares directos se ha roto, o es muy difícil de desarrollar, siendo un espacio neutral, cuya información es tratada con carácter confidencial, y desarrolla su actuación con criterios objetivos, en los que prima siempre el interés superior del menor, velando por la seguridad de todos los usuarios del servicio, tanto del menor como su familia. Este concepto, en principio condensaría las distintas definiciones y concepciones, que se encuentran en nuestra legislación a nivel autonómico y local.

El PEF, nació en principio únicamente como respuesta a una necesidad social acuciante, para ayudar a resolver los problemas en las entregas y recogidas de los menores, y rápidamente se extendió ante su buen funcionamiento y resultados, y como tal no sólo es plenamente válido para las situaciones que tienen un elemento de violencia de género, sino en muchas ocasiones su utilización es fundamental.

Sobre la cuestión de su dependencia, y carácter, público o privado, señalar que no tienen un contenido únicamente institucional, y pueden tener titularidad pública, o privada, aunque estos últimos son los menos, nos referiremos únicamente a los recursos públicos. Pueden ser gestionados directamente, o a través de entidades sin ánimo de lucro, y por lo tanto, no hay un sistema común de funcionamiento, composición, o funciones, encontrando una definición diferente aunque con evidentes rasgos comunes, en cada uno de los Decretos de cada CA.

En relación a los objetivos de los PEF, siguiendo el “Documento Marco de Mínimos para asegurar la calidad de los puntos de encuentro familiar”, elaborado por acuerdo de Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y

Familias, de fecha 13-11-2008,²⁶³ plenamente vigente hoy, podemos dividir estos en objetivos generales y específicos.

1- Objetivos generales: -Favorecer el cumplimiento del derecho fundamental del menor a mantener la relación con ambos progenitores y/o familiares después de la separación, estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional. -Prevenir las situaciones de violencia en los regímenes de visitas conflictivos. -Orientar y apoyar a los padres, madres y familiares para que consigan la autonomía necesaria en el ejercicio de la coparentalidad sin depender del Servicio, prestando los servicios asistenciales adecuados para este objetivo.

2.- Objetivos específicos: -Velar para que el cumplimiento del régimen de visitas no suponga una amenaza para la seguridad menor, del progenitor o del familiar vulnerable. -Favorecer el encuentro entre el menor y el progenitor no custodio y con la familia extensa de éste. -Permitir a los menores expresar sus sentimientos y necesidades en un espacio neutral frente a las indicaciones paternas, maternas o de familiares.-Facilitar orientación profesional para mejorar las relaciones paterno/materno-filiales y las habilidades de crianza parentales, así como la derivación a otros servicios asistenciales que favorezcan este objetivo. -Fomentar y mejorar la capacidad de los progenitores u otros familiares en la resolución consensuada de los conflictos relativos a los menores, tanto presentes como futuros. - Disponer de información fidedigna sobre las actitudes y aptitudes parentales que pueda ser de utilidad a las entidades derivantes y siempre con el fin de defender en mejor medida los derechos del menor.

Las características de los PEF. Hay una serie de características generales.

1. En relación al acceso a la prestación del servicio. Éste es un servicio social y gratuito, pero de acceso restringido, es necesaria una derivación por una resolución judicial, o administrativa.

El acceso se realiza en una situación de igualdad para todos los usuarios, para situaciones, que efectivamente presenten unas características especiales de gravedad, y especialidad que lo determinen. Si bien, hay opiniones que solicitan una mayor especialización, al establecer los PEF, ésta puede entrañar riesgos: "...se oyen voces que plantean la conveniencia de la diferenciación de este tipo de recursos atendiendo al orden del órgano judicial, de modo que las derivaciones del orden penal (incluso violencia sobre la mujer) sean atendidos por Puntos de Encuentro especializados y al margen de aquellos que prestan su atención a las derivaciones efectuadas en el seno de los puros procedimientos civiles. Las críticas a esta posibilidad tampoco requiere de demasiada argumentación aunque, ciertamente, acogiendo aspectos organizativos y de medios (consecuencias de los protocolos de estos centros en materia de violencia) su formulación teórica pudiese resultar entendible. No debemos perder de vista, en ningún caso, que el Derecho de igualdad y la uniformidad en la respuesta debería impedir tales diferenciaciones. Antecedentes de diferenciaciones nos las ofrece la historia en los modelos educativos y sanitarios y, desde luego, parece un

²⁶³ Disponible en: <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/minimpef.pdf>(Última visita, 20-05-2021).

contrasentido que, en el ámbito que ahora tratamos, debiese o pudiese reproducirse”.²⁶⁴

2.-No debe establecerse una enumeración cerrada de los supuestos de derivación, si bien puede hablarse de dos grandes campos de actuación: régimen de visitas y comunicaciones con los progenitores o la familia extensa, y la aplicación de una medida judicial o administrativa; no se pueden fijar supuestos de derivación estrictos. Se desarrolla en un ambiente de seguridad, donde se toman las medidas de protección necesarias.

3.-Priman los principios de imparcialidad, neutralidad, y confidencialidad, ya que hay una ausencia total de cualquier tipo de vinculación que no sea el interés del menor, que debe primar, con un especial cuidado en el tratamiento de los datos, atendiendo al principio de confidencialidad.

4.-Siendo una intervención temporal, no hay un plazo determinado, pero no está previsto como un sistema de tratamiento a largo plazo sino como una intervención puntual.

5.-Se ofrece mediante profesionales especializados, al menos debería contar con un psicólogo, un trabajador social, un educador social y un licenciado en derecho²⁶⁵. No se puede fijar unos supuestos de derivación estrictos.

6.-Por último, del desarrollo de su intervención, evolución y resultados, se da cuenta al juzgado o administración correspondiente mediante informes, con proposición de medidas, valoración de circunstancias etc, estos informes tienen una gran importancia, pero no se equiparan a informes periciales.

1.3.2 EL PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

Desde el punto de vista más especializado en la violencia de género, las funciones prioritarias de estos PEF según las recomendaciones de la Guía del Observatorio de Violencia de género, serían:²⁶⁶

1. Permitir las entregas y recogidas de los menores por el progenitor no custodio cuando éste tenga prohibido acercarse al domicilio de la madre o comunicar con ésta, como cuando existe una medida o pena de alejamiento.
2. Constatar que el progenitor no custodio, se encuentra en condiciones de tener consigo a los menores en las visitas programadas fuera del centro, o si estos manifiestan algún rechazo hacia el mismo al tiempo de realizar la entrega o de la

²⁶⁴ ORTOLÁ DINNBIER, J.G., “Los Puntos de Encuentro Familiar como recurso de protección de menores” 2 de abril de 2015, en la Web, Instituto de Derecho Iberoamericano, p. 8. Disponible en: <https://www.idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/los-puntos-de-encuentro-familiar-como-recurso-de-proteccion-de-menores/> (Última visita, 09-07-2021).

²⁶⁵ El TSJ de Castilla y León, modificó el artículo 5, del Decreto 11/2010, de 4 de marzo, al estimar en el año 2012, un recurso contencioso-administrativo (en resolución de 28-03-2012), que establecía la necesidad en cuanto a la composición del equipo técnico de los PEF, de contar al menos con: una persona titulada en psicología, otra en trabajo social, también una licenciada en derecho y otra en educación social.

²⁶⁶ GUÍA PRÁCTICA DE LA LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ed. CGPJ, Madrid. Revisión y reedición, octubre 2016, p. 280 y 281. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es> (Última visita, 26-05-201).

devolución, por existir problemas de adicción al alcohol o a las drogas por parte del progenitor no custodio o por sufrir éste alguna patología mental.

3. Posibilitar que se realice la visita entre los/las menores y el progenitor no custodio, con la intervención, en su caso de los profesionales del mismo para garantizar la finalidad de la resolución judicial y al propio tiempo la seguridad del niño/a.

4. Restablecer la relación paterno-filial en aquellos casos de ruptura más o menos prolongada en el tiempo pues la imposición de una prohibición de aproximación y de comunicación o de una pena de alejamiento de la/s víctima/s y familiares que, en su caso, se determinen, en delitos de violencia doméstica así como la suspensión del régimen de visitas con los hijos e hijas, en los casos previstos por los artículos 57.2 y 48.2 del CP puede dar lugar a que se interrumpa el contacto entre los menores y el padre durante periodos prolongados de tiempo debilitándose o incluso desapareciendo los lazos afectivos, por lo que cesada la medida cautelar o cumplida la pena, y, para el caso de que la resolución judicial fije visitas en favor del padre, es preciso que la reanudación de la relación paterno-filial se realice de forma controlada, bajo la tutela y control de profesionales que den soporte a los menores y a los progenitores, con pautas de intervención que, de forma progresiva, intenten la normalización de esas relaciones asegurando su interés y su indemnidad tanto física como psicológica.

5. Dotar al progenitor no custodio de habilidades parentales con el fin de normalizar la relación con sus hijos/as.

6. Permitir el uso de un espacio material, bajo el control y la tutela del personal técnico, facilitándose el encuentro entre los menores y los progenitores en condiciones de seguridad y para prevenir situaciones de violencia.

7. Realizar entrevistas a los familiares implicados en el régimen de visitas, pudiendo comprender a la familia extensa cuando así lo reconozca la resolución judicial.

8. Permitir el seguimiento del expediente y emisión de informes periódicos por los profesionales del Punto de Encuentro al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que haya acordado la intervención, recogiendo todas las incidencias en el cumplimiento de la resolución judicial, la evolución de las mismas y, en su caso las propuestas futuras de cumplimiento con el fin de progresar en las visitas hasta alcanzar un régimen ordinario, una vez restablecida y normalizada la relación paterno-filial, si así lo establece la resolución judicial.

9. Realizar una intervención psicológica y educativa con los menores y con los progenitores para posibilitar esa evolución positiva.

En cuanto a la *naturaleza jurídica de estos informes*, obviamente, carecen de naturaleza pericial y deberán ir firmados por sus autores de manera que éstos resulten identificables, a los efectos de poder interesar su ratificación o ampliación en sede judicial, bien a instancia de cualquiera de las partes, bien de oficio por el propio Juzgado, debiendo ser remitidos con la periodicidad que se fije por éste, sin perjuicio de la comunicación al Juez/a por los profesionales del punto de encuentro de cualquier incidencia reseñable en las visitas, como cuando uno de los progenitores no comparece en el Punto de Encuentro a entregar o recoger a los menores, o cuando éstos se niegan a realizar las visitas con el progenitor no custodio. Por todo ello, resulta esencial, la formación en igualdad y perspectiva de género de todos los profesionales de estos puntos de encuentro, siendo aconsejable que entre los mismos haya trabajadores sociales, juristas y psicólogos.

Por lo que respecta a los niveles de intervención en los Puntos de Encuentro, podrían establecerse fundamentalmente en tres:

1. Supervisión de las entregas y recogidas de los menores. La actuación se limitaría a las entregas y recogidas de los menores en el punto de encuentro cuando se haya dictado una medida de alejamiento u orden de protección, siempre que no exista un medio menos gravoso para los menores, pues como dice la Sentencia 89/2016 de 11 de febrero de la Sección 6ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, "...sin que la mera existencia de una orden de alejamiento sea suficientes para que necesariamente las entregas y recogidas se tengan que realizar a través del PEF, máxime vistas las razones concurrentes antes expuestas y cuando existen otros medios para ello, que no resultan tan gravosos ni perturbadores para el menor y que permiten al padre a través de familiares recoger a sus hijos dando cumplimiento, como no puede ser de otra forma, a la orden de alejamiento arbitrándose otras medidas como las adoptadas inicialmente en el caso que nos ocupa, tras la orden de alejamiento y así ha venido haciéndose con anterioridad a la sentencia, y con garantías absolutas de pleno cumplimiento de la orden dictada, mediante la colaboración de familiares que pueden recoger al menor y llevarlo, familiares que han venido colaborando sin que existan elementos que indiquen que no quieran continuar haciéndolo..."

2. Intervención activa. Las situaciones de violencia que han podido vivir los menores exigirán, en determinados casos, y siempre que las visitas se hayan fijado judicialmente, que aquellos se encuentren apoyados por la actuación de una persona ajena al conflicto familiar. La función principal es intentar restablecer la normalidad entre los progenitores y los menores, intentando que el clima creado sea lo más acogedor posible para los pequeños.

3. Visitas tuteladas. Serían los supuestos donde la actuación y el protagonismo de los profesionales serían más necesarios. Estas tomas de contacto se deberán realizar en el propio espacio del punto de encuentro con apoyo y seguimiento de profesionales.

A tal fin, resulta conveniente que por el órgano judicial se cumplimente una ficha de derivación que especifique los datos identificativos de los usuarios del servicio (progenitores) y de los menores, así como la modalidad de la intervención, su duración y la periodicidad de las visitas. No obstante, en relación con esta última cuestión, debe dejarse un cierto margen en la resolución judicial para que los horarios se ajusten a las disponibilidades horarias de los Puntos de Encuentro, debiendo comunicar esta circunstancia a las partes afectadas al tiempo de hacer la derivación. En este sentido, la Sentencia de la Sección 12 de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona 544/2014, de 9 de septiembre señala que: "La sentencia apelada en el punto tercero del fallo establece de forma somera que fija la atribución de un régimen de visitas a determinar por los profesionales del Punt de Trobada. Esta referencia a una futura determinación del régimen por los profesionales del Punt de Trobada resulta desafortunada por indeterminada e incorrecta porque la medida, en cuanto a su concreto contenido y frecuencia debe ser fijada por el órgano judicial, previo informe del equipo técnico psicosocial correspondiente y sin perjuicio de que la periodicidad que el juzgado señale sea posteriormente adaptada a las necesidades del servicio. Lo expuesto obliga a integrar la sentencia en este extremo de fijar un régimen de visitas paternofamiliar en el Punt de Trobada y bajo supervisión técnica con una periodicidad semanal, siendo los profesionales los que deberán fijar día y hora, así como la duración de la visita atendidas las necesidades del menor y las posibilidades del servicio" Entendemos que es también esencial, que la ficha de derivación vaya acompañada de testimonio de la orden de protección o de la Sentencia condenatoria, en su caso, así como que se lleven a cabo protocolos de seguridad en los puntos de

encuentro para asegurar, en todo caso, la indemnidad de la mujer y sus hijos, implicando activamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mediante la necesarias coordinación. Es igualmente aconsejable que se acompañe a la ficha de derivación el informe emitido por el Gabinete Psicosocial, con el fin de facilitar a los profesionales del punto de encuentro el cumplimiento de los fines señalados por la resolución judicial. Los profesionales del Punto de Encuentro deberán notificar al órgano judicial el inicio de las visitas en el mismo, así como cualquier incidencia que surja, proponiendo en su caso la externalización de las mismas, o la progresión conforme a las determinaciones de la Sentencia. Finalmente, de las diversas normas aprobadas a nivel autonómico, podemos señalar que los principios que han de regir la actuación de los puntos de encuentro son los de interés del menor, neutralidad, confidencialidad, subsidiariedad, temporalidad y especialización”.²⁶⁷

El problema fundamental de los PEF es su escasez, falta de personal y medios, serían necesarios muchos más, existiendo en la actualidad enormes listas de espera, asignación a familias de PEF que se encuentran a más de 50 km de distancia de su domicilio, falta de contratación de personal...este recurso sufrió un gran recorte en la anterior crisis económica en el año 2012, de la que aún no se han recuperado, y la situación no parece mejorar.

1.3.3 EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD.

Hasta hace muy poco, hablar de CoPa era algo muy extraño, debo decir que ahora también, salvo en juzgados especializados en familia. Es una figura que tiene un amplio desarrollo en otros países. Comenzó en los años 90 en Estados Unidos y Canadá, y se ha implantado ya con éxito en Australia, su fin era acompañar al menor en su tránsito por el procedimiento judicial. Surge como una nueva forma de intervención en las rupturas caracterizadas por una gran tensión, y conflictividad de difícil solución.

No es la única figura que surge para ayudar en este tipo de procedimientos de familia muy complejos, cada país lo adapta a sus circunstancias, de acuerdo con sus especiales características sociales, culturales y jurídicas.

Han adaptado esta idea, “En Argentina, por ejemplo, la mediación es obligatoria en divorcios que no son de común acuerdo. Si la mediación fracasa o no logra resolver todos los conflictos, el asunto se pasa al Juzgado de familia. Si el juez observa que se trata de un caso de alto nivel de conflicto, sugiere a los abogados y a las partes que asistan a mediación terapéutica (Zanuso y Bikel, 2005), que con otra denominación viene a asumir la propuesta de la coordinación parental. En Europa, países como Italia están incorporando la figura del «Coordinatore Genitoriale» (CG² como instrumento de apoyo en los casos de divorcios conflictivos, destacando que los Tribunales de Milán, Brescia, Pavía o Civitavecchia (entre otros), ya han optado por la aplicación de esta iniciativa. En Alemania existe la figura del «Umgangspfleger»³, profesional cuya misión consiste en velar por los intereses del menor, hacer cumplir el régimen de visitas, orientar a los progenitores en el cumplimiento de medidas provisionales, definitivas y demás acuerdos, así como promover el consenso entre los progenitores para establecer acuerdos en beneficio de los menores. Se trata de una supervisión a largo plazo que puede durar años. Se utiliza a menudo para restablecer

²⁶⁷ GUÍA PRÁCTICA DE LA LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ed. CGPJ, Madrid. Revisión y reedición, octubre 2016, p. 282 a 284. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es> (Última visita, 08-12-2020).

el vínculo del menor con el progenitor afectado antes que se rompa de manera definitiva. En el Reino Unido, existe el Servicio de Asesoramiento y Soporte para Menores y Familias, Cafcass (Aguilar, 2017), entidad creada en 2001, con arreglo a las disposiciones de la Ley de servicios penales y justicia penal que reunían los servicios prestados anteriormente por el Servicio de Asistencia Social del Tribunal de Familia, el servicio de guardian ad litem y la División de Infancia del Ministerio Público, y son los encargados de representar a los menores en los tribunales de familia en ese país. Dentro de este servicio trabajan profesionales que intervienen en aquellos casos en que se ha producido un abuso, o casos judiciales de larga duración y conflictividad entre progenitores que suelen crear hostilidad en los menores; también en los casos donde se produce una negación o resistencia del menor para pasar tiempo con uno de los progenitores o cuando existen factores de crianza nociva (consumo de sustancias, etc.).²⁶⁸ En Holanda, está la figura del “Guardian ad Litem”, que desde una concepción diferente de la que fue concebido en Estados Unidos, se adapta a las circunstancias de ese país, en el ámbito familiar, con una intervención y concepto diferente al también al CoPa como se está introduciendo en España.²⁶⁹

Su desarrollo en nuestro país, como no podía ser de otra forma es anárquico, sin una definición, contenido, ni regulación jurídica. Se ha introducido “por la vía de hecho”, en diferentes procedimientos judiciales a través también de diferentes resoluciones, autos, providencias, en ejecución de sentencia...sin determinar su concepto, que es, que condiciones profesionales debe tener el coordinador, si hay que abonar su servicio o no, en su caso quién lo paga, como se nombra, a petición de quién, si hay

²⁶⁸ TERRATS RUIZ, G. y CARMONA i ALGUERÓ A., “Características del rol del coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones”, en *Revista de Mediación, ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, Ed. imotiva, año 2019, p. 1, 5 y 12. Disponible en: <https://www.revistademediacion.com> (Última visita, 8-12-2020).

²⁶⁹ VAN WESEMAEL L., “Guardian ad Litem” El puente entre el menor, el juez y los progenitores la experiencia en Holanda”. *Boletín nº 7 / 2019, Comisión de violencia de género*. Prevención de la violencia de género en las crisis de pareja. Coordinador/a de parentalidad, p. 8. Disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es> Vistas las dos figuras, son diferentes. “Guardian ad Litem Objeto de atención: el menor. Momento de la derivación: antes de la sentencia definitiva del Juzgado. Naturaleza de los temas a tratar: derivados de la asignación del Juzgado. Enfoque: investigación y resolución con respeto a la voz del menor y los intereses del menor. Participación de las partes: obligatoria. Posición: parcial: los intereses del menor. Función: pide a los progenitores que tomen en cuenta la voz del menor, sus sentimientos, sus deseos, sus intereses y propone una solución.-No supervisa el cumplimiento de la resolución judicial. -Representa al menor durante el proceso/los procesos jurídicos. Normalmente no realiza seguimiento a largo plazo. Coordinador parental Objeto de atención: los progenitores. Momento de la derivación: después de la sentencia. Naturaleza de los temas a tratar: Plan parental. Enfoque: investigación y resolución con respeto a la voz y opinión de cada uno. Participación de las partes: voluntaria u obligatoria por mandato judicial. Posición: imparcial, velando por los intereses del menor. Función: Facilita la negociación y supervisa el cumplimiento de la resolución judicial. Realiza seguimiento largo plazo: sí. sí puede observarse importantes diferencias entre las dos figuras, tanto en el enfoque, como en las personas sobre quienes recae la intervención, en la naturaleza esta y en definitiva en la propia función que desempeña cada una. Responden así a necesidades diferentes que pueden presentarse dentro del procedimiento judicial, que harán o no precisa su intervención en cada caso concreto”, (p.4). (Última visita, 8-12-2020).

confidencialidad o no, como se lleva a cabo su intervención, como finaliza esta... no hay nada establecido sobre su funcionamiento, procedimiento, y garantías, todos los interrogantes están sin responder.

Se inició como una experiencia piloto, y así se ha quedado. Cada juzgado que decide utilizar esta figura, hace su personal interpretación, lo cual supone por una parte, una gran inseguridad jurídica y por otra su desvalor como un nuevo mecanismo a utilizar, por cuanto no se determina, ni cuando, ni como, ni su función. Su introducción se produjo a nivel autonómico, sobre todo en Cataluña y Baleares, a partir del año 2015, a través de diferentes resoluciones judiciales del TSJ de Cataluña, sentencia nº 11/2015, de 26 de febrero, auto de fecha 17-05-2015 sección nº 12 de la AP Baleares, (Rollo nº 33/2015). En Aragón, Navarra, y País Vasco, sus legislaciones hablan de corresponsabilidad parental, pero sin ningún encaje legal propio, como tal figura de CoPa hasta la actualidad.

Sobre su concepto hay diferentes interpretaciones, con un denominador común: se dirige a un grupo determinado de familias, “las de especial complejidad, con hijos menores”. Casos de familias con problemas fuertemente enquistados, de larga duración, con asistencia de un número ingente de todo tipo de profesionales, médicos, psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, cuyos abogados también se encuentran sobrepasados por el procedimiento, y por el conflicto al que no ven solución. Las resoluciones judiciales no resuelven el litigio, y por el contrario aumentan el conflicto, creándose una espiral de recursos, resoluciones, pedimentos, impugnaciones, con un claro gran perdedor: sus hijos.

Según Pascual Ortuño, uno de sus principales valedores, y experto en la materia, “Básicamente es la intervención en familias de alta conflictividad de una persona especializada profesionalmente en psicología evolutiva de la familia, en educación o trabajo social, además del conocimiento básico de la normativa legal y procesal en materia de familia y violencia de género y doméstica, que tiene acreditadas las habilidades como mediador en entornos judiciales complejos, así como experiencias en casos conflictivos. La Coordinación de Parentalidad está indicada en todos los casos en los que, existiendo hijos menores, la negociación entre las partes, o por medio de los letrados, se ha mostrado ineficaz, cuando tampoco sea posible la mediación por la dificultad de establecer mecanismos colaborativos, o exista un rechazo contumaz a mantener cualquier tipo de relación establecida por resolución judicial, o haya fracasado la intermediación de los puntos de encuentro. También en los casos en los que esté interviniendo la Entidad Pública de protección de menores y resulte conveniente garantizar los contactos entre los hijos y sus progenitores, o en traslados de residencia a otros países o poblaciones geográficamente distantes que hacen imposible un tratamiento psicológico conjunto”.²⁷⁰

Carlos Abril Pérez del Campo, ve la coordinación parental “...como un proceso alternativo de resolución de conflictos que tiene como finalidad ayudar a las familias inmersas en situaciones de alto conflicto y litigiosidad a implementar los planes de parentalidad derivados de una resolución judicial, supervisar su cumplimiento,

270 ORTUÑO MUÑOZ, P., “La alta conflictividad en las relaciones paterno materno-filiales en la ejecución de los procesos de familia”, en el *Boletín nº 7 / 2019, Comisión de violencia de género. Prevención de la violencia de género en las crisis de pareja. Coordinador/a de parentalidad*, p. 8. Disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es> (Última visita, 8-12-2020).

resolver oportunamente los desacuerdos relacionados con los hijos/as, protegiendo y preservando aquellas relaciones paterno-filiales que sean sólidas, sanas y seguras”.²⁷¹

El Ministerio de Justicia en el año 2018, cuando propuso a las CA con competencia en materia de justicia, poner en marcha un programa piloto de coordinación parental, para proteger al menor en situaciones de conflicto, cuando se rompe la relación entre sus progenitores, lo definió “como un mediador amigable para situaciones enquistadas que puedan perjudicar el interés superior del niño”. Y así podríamos seguir viendo múltiples y diferentes definiciones, cada una según sus propios criterios o perspectivas.

1.3.3.1 FUNCIONAMIENTO

De su funcionamiento, nada se sabe. Tras la propuesta que acabamos de referir realizada el 03-10-2018 por el Ministerio de Justicia a las CA con competencia en materia de justicia, sobre la puesta en marcha de un programa piloto de CoPa, nada que se ha hecho en tal sentido, salvo la proliferación de cursos de formación, cursos de expertos universitarios en CoPa, presencial, on line, creación de un registro de CoPa por la ASEMED (Asociación Española de Mediación),... todo ello sin saber realmente lo que es, su ámbito de trabajo, cualificación,... nada hay determinado, podría ser psicólogo, trabajador social, “experto en relaciones de parentalidad”, expresión que se utilizaba mucho, sin saber muy bien a qué respondía, y que la LO 8/21, de 4 de julio ha venido a aclarar en su artículo 26 a) “ *Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva. A los efectos de esta ley, se entiende por parentalidad positiva el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes. En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental*”. Es decir, la parentalidad positiva en definitiva, es lo mismo que ser unos buenos padres.

“Para cumplir su función, el coordinador de parentalidad ha de tener formación en psicología infantil, familiar, en técnicas de gestión de conflictos, en mediación, en el sistema legal familiar, en educación social y en intervenciones sociales. Además, es necesario que tenga experiencia y herramientas en dinámicas familiares posruptura de

271 ABRIL PÉREZ DEL CAMPO, C., “La coordinación de parentalidad” Juezas y Jueces para la Democracia, *Boletín nº 7 / 2019, Comisión de violencia de género*. Prevención de la violencia de género en las crisis de pareja. Coordinador/a de parentalidad, p. 17. Disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es> (Última visita, 8-12-2020).

pareja y, en determinados casos de mayor dificultad, en dinámicas de violencia en la familia, drogas, alcoholismo u otros factores educacionales.

Se designa generalmente por las propias partes, con la asistencia de sus abogados, que suscriben un acuerdo de intervención delimitando el alcance de la misma, las funciones a realizar y lo dotan incluso de determinadas capacidades y poderes, como es el asignarle un papel de árbitro en cuestiones concretas para el caso de que sea necesario adoptar decisiones dentro de un determinado plazo perentorio. Es como la contratación de un coaching o entrenador personal para que les preste ayuda en la salida de la crisis respecto, concretamente, a las relaciones de parentalidad. En la designación por las partes ha de estar en contacto con los abogados de las dos partes y suelen convocar reuniones conjuntas para evaluar el desenvolvimiento de su tarea. También puede ser aconsejado o impuesto por el Tribunal, bien en la fase de medidas provisionales o bien en la sentencia definitiva. En este caso, tiene la consideración de auxiliar del Juez y ha de informar a este de la evolución del caso. La designación judicial es especialmente indicada en casos de gran conflictividad en las relaciones paterno-filiales. Generalmente, la intervención del coordinador de parentalidad tiene una duración entre tres meses y un año, y un mismo profesional suele responsabilizarse de varios casos a la vez, lo que le permite realizar trabajo de grupo con los padres, madres o hijos de las distintas familias a su cargo”.²⁷²

Luego podría establecerse en relación con el CoPa dos tipos de intervenciones, una extrajudicial y otra cuando el conflicto está ya judicializado, nos interesa especialmente esta última, ya que continúan los interrogantes. ¿Interviene en todo tipo de procedimientos de familia, o en algunos no? Por ejemplo, ¿Se excluyen los temas de patria potestad?

“El marco de intervención de la Coordinación de Parental vendrá delimitado por la resolución en que se acuerde la intervención, sin que sea posible que este adopte decisiones, salvo las que puntualmente y en el ámbito cotidiano del menor, haya sido facultado por la Autoridad Judicial, sin que, en ningún caso, puedan resolverse por el Coordinador de Parentalidad cuestiones que requieran una respuesta judicial como las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad”.²⁷³

Tampoco está fijado el momento procesal en el que se debería introducir, podría estar desde el principio, nombrarse a lo largo del procedimiento, intervenir sólo en la fase de ejecución, ni el procedimiento por el que se le debe nombrar. Se ha realizado de múltiples formas, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, por una providencia,²⁷⁴ autos, en medidas provisionales, en la sentencia que se dicta,²⁷⁵ ... no hay un cauce establecido.

272 ORTUÑO MUÑOZ, P., “La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (Comentario a los arts. 233-13 y 236-3 CCCat.)” en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18072, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2013, p. 6 y 7. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 20-12-2020).

273 SANTANA PÁEZ, E., “El Coordinador de Parentalidad designado por el Juez en una resolución para un supuesto familiar concreto: ¿Qué beneficios aporta a las partes, al proceso y a los operadores jurídicos? ¿Con qué dificultades y obstáculos se encuentra?”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/82860, Ed. Jurídica Sepín, noviembre de 2019, p.12. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita, 20-12-2020).

²⁷⁴ Procedimiento de medidas provisionales nº 530/20 del Juzgado de 1ª instancia nº 4 de Torrejón de Ardoz, auto de fecha 11-02-2021. Procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 481/19 del Juzgado de 1ª

¿Se nombra para crear el plan de parentalidad, o para su ejecución? ¿En calidad de qué interviene en el procedimiento?, no es igual que sea un “perito”, o un “auxiliar del juez”, como puede serlo el ETPS, por su diferente naturaleza jurídica, tratamiento, gestión económica, responsabilidad, obligaciones etc., hay quién incluso plantea que también es auxiliar de los abogados y del MF. No se establece cual es la duración de su intervención, pero en general se viene estableciendo entre 3 meses y 1 año, desconozco porqué esta duración, y no otra, y por otra parte, teniendo en cuenta que se dirige a familias especialmente conflictivas, tampoco es un período muy lógico. Se pretende dotar al CoPa, de un “especial poder o autoridad”, lo cual no deja de resultar sorprendente, en nuestro procedimiento, sólo tiene el poder del ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, el juez o tribunal correspondiente, artículo 117 CE, lo cual se compadece poco con este poder coercitivo, que tampoco sabemos en qué consiste.

Recientemente en las conclusiones del 6º Encuentro Profesional de Coordinadores Parentales, “La judicatura apuesta por la coordinación de parentalidad”, webinar organizado por GEMME, se ha indicado que: “...No es una figura anómala y no supone ninguna dejación de la función jurisdiccional del juez. La “hoja de ruta” del/la CP es la resolución judicial. El legislador debe abordar con urgencia, valentía y rigor la regulación detallada y homogénea de esta figura, la formación necesaria, su régimen jurídico y facultades que el juez pueda otorgarle. Junto a ello se impone la regulación de protocolos de derivación claros que garanticen la adecuada intervención y la coordinación con el juzgado. Mientras tanto, la derivación judicial queda amparada por los arts. 3 y 9 de la Convención de los derechos del niño, la Rec. (2006) 19 del Comité de Ministros UE, de 13 de diciembre, los arts. 91 y 158.6 CC, los arts. 85 y 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”.²⁷⁶

instancia nº 6 de Alcalá de Henares, sobre intervención judicial sobre desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, se realiza por una providencia.

²⁷⁵ Juzgado de 1ª instancia nº 24 de Madrid, S 155/2019, 12 Abr. 2019 (Rec. 595/2018), resolviendo una modificación de medidas, establece en la propia sentencia, la figura del CoPa, determinando su condición de perito, sus funciones, facultades y obligaciones, tras jurar el cargo; apercibiendo a las partes de la imposición de una multa coercitiva única si cualquiera de ellas, no colabora, impide, obstaculiza o obstruye la labor del CoPa. El nombramiento, se realiza en la persona que designe la Subdirección General de Familia dependiente de la Dirección General de la Familia y el Menor, integrada en la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el marco del Proyecto de Coordinación de las Funciones Parentales suscrito entre dicha Dirección General de la Familia y doña Ruth que se desarrolla actualmente en varios Juzgados pertenecientes al ámbito territorial de esta Comunidad Autónoma de Madrid.

²⁷⁶ 6º Encuentro Profesional de Coordinadores Parentales. “La judicatura apuesta por la coordinación de parentalidad”, webinar organizado por GEMME, celebrado el 12-12-2020. Disponible en: <https://www.mediacionesjusticia.com/cronica-parentalidad>. “... -Los conflictos parentales no resueltos o mal gestionados sobreexponen a los niños y niñas al conflicto familiar. Esta sobreexposición es una forma de maltrato. Es violación de los derechos humanos de los niños y niñas separarlos de su propia familia de forma injustificada. La coordinación de parentalidad es una figura necesaria e idónea solo en algunos casos en que el conflicto es de alta intensidad, con la que se puede evitar lo anterior. Contribuye a la protección de la infancia. Implica estrategias y actuaciones diferentes de profesionales psicossociales y jurídicos y obliga a identificar cambios en los roles que se asumen en la gestión integral de los conflictos familiares (Abogacía, Judicatura, Equipos Técnicos, profesionales de la Psicología y del Trabajo Social, Formadores). La formación específica en Coordinación de Parentalidad, teórica y práctica, con

1.3.3.2 EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

Así expuesto y en este momento, veo muy dudosa su inclusión en los procedimientos de violencia de género, no por el tipo de materia, sino por su falta de determinación, y la oposición que encontraría, aunque ya anticipo que una vez correctamente regulada, a mi juicio su adopción sería un avance más en beneficio del menor y de la familia.

Para Pascual Ortuño, “En determinadas condiciones el recurso de la coordinación de parentalidad puede ser utilizado también en casos de violencia de género, cuando por las unidades forenses de valoración de riesgo se haya concluido que éste es inexistente y por resolución judicial dictada por el juzgado de VSLM se haya decidido mantener las relaciones personales entre los menores y ambos progenitores (con régimen de estancias y visitas). También en aquellos otros procesos en los que se haya dictado auto definitivo de sobreseimiento o se haya dictado sentencia absolutoria. En tales casos, aun cuando ya no rige la prohibición de derivación a mediación, no es oportuna una intervención de este tipo que implica un forzado acercamiento de las partes, mientras que la coordinación de parentalidad facilita la comunicación no presencial, con reuniones consecutivas intermediadas por profesional especializado”.²⁷⁷

Las alusiones que hemos efectuado en relación al estudio de Pascual Ortuño en este apartado “La alta conflictividad en las relaciones paterno o maternofiliales en la ejecución de los procesos de familia”, se efectúan en la Comisión de Violencia de Género para la prevención de la violencia de género en las crisis de pareja, de Juezas y Jueces para la Democracia, desde esta asociación se estima como posible tal recurso también en violencia de género.

Desde la Fiscalía, sin embargo se estima que no debe darse entrada a esta figura dentro de los procedimientos civiles de violencia. Así lo refleja la conclusión 5ª, del XIV Seminario de Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer,²⁷⁸ al señalar que: “La coordinación parental no tiene cabida en el ámbito de violencia de género al ser un instrumento próximo a la mediación excluida por el art. 87 ter. 5 LOPJ y por el art. 48 del Convenio de Estambul, por lo que los Sres./as Fiscales deben oponerse a su aplicación en este ámbito”.

En realidad y como luego veremos al estudiar la mediación, no tienen en común nada más que el intento pacificador de las relaciones familiares, la mediación pretende que las propias partes redimensionen el conflicto con ayuda de un tercero, aquí el tercero

perspectiva de género y de infancia, es imprescindible con independencia de la profesión de origen. La coordinación de parentalidad es una intervención difícil y el reconocimiento de que haya praxis inadecuadas no debe llevar a negar la necesidad de que exista ni a prohibiciones genéricas que impidan su desarrollo en beneficio de las niñas, niños y adolescentes”.

²⁷⁷ ORTUÑO P., “La alta conflictividad en las relaciones paterno materno-filiales en la ejecución de los procesos de familia”, en el *Boletín nº 7 / 2019, Comisión de violencia de género. Prevención de la violencia de género en las crisis de pareja. Coordinador/a de parentalidad*, p. 8. Disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es> (Última visita, 20-12-2020).

²⁷⁸ CONCLUSIONES DEL XIV SEMINARIO DE FISCALES DELEGADO EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Segovia los días 13 y 14 de noviembre de 2018, conclusión 4ª, p. 35. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita, 20-12-2020).

es el que va a marcar las pautas, dentro del procedimiento, que presenta un litigiosidad extrema.

Comparto las dudas que expresa Ángel Luis Campo Izquierdo, sobre esta figura, concluyendo que “PRIMERO.-La necesidad de esta figura del Coordinador de Parentalidad deriva del fracaso de nuestro actual sistema de Derecho de Familia, tanto a nivel legal como judicial. Y si queremos que los jueces sean más eficaces y juzguen y hagan ejecutar sus decisiones (autos/sentencias), debemos implicarnos más y hacer que funcionen bien las herramientas de las que ya disponemos, antes de iniciar una nueva experiencia con una nueva herramienta. Para ello, sería bueno, como ya he dicho, que se cree la especialización de Derecho de Familia, bajo el principio de igualdad plena de las partes (tanto a nivel procesal como en cuestiones de fondo), *el* diálogo (del juez/fiscal con el menor, entre las partes, entre el juez y los letrados, entre el juez y las partes, con el fiscal, etc.), mediante la creación de espacios amigables, buena ubicación de los juzgados de familia, con instalaciones adecuadas y personal especializado, dotación de equipos psicosociales (en número, en personal y en diversidad de profesionales que los integren, considero imprescindible un psiquiatra infantil)...SEGUNDO.- A la hora de regular y legislar sobre esta figura, no cometamos el mismo error que con la mediación...”²⁷⁹

Margarita Pérez-Salazar Resano, señala en relación con el CoPa y la violencia de género de forma específica que “considera inadecuado realizar en violencia de género prohibiciones tajantes. Por lo que al igual que en otras materias de violencia como en la GyC o el Rv, la prohibición sin más del CoPa no sería prudente. Tampoco es aconsejable la derivación al mismo sin una previa valoración, es esencial atender al caso concreto, cada situación de violencia, cada familia es diferente, y por ello se deberán valorar las circunstancias, y aquí entrarán en juego la especialización de los diferentes operadores jurídicos, y el criterio de estos. Se deben valorar, el tipo penal, la reiteración delictiva, la situación de los menores, lo que expresan estos y también la mujer (no sólo para negarse a tal intervención, sino también para asumirla). También un indicador importante sería la existencia de una OP, ya que supone que el juez ha valorado la existencia de un riesgo que excluiría tal intervención”.²⁸⁰

2. EL RÉGIMEN DE VISITAS EN VIOLENCIA DE GÉNERO, DESPUES DE LA LEY 8/21, DE 2 DE JUNIO.

Al publicarse la ley 8/21 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, el Rv en violencia de género a partir del 3-09-2021 que entra en vigor da un vuelco, y la excepción se convierte en norma al prohibir el Rv con carácter general en violencia de género. Se da una nueva redacción al artículo 94 del CC, que pasa a tener el siguiente tenor:

²⁷⁹ CAMPO IZQUIERDO, A.L., “La figura del Coordinador de Parentalidad. Dudas sobre el Coordinador de Parentalidad”, en “*Revista Derecho de Familia*”, *Tribuna* de 04 de diciembre de 2018, p. 6 y 7. Disponible en: <https://elderecho.com/dudas-sobre-el-coordinador-de-parentalidad> (Última visita, 20-12-2020).

²⁸⁰ PEREZ-SALAZAR RESANO, M., Exposición realizada en El 6º Encuentro Profesional de Coordinadores Parentales, “*La judicatura apuesta por la coordinación de parentalidad*”, webinar organizado por GEMME, celebrado el 12-12-2020. Disponible en: <https://www.mediacionesjusticia.com/cronica-parentalidad> (Última visita, 07-01-2021).

“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 paterno-filial.

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”.

Respecto de violencia de género con carácter general es clara la prohibición, y es imperativa, salvo que el juez entienda en resolución motivada y previa evaluación de la situación paterno-filial que sí procede establecer un Rv, al que se aplicaría lo que hemos expuesto.

En la LO 8/21 de 4 de junio en relación a la OP como hemos visto, la posibilidad de eliminar el Rv, parece que según algunos autores no es imperativa, sin embargo dos días antes se publica la Ley 8/21 de 2 de junio en la que en la vía civil, se regula esta prohibición absoluta, que va a afectar evidentemente a lo acordado en la OP, si en las medidas civiles, el juez de instrucción de violencia, ha determinado que sí hay un Rv, al llegar a la vía civil, en su regulación, dado que la vigencia de dichas medidas como

conocemos es de 30 días, prorrogables, ¿Qué sucede?, Entiendo que por aplicación de este precepto, inmediatamente se tendrán que dejar sin efecto.

Volveremos a preguntarnos ¿que se entiende por estar incurso en un procedimiento penal?

Este artículo, incorpora la prohibición del establecimiento del Rv respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordado en un procedimiento penal por delitos 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. Así se deja sin efecto en estos casos la posibilidad prevista en el artículo 160 del CC, en esta ocasión sin posibilidad de excepción alguna.

Lo que también supone como un efecto derivado de la supresión del Rv del progenitor paterno es que, de hecho se deja sin posibilidad de adopción la custodia a favor del mismo, si no tiene Rv, es imposible que opte por la custodia, salvo que en el desarrollo del procedimiento, el juez o el MF entiendan que de acuerdo con el interés superior del menor se debe adoptar ambas resoluciones.

No sabemos el recorrido que va a tener la entrada en vigor de este artículo, los efectos que se van a producir en sede de violencia sobre la mujer, y será a partir de su vigencia en los próximos meses cuanto veamos su aplicación, problemática y circunstancias.

3. SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y VISITAS, EN TIEMPO DE PANDEMIA. EL ESTADO DE ALARMA.

3.1. ORIGEN Y NORMATIVA LEGAL.

El día 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud, elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19, a pandemia global. En España, por RD 463/2020, de 14 de marzo, se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se acordaba una situación de confinamiento que afectaba a la sociedad en todos sus ámbitos, y que lo seguiría haciendo en el futuro.

Este decreto fue modificado sucesivamente por R.D. 465/2020, de 17 de marzo, prorrogado por RD 476/2020, de 27 de marzo, y posteriormente por los Reales Decretos 487/2020 de 10 de abril, y RD 492/2020 de 24 de abril. A finales del año 2020, se descentralizó la gestión de la pandemia recayendo en las C.A.

El día 11-03-20, la Comisión Permanente del CGPJ, emitía una instrucción que establecía las directrices para garantizar el servicio público judicial adaptado a las recomendaciones de las autoridades sanitarias.

En esta instrucción se preveían dos escenarios, I) el general en los territorios en los que se hubieran establecido medidas especialmente intensas para limitar la propagación del Covid-19, y el II) en el que los jueces podrían ya suspender actuaciones procesales ya acordadas por razones sanitarias, lo que precisaba a su vez, una previa autorización del Presidente del TSJ, o de la AN, y la ratificación posterior del CGP.

Así dispuesto, las posibles suspensiones de las actuaciones procesales, no podían realizarse con rapidez y creaban una situación de inseguridad en los jueces, que no suspendían los señalamientos, salvo en contadas excepciones, por otra parte no se

pretendía en este momento una suspensión “*sine die*”, si no un traslado a otras fechas posteriores, advirtiéndose la magnitud de la pandemia.

De hecho este día se celebraron juicios orales, todas las diligencias señaladas, el funcionamiento en nuestros juzgados era el normal, pero ya se empezaron a suspender juicios por el Covid-19. El funcionamiento normal, seguía pese a la situación que ya se había puesto de manifiesto, por ejemplo, a través del Decreto emergencia dictado por la FGE, el día 10-03-20, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 del EMOF, en el que se realizaban, recomendaciones en relación a la epidemia del coronavirus.²⁸¹

El día 13-03-20, el CGPJ, tomó nuevos acuerdos en sesión extraordinaria, primero acordó la suspensión de actuaciones procesales en el País Vasco, la Comunidad de Madrid, y los partidos judiciales de Haro e Igualada, extendiendo a todo el territorio nacional el escenario II), que anteriormente se había definido. Junto con el Ministerio de Justicia y la Fiscalía, acordó los servicios esenciales en la Administración de Justicia durante la fase de contención de la pandemia del COVID-19 a la espera de las medidas concretas contenidas en el decreto ley que al día siguiente, el 14-03-20, el consejo de ministros aprobaría con la declaración del estado de alarma en relación con la pandemia.

Este mismo día se dictó un nuevo Decreto por la FGE, “Decreto emergencia COVID-19”, al amparo del artículo 22.2 EOMF, y como desarrollo del anterior Decreto de 10 de marzo de los corrientes, en el que se dictaban una serie de instrucciones, en relación a los servicios que se consideran esenciales.

El día 14-03-2020 se dictó el RD 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Este día, el CGPJ dictó también un nuevo acuerdo de 14-03-20, en el que extendía a todo el territorio nacional el escenario 3, durante el tiempo del estado de alarma, de manera que las actuaciones procesales y medidas que se contemplaban en este escenario resultaban de inmediata aplicación, sin excepción alguna, a la totalidad del Estado Español, señalaba, “En consecuencia se suspenden todas las actuaciones judiciales programadas y los plazos procesales que tal decisión conlleva, salvo en los supuestos de servicios esenciales”.

El 16-03-2020 se dictó una nueva instrucción por el CGPJ para asegurar las actuaciones establecidas en el Acuerdo de la Comisión Permanente de 13 de marzo de 2020 que establecía las siguientes precisiones: “-En la jurisdicción social, la suspensión de las actuaciones judiciales no se aplicará a los procesos y recursos que se consideren inaplazables en materia de conflictos colectivos, tutela de derechos fundamentales, despidos colectivos, expediente de regulación temporal de empleo, medidas cautelares y procesos de ejecución que dimanen de la aplicación del estado de alarma. -Incorporar a la relación de actuaciones esenciales las materias relacionadas con internos del CIE a los que hace referencia el artículo 62.6 de la Ley

²⁸¹ “...adoptar medidas como, la puesta en marcha del teletrabajo, evitar en lo posible todos los desplazamientos, potenciar el uso de videoconferencias, suspender temporalmente las visitas a las residencias de mayores, de personas con discapacidad, en la medida que no resultase imprescindible, o estableciendo, que determinados fiscales se ausentasen de las sedes de la fiscalía, más concretamente, los que padecían patologías concurrentes o enfermedades crónicas, las fiscales embarazadas, los que hubieran estado en contacto con personas enfermas por coronavirus, y por último, los fiscales con hijos/as menores de edad o personas dependientes”.

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. -La mención a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a que se refiere el apartado 4 de las actuaciones procesales urgentes e inaplazables se ha de entender referida tanto a los Juzgados exclusivos como aquellos que con naturaleza exclusiva y no excluyente conocen de la materia. -En el caso de que se establezcan turnos rotatorios del servicio judicial, ello ha de entenderse sin perjuicio de la absoluta disponibilidad de los jueces y magistrados titulares de órganos judiciales unipersonales y colegiados, siempre que la situación lo requiera. Y en su punto sexto, “No se procederá al cierre de ningún órgano judicial sea cual fuere su naturaleza, salvo disposición de la autoridad sanitaria competente”.

El día 18-03-20, la Comisión Permanente del CGPJ, dictó un nuevo acuerdo en el que se reiteraba la necesidad de practicar las actuaciones judiciales urgentes, “La suspensión de plazos procesales no impide, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, la adopción de aquellas actuaciones judiciales "que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso", por lo que dicha suspensión no alcanza a la presentación de escritos que se encuentren vinculados con actuaciones judiciales urgentes y necesarias”.

El día 19-03-20, la Comisión Permanente del CGPJ, emitió un comunicado en relación con la prestación de servicios esenciales en el ámbito de la administración de justicia, en el que tras hacer referencia a los acuerdos de fecha, 11, 13,14, 16 y 18 de marzo de 2020, señalaba que el fin de su adopción, era asegurar la continuidad de la prestación del servicio en los juzgados y tribunales de toda España. Así sucesivamente, fueron llegando más decretos, instrucciones, normas y más normas, cuyo compendio está en el código electrónico, “Covid-19, Derecho Europeo, Estatal y Autonómico” del BOE.

En la introducción del RD del Estado de alarma, (para algunos autores, exposición de motivos), se indican las circunstancias extraordinarias que concurren para su dictado, y las normas en las que se apoya. La existencia de una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud, tanto por el elevado número de ciudadanos afectados, como por el extraordinario riesgo para sus derechos. Basa su fundamento legal, en el artículo cuarto, apartado b), de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (*en adelante LOEAES*), que habilita al Gobierno para en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad. Afirma que las medidas que se contienen son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma, y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la CE.²⁸²

²⁸² Artículo 55.1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos

Las normas que se iban a utilizar son las que acabamos de citar, pero también debían entrar en juego muchas más normas de nuestro ordenamiento jurídico, y muy importantes. Los artículos 1 y 24 de la CE, por cuanto España es un estado de derecho, y es fundamental en el mismo la tutela judicial efectiva, así como el 122 del mismo texto legal, en relación al poder judicial. El artículo 11 de la LOAES, que establece las medidas que van a poder acordarse en un estado de alarma, y los artículos 132 a 136 de la LEC en relación a los plazos procesales, sin entrar en los demás ámbitos a los que se refiere el RD de alarma, penal, contencioso-administrativo o laboral, todos los relativos a las materias excepcionadas de la suspensión, etc. Nos centraremos en el artículo 7 y la Disposición Adicional II, que son los que afectan a nuestra materia.

El artículo 7 del RD de alarma establece la limitación de la libertad de circulación de las personas:

1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza. (El RD 465/2020, de 18 de marzo añade “que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada”).

2. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.

3. En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.

4. El Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos. Cuando las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se adopten de oficio se informará previamente a las administraciones autonómicas que ejercen competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial. Las autoridades estatales, autonómicas y locales competentes en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial

para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

garantizarán la divulgación entre la población de las medidas que puedan afectar al tráfico rodado.

Se plantearon dudas iniciales en torno al RD del Estado de alarma, como la incidencia del mismo, sobre el derecho fundamental de libre circulación establecido en el artículo 19.1 de la CE, cuestionándose la legalidad del mismo, al entenderse por algunos autores, que suponía la suspensión de la libertad de deambular libremente, que prácticamente se eliminaba, por lo que su adopción debería hacerse por LO. Era y será un importante debate, que se planteaba entrando en juego el pronunciamiento anterior del TC, en la declaración de un estado de alarma anterior,²⁸³ si bien las diferencias entre ambos eran muy importantes, y este debate, quedo relegado ante la magnitud de la tragedia.

El Pleno del Tribunal Constitucional, STC de 14 de julio de 2021, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a los artículos 7 y 11 del RD de alarma, la modificación llevada a cabo por el RD 465/2020, y las sucesivas prórrogas, concluyendo que la suspensión del derecho a la circulación y a la libre elección de residencia establecido en el RD de alarma, no puede realizarse mediante la declaración del estado de alarma, sino que el instrumento jurídico adecuado habría sido el estado de excepción, lo que a mi juicio era bastante claro. Se produjo pues, la suspensión de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante un instrumento jurídico que no era el apropiado para ello.

*La Disposición adicional segunda, del RD de alarma, determinaba la “Suspensión de plazos procesales”*²⁸⁴

²⁸³ RD 1673/2010 de 4 de diciembre, por el que se declaraba el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Sobre el que se pronunció el TC en STC 83/2016 de 28 de abril, concluyendo con la legalidad de la medida.

²⁸⁴ Disposición adicional 2ª: 1. Se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo. 2. En el orden jurisdiccional penal la suspensión e interrupción no se aplicará a los procedimientos de *habeas corpus*, a las actuaciones encomendadas a los servicios de guardia, a las actuaciones con detenido, a las órdenes de protección, a las actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria y a cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer o menores. Asimismo, en fase de instrucción, el juez o tribunal competente podrá acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, sean inaplazables. 3. En relación con el resto de órdenes jurisdiccionales la interrupción a la que se refiere el apartado primero no será de aplicación a los siguientes supuestos: a) El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ni a la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones judiciales previstas en el artículo 8.6 de la citada ley. b) Los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. c) La autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. d) La adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil. 4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.

El estudio de esta disposición es complejo por la situación completamente nueva que se creó, pero su punto primero es claro: *“se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órganos jurisdiccionales. El cómputo de los plazos reanudará en el momento que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*.

Los plazos procesales estuvieron suspendidos desde el 14 de marzo de 2020 hasta que se levantó el estado de alarma. Había una causa de fuerza mayor, para la interrupción de los plazos procesales para todos los órganos jurisdiccionales, y la inactividad judicial de estos.

La declaración del estado de alarma, no alteró ni suspendió las resoluciones judiciales, y efectivamente, como exige el estado de derecho las resoluciones deben cumplirse en sus propios términos, en nada quedaron éstas dos máximas afectadas, ahora bien, introducida la variable alerta sanitaria por pandemia mundial, la paralización que esta supuso, afectó también a la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho en los límites de actuación restringida que quedaba, el sistema judicial seguía funcionando, todo lo urgente y necesario sería acordado, para salvaguardar los derechos de los ciudadanos, y una vez se levantó el estado de alarma, el ejercicio del derecho se hizo de nuevo efectivo. El punto 4 así lo establecía con una regla general de actuación de jueces y tribunales en todos los casos necesarios para evitar perjuicios irreparables.

3.2 INCIDENCIA DEL ESTADO DE ALARMA EN LA MATERIA CIVIL DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

En violencia de género son fundamentalmente dos, los problemas que se han planteado en estos meses de vigencia del estado de alarma, ambos dentro de las materias declaradas esenciales, para continuar su tramitación: las medidas cautelares, otras actuaciones inaplazables, y las medidas de protección de menores del artículo 158 del CC. Medidas que inciden de forma muy directa en las situaciones de las familias en la que los progenitores han roto. El artículo 7 del RD de alarma limitó la libertad de circulación de las personas, lo que supuso una gran incidencia en el desarrollo de la GyCc y el Rv, ya que las medidas urgentes del artículo 158 del CC se plantearon fundamentalmente en torno a las mismas.

Era una situación nueva, no había referentes ni corrientes doctrinales, “se iba a ciegas”, resolviendo en una situación de confinamiento. Cuando surgió el problema, mi postura se alineó con los autores que entendían que no cabía el traslado del menor, para el cambio de guarda y custodia, ni para efectuar el Rv, era una situación de alarma sanitaria, la salud del menor y por ende la salud pública general, no permitían estos intercambios, también debo reconocer que ni siquiera pensé en la posibilidad de que pudiera existir una “recuperación de tiempos”, para el otro progenitor, posibilidad que conocí después, y que se planteó por algunas juntas de jueces, o asociaciones de abogados. En violencia, solo veremos la incidencia en el Rv, al no poder acordarse la GyCc.

3.2.1 SITUACIÓN A VALORAR.

Inicialmente la primera noticia que saltó a la prensa, fue la decisión del juzgado de 1ª instancia de Alcorcón, que en auto, de fecha 16-03-2020, no consideraba necesario pronunciarse sobre la suspensión del Rv, por cuanto nos encontrábamos en un estado de alarma y no eran posibles los traslados al no encontrarse previstos en el Decreto. Esta decisión solamente dos días después del RD de alarma, causó gran revuelo, y

una avalancha de consultas de los padres, en relación con la GyC de sus hijos y el Rv. Era una visión acorde con la mía, aunque enfocada desde otro punto de vista, fue ampliamente criticada y contestada, entre otros por la AEAFA que entendían posible continuar el régimen normal.

La situación que vivíamos era excepcional y afectaba a todos los ámbitos de nuestra vida, y por ello era inevitable que afectara al régimen de estancia y visitas de los menores con sus padres. Encontrar como solucionar y conciliar el desarrollo de estos sistemas dentro del estado de alarma, y en una situación de confinamiento resultó complejo, con situaciones sobre las que se creó confusión, con posturas y soluciones muy dispares.

Estaba claro que el estado de alarma, no legitimaba el incumplimiento de ninguna resolución judicial, pero también lo era, que la situación debía verse al amparo de lo dispuesto en el RD que declaró el estado de alarma. El artículo 7 estableció la limitación de la libertad de circulación de las personas, por lo que surgieron múltiples preguntas, ¿Ampara este artículo, la realización de los intercambios de los menores en ambas situaciones? ¿Sólo en alguna de ellas, en ninguna? ¿Pueden quedar en suspenso los sistemas de estancias y visitas regulados judicialmente? ¿Cabe hablar de recuperación de los tiempos, para el progenitor que no ha podido estar con sus hijos?

Los presupuestos de los que se partió, a la hora de resolver sobre las cuestiones expuestas son determinantes: a) una situación de emergencia sanitaria mundial, por una pandemia gravemente contagiosa, causada por el virus Covid-19 que afectaba a una gran parte de la población. b) El “cierre de fronteras de la UE” con el exterior. El 17-03-2020, se acordó reforzar las fronteras exteriores, aplicando una restricción temporal coordinada de los viajes no esenciales a la UE, durante treinta días, y también entre los países que la forman. La Comisión abogaba por un enfoque coordinado de la prórroga, puesto que la actuación en las fronteras exteriores solo podía ser eficaz si la ponían todos los Estados de la UE y de Schengen en todas las fronteras exteriores, con la misma fecha de finalización, de manera uniforme.²⁸⁵ c) La declaración en España del estado de alarma con el dictado del RD de alarma el 14-03-20, y los sucesivos decretos que lo prorrogaron, que limitaban casi totalmente la libertad de circulación, creando un confinamiento domiciliario, con supuestos tasados

²⁸⁵ Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_616 “El 16 de marzo de 2020, la Comisión invitó a los Jefes de Estado o de Gobierno a introducir una restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE durante un plazo inicial de 30 días. Los dirigentes suscribieron este llamamiento el 17 de marzo, y todos los Estados miembros de la UE (excepto Irlanda) y los países de Schengen no pertenecientes a la UE han adoptado desde entonces decisiones nacionales para aplicar esta restricción de los viajes. La restricción de los viajes no se aplica a los ciudadanos de la UE, a los ciudadanos de los países de Schengen no pertenecientes a la UE y sus familiares, ni a los nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración en la UE a efectos de su regreso a sus países de origen. Además, a fin de limitar al mínimo el impacto de la restricción en el funcionamiento de nuestras sociedades, los Estados miembros no deben aplicar las restricciones a categorías específicas de viajeros con funciones o necesidad esenciales. Al personal esencial, como médicos, enfermeros, personal sanitario, investigadores y expertos que ayudan a hacer frente al coronavirus, así como transportistas de mercancías, trabajadores fronterizos y trabajadores agrícolas estacionales, se le debe seguir permitiendo la entrada en la UE. Para ayudar a los Estados miembros, la UE presentó el 30 de marzo de 2020 unas directrices sobre la manera de aplicar la restricción temporal de los viajes, facilitar las repatriaciones desde cualquier lugar del mundo y resolver los casos de aquellas personas que se vean forzadas a permanecer en la UE más tiempo del autorizado como consecuencia de las restricciones de los viajes”. (Última consulta, 20-12-2020)

de salida a la calle, que obligaba a todos los ciudadanos. d) El riesgo para la salud en cada salida, de contraer el Covid-19 y poner en peligro la propia vida, y la del resto de personas, en especial las más cercanas.

3.2.2 DESARROLLO DE LOS SISTEMAS DE ESTANCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS EN EL ESTADO DE ALARMA.

No se sabía como reaccionar ante una situación tan excepcional. No se podía establecer una respuesta general, sino a cada caso concreto. El enorme número de padres divorciados, separados, parejas de hecho, familias con los trámites de ruptura ya iniciados, tantas situaciones diferentes y todas afectadas, en relación a su derecho de traslado de sus hijos menores entre los domicilios respectivos.

Tal y como se indicó en la junta de jueces de Torrejón de Ardoz, de 23-03-20, “El traslado de menores entre domicilios distintos, como consecuencia del reparto de tiempo en las denominadas custodias compartidas, o para el cumplimiento del régimen de estancias y contactos en las denominadas custodias monoparentales suponen un claro riesgo tanto para la salud general como para la de los propios menores, pues duplican las posibilidades de que los menores sean contagiados o contagien a terceras personas. En ese sentido se considera que tales traslados, por el número que suponen a nivel nacional, rompen de manera muy importante las medidas de aislamiento en las que se basa toda la estrategia de lucha contra el coronavirus y contenidas en el Real Decreto 463/2020”.

Los traslados suponían una situación de claro riesgo para la expansión del contagio a dos niveles: personal y público. Resultaba complicado buscar una justificación a la posibilidad de traslado, en interpretación de conceptos reflejados en el RD de alarma, como “domicilio”, “residencia”, “traslados”, “cuidados”, para justificar los traslados, que vienen reflejados en el artículo 7.

El hecho de no tener contacto físico con uno de los progenitores, la paralización de las visitas y estancias, no causaba un perjuicio irreparable, y más aún, si los padres actuando en beneficio de su hijo, le explicaban la situación y mantenían un contacto adecuado.

Como respuesta a la situación creada, rápidamente reaccionaron las juntas de jueces de 1ª instancia/familia y violencia contra la mujer a lo largo de todo el territorio nacional, en la mayoría de los partidos judiciales.

El CGPJ el día 20-03-20, adoptó a través de su Comisión Permanente dos acuerdos y una nota informativa.²⁸⁶El primer acuerdo es el que nos afecta. Respecto de los procesos de familia señaló: “Las medidas adoptadas judicialmente en los procesos de familia no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones procesales, ya si bien no se encuentran en sí mismas entre aquellas actuaciones esenciales cuya realización ha de asegurarse, una vez adoptadas se sitúan en el plano de la ejecución de las resoluciones judiciales que las hayan acordado “y entran dentro del contenido material de las relaciones entre los progenitores en relación con los hijos menores que surgen como consecuencia de la nulidad matrimonial, separación o divorcio y de las decisiones judiciales que fijen las condiciones de ejercicio de la patria potestad, de la guarda y custodia y del régimen de visitas y estancias”.

A este párrafo, la nota interna de la misma fecha del CGPJ, añadía: “De este modo, no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones judiciales”. Luego según el CGPJ, no estaban afectadas por la suspensión de plazos y

²⁸⁶ Disponibles en <https://www.poderjudicial.es>

actuaciones procesales, los regímenes de estancias y visitas, aunque no estuvieran entre las actuaciones que se indican como excepcionales a desarrollar en el estado de alarma, por el RD de alarma, ya que una vez adoptadas, se sitúan en el plano de ejecución de las resoluciones judiciales.

A renglón seguido el acuerdo del CGPJ señalaba, “Ello no significa, que la ejecución práctica del régimen establecido no se vea afectado por lo dispuesto en el Real Decreto 463/20 ya que la necesidad de preservar la salud de los hijos y de los progenitores puede imponer, según las circunstancias, la modulación o la modificación del régimen de custodia, visitas y estancias, alterando o suspendiendo la ejecución de las medidas acordadas o determinando una particular forma de llevarse a cabo”. Respecto de esta última indicaba “sin perjuicio de la posibilidad e incluso conveniencia, de que esta variación del régimen y de la forma de ejecutarlo sea producto del consenso entre los progenitores, en defecto de acuerdo, corresponde al juez o magistrado adoptar la decisión que proceda...”

La nota informativa del CGPJ, señalaba en su punto sexto: “...Estas actuaciones judiciales quedan extramuros del régimen de suspensión de plazos y actuaciones judiciales, en la medida en que están orientadas y precisamente para cumplir las finalidades del Real Decreto 463/20, y encuentren en todo caso encaje tanto en las excepciones contempladas en la letra d) del apartado tercero de la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/20, como en su apartado cuarto, así como también en los puntos 1 y 3 del apartado II de las medidas previstas para el Escenario 3 adoptadas en el acuerdo de la Comisión Permanente de 13 de marzo de 2020; ello, con independencia de que la decisión judicial que se adopte encuentre amparo en el artículo 158 del Código Civil-particularmente en su ordinal 2º...-o fundamento en cualquier otra norma sustantiva o procesal que resulte aplicable a estos fines”.

El CGPJ no aclaraba muy bien la situación, además de hacer una interpretación extensiva de las excepciones del estado de alarma. Excepciona a las medidas adoptadas en los procesos de familia de la regla general de suspensión de plazos, cuando tales excepciones no estaban contenidas en el RD de alarma, y por otra parte, justificaba esa excepción incluyéndola en los apartados ya citados de la ley, y vinculaba los problemas en cuanto a su ejercicio, al cauce procesal del artículo 158 del CC. Por lo que su posición no fue la adoptada en general por las diferentes juntas de jueces que se celebraron. Estas juntas casi de forma unánime, como luego veremos, establecieron que el artículo 158 del CC no era un medio de ejecución para lograr el cumplimiento del régimen de estancia y visitas de los hijos menores en tiempo de estado de alarma, considerando que estos estaban suspendidos.

La Fiscalía de violencia sobre la Mujer, el día 22-03-20, emitió una nota de servicio en relación a la situación del Rv del progenitor no custodio y su ejercicio. Indicaba que al permitir el RD de alarma en su artículo 7 e), la asistencia y cuidado de personas mayores, menores... el desplazamiento para la entrega y recogida de los menores, había de entenderse incluido en tal epígrafe. Ahora bien, siendo una excepción a la regla general de confinamiento, debía realizarse una interpretación de forma restrictiva, y teniendo en cuenta el interés superior del menor, que implicaba garantizar su salud, por encima de cualquier otro interés.

Jueces y fiscales se reunían e intentaban buscar la mejor solución para estas situaciones, lo que provocó que surgieran por toda la geografía nacional, acuerdos de juntas de jueces conteniendo criterios completamente dispares, creándose así una gran

inseguridad jurídica, ya que a pesar de que dichos acuerdos no son vinculantes, suponían una primera toma de postura, que luego sería seguida por la gran mayoría de sus miembros. Había unos puntos comunes en los que todos estaban de acuerdo, y una gran discrepancia en cuanto a la realización del régimen de visitas y estancias, con posturas de todo tipo.

1.- Los puntos en los que había prácticamente un total acuerdo eran: a) apelar al sentido común de los padres para actuar en beneficio de sus hijos. b) La suspensión de las visitas que se desarrollaban a través o en el PEF, al no poder continuar este su trabajo, y ello, salvo que los progenitores designaran en el primer caso una tercera persona para poder cumplir el régimen, como se indica en la nota ya referida de Fiscalía. c) Sobre el procedimiento del artículo 158 del CC, que entraba dentro de la tramitación urgente del estado de alarma, también había acuerdo, en considerar que esta vía era un procedimiento privilegiado para velar por los menores que se encontraban en una situación de peligro, de riesgo real y grave, y no para pretender que a través del mismo, se reclamara el cumplimiento de las estancias, o el Rv, sin que tampoco fuera un medio para solucionar las dudas sobre los mismos. La junta de jueces de León de 23 de marzo de 2020, incluso estableció los posibles supuestos en los que cabía la urgencia.²⁸⁷ d) La necesidad en estos momentos de establecer una comunicación fluida, que el progenitor custodio debía facilitar al otro progenitor con sus hijos, a través de los medios tecnológicos a su disposición, el tradicional teléfono, o también skype, facetime, videollamada de whastApp... y e) por último, también se estaba de acuerdo en la suspensión del resto de regímenes de visitas de menores, los establecidos con abuelos u otros parientes y allegados, al no permitirse su circulación por las vías de uso público.

2.-Las discrepancias surgieron en sus posiciones sobre la realización del régimen de estancias y visitas, su ejecución, y por último en el establecimiento por cada junta de sus propias reglas de funcionamiento.

a) Sobre la realización del régimen de estancias y visitas, surgieron múltiples combinaciones sobre qué estancias, o visitas realizar, y cuales no. Hubo provincias, cuyas juntas de jueces entendieron que había que cumplir el Rv y el cambio en la GyCc, como en Álava (junta de 23 de marzo de 2020) o Barcelona, aunque en esta última ciudad hubo dos acuerdos, el primero de 18 de marzo de 2020, de carácter temporal referido a los primeros 15 días de la pandemia, en el que en una redacción poco clara, la interpretación dependía de la lectura que se hiciera; y en el segundo acuerdo de 24 de marzo de 2020, se aclaraba manifestando que se “efectúan las siguientes consideraciones para el periodo desde el 24 de marzo hasta la finalización del estado de alarma: 1) El Real Decreto no legitima el incumplimiento de las resoluciones judiciales, por lo que se han de llevar a cabo y cumplir todos los sistemas de guarda, custodia, visitas y comunicaciones fijadas en las resoluciones judiciales vigentes”.

287 a) Que un progenitor esté infectado del virus o conviva con alguna persona afectada por la enfermedad; b) Cuando el contagiado sea el propio menor o padezca un estado de salud vulnerable o una patología que sea susceptible de agravarse con el contagio del Covid 19; c) Cuando uno de los progenitores resida en zonas de transmisión comunitaria grave (Madrid, etc.) o pertenezca profesionalmente a un colectivo especialmente vulnerable; d) Dada la situación existente, habiéndose suspendido las vistas y compareencias y, en general, los actos procesales presenciales, salvo aquellos que resulten absolutamente imprescindibles, se acuerda que la tramitación de los procedimientos que se promuevan al amparo de lo establecido en el artículo 158 del Código Civil será escrita, con traslado a la parte frente a quien se deduzca por tres días y con traslado posterior y por el mismo plazo al Ministerio Fiscal.

Para algunos autores como Fernando Mateo Bueno, “la declaración del estado de alarma no legitima el incumplimiento de las resoluciones judiciales, de lo que cabe deducir que hay que cumplir los regímenes de visitas y las guarda”,²⁸⁸ y para otros como Vicente Magro Servet, este acuerdo fija que “Durante el estado de alarma no es posible el traslado por el progenitor custodio del menor al del no custodio, ni la exigencia de éste de ejercerlo, siendo lo prudente esperar y compensar más tarde el período no disfrutado en interés, siempre, del menor”.²⁸⁹

-En otras ciudades como Albacete, (junta de jueces, de 18 de marzo de 2020), o Baleares, (en junta de jueces de 23 de marzo de 2020), se acordó cumplir tanto GyCc como Rv, y sólo se suspendían las visitas en las que interviene el PEF.

-Hay provincias en las que se acordó que se debían realizar los intercambios en la GyCc, pero se suspendían todos los regímenes de visitas. En juntas de jueces como la de Alicante, (de 23 de marzo de 2020), se determinó que la declaración del Estado de alarma, no suspendía los regímenes de guarda y custodia compartida de menores y discapaces, y sí los regímenes de visitas de estos.

- En la junta de jueces, de 23 de marzo de 2020 de Torrejón de Ardoz, de una forma muy clara y concisa se estableció, “... esos traslados para el cumplimiento del régimen de estancias y contactos o para el cumplimiento de los períodos de custodia compartida no están amparados como excepción en ninguno de los preceptos de dicho Real Decreto, pues la mención relativa en el artículo 7.1 g) respecto a que se permiten los desplazamientos para la atención y cuidado de menores es inaplicable a estos casos, dado que todos los menores se encuentran cuidados y atendidos por el progenitor con el que tengan que convivir durante el confinamiento domiciliario, sin que sea imprescindible para ello la presencia del otro progenitor”.

b) Sobre la ejecución de esas estancias y visitas, hubo una división en las diferentes juntas de jueces, las que entendían que estábamos ante una situación excepcional y consideraban suspendidos los Rv o estancias, acordando como regla general, que no se despacharía ejecución por supuestos incumplimientos derivados del confinamiento domiciliario, como las de Granollers (de 23 de febrero de 2020), o Málaga (de 18 de marzo de 2020).

Mientras que otras juntas de jueces, acordaron proceder al registro telemático de las demandas ejecutivas, siempre que se presentaran por vía electrónica, y seguir el trámite ordinario una vez se levantara el estado de alarma con sus respectivas prórrogas, como las de Barcelona (de 24 de marzo de 2020), Elche (de 20 de marzo de 2020), o Gerona (de 23 de marzo de 2020).

Algunas juntas de jueces, acordaron tramitar con carácter urgente, las peticiones para el efectivo cumplimiento de las resoluciones dictadas en procedimientos de familia, en los que se establecían regímenes de custodia sobre hijos menores y medidas de comunicaciones, visitas y estancias, como la de Cádiz (de 18 de marzo de 2020), o incluso algunas como la de Orihuela (de 23 de marzo de 2020) se refirieron a

²⁸⁸ MATEO BUENO F., “Estado de Alarma: recopilación por provincias de los acuerdos adoptados por los juzgados de familia”, p.3. Disponible en la Web: <https://www.mateobuenoabogado.com/coronavirus-covid-19-acuerdos-juzgados-de-familia/> y custodias acordadas. (Última visita, 19-12-2020).

²⁸⁹ MAGRO SERVET, V., “Casuística sobre la violencia de género y la declaración del estado de alarma a raíz del Coronavirus”, en *Diario La Ley* N° 9604, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, de 30 de marzo de 2020, p. 9. Disponible en <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 19-12-2020).

las comunicaciones en el caso de la pandemia, señalando: “En todo caso, deberá garantizarse el derecho de comunicación de los menores con el progenitor con el que no se encuentren conviviendo, vía telefónica o telemática. Por tal motivo sí se despachará ejecución por incumplimiento del derecho de comunicación una vez se alce la suspensión de las actuaciones judiciales”.

c) Las juntas de jueces cuando se reunieron, establecieron sus propias reglas de funcionamiento, incluyendo incluso referencias a “la compensación o recuperación temporal a la que hubiera lugar”, como por ejemplo la junta de jueces de Burgos (de 20 de marzo de 2020), o de Torrejón de Ardoz ya indicada, que establecía expresamente incluso la posibilidad de imposición de costas, “Finalizado el estado de alarma y las medidas limitadoras de la movilidad por razones sanitarias, se deberá por los progenitores de común acuerdo compensar el tiempo de convivencia no desarrollado por el progenitor que no ha tenido consigo a los menores, en la forma más beneficiosa para estos. En caso de no realizarse esa compensación, en la ejecución que se plantee por tal causa se ponderará el abuso de derecho, la mala fe o las actitudes injustificadas como motivo para la imposición de costas en dichos procedimientos”. Esta pretensión, suponía introducir un complejo criterio no previsto en la ley.

¿Cual era el valor de estos acuerdos? El CGPJ en relación con sus acuerdos, afirma que tienen valor de recomendación, puesto que carece de habilitación para dar instrucciones jurisdiccionales, y en sus propios acuerdos concluyó que “corresponde al juez o magistrado tomar la resolución que proceda”. Al igual que las juntas de jueces pretendían encontrar unos criterios generales a seguir para evitar resoluciones totalmente contradictorias, lo que ya hemos visto que no se logró.

Concluir indicando, que también hubo juntas de jueces que no se reunieron, como las de Madrid, Cáceres, Lugo o Lérida. Vemos pues que en las posturas de las juntas de jueces, aparecían criterios totalmente dispares en muchos aspectos, y si acudíamos a la doctrina la situación se complicaba aún más, con enfoques desde todos los puntos de vista. Se han expuesto multitud de posiciones doctrinales que podemos englobar en tres: los que entendían que GyCc y Rv debían cumplirse normalmente, los que distinguían claramente entre GyCc y Rv, y una tercera postura que estimaba que no debían cumplirse.

A).- La primera postura, de cumplimiento de ambas en todo caso, entendía que las resoluciones judiciales estaban vigentes entre las partes, y por lo tanto existía la necesidad de su cumplimiento, en sus propios términos, artículo 118.2 de la LOPJ, y por lo tanto la salida del domicilio se vería amparada por las excepciones del RD de alarma. Su no realización podría plantear que el progenitor que no tenía a su hijo menor el tiempo correspondiente en la GyCc o su Rv, podría acudir a la vía judicial, bien en este momento, a través de la vía del artículo 158 del CC, o bien posteriormente reclamando la ejecución del mismo. Creo que ambas soluciones son inviables, la primera por cuanto dicho precepto está para proteger y amparar a los menores en situaciones de riesgo y peligro, y esta no lo es, y la segunda, dado que después de valorar la situación, el incumplimiento, no es en ningún caso voluntario, ni elegido, por lo que no cabría ningún reproche.

B).- Hay quienes, realizaban una distinción según el tipo de custodia, y en base al mismo podía realizarse o no el Rv. En este sentido Juan Pablo González del Pozo, en relación con el desarrollo del Rv de la custodia monoparental, entendía que sí

resultaba afectado, pero no así respecto de la GyCc, al que sólo afectaría en relación, a las visitas fijadas o días especiales (del padre, de la madre, cumpleaños...). Señala que el RD de alarma no permite dar cobertura a la salida de los menores para realizarlo, y no hay amparo en ninguno de los apartados del artículo 7.1º, ni el d) que únicamente permitiría el regreso al domicilio habitual, a su residencia habitual, en el caso de encontrarse con el progenitor no custodio en el momento del estado de alarma, no su salida para realizarlo; ni el apartado e) ya que el Rv no supone la realización de ninguna atención especial de asistencia y cuidado, ni el apartado g) ya que no hay ninguna situación de necesidad o fuerza mayor en ello. Por el contrario parte del concepto de residencia habitual para señalar que al tener el menor dos residencias habituales, si puede desplazarse.

“En los casos de menores en régimen de custodia compartida, el menor tiene dos residencias habituales, la del padre y la de la madre, lo que permite que los hijos puedan desplazarse del domicilio de uno al del otro progenitor para la alternancia de los periodos de convivencia del menor con uno y otro progenitor sin que ello suponga infringir lo dispuesto en el art. 7.1.d) del Real Decreto 463/2020 (LA LEY 3343/2020), toda vez que, salgan de uno u otro domicilio, siempre "retornan al lugar de su residencia habitual. Como señala la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo (LA LEY 74/2006), sobre "Guarda y Custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores" no existe norma civil ni administrativa expresa y específica para la determinación del domicilio del menor en situaciones de patria potestad y guarda y custodia compartida, pues el artículo 54.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, (LA LEY 1799/1986) aprobado por el Real Decreto 1690/1986 (LA LEY 1799/1986), no resuelve la cuestión en la medida en que ambos son progenitores custodios. Por tanto, en estos casos, ningún obstáculo legal existe para realizar los traslados de los menores al domicilio de uno u otro progenitor para dar cumplimiento al reparto de tiempos de convivencia judicialmente establecidos. Ello no obstante, en los casos, los más frecuentes, de custodias compartidas por semanas alternas en que se hayan establecido días de visita intersemanales para el progenitor que no desempeña la custodia en la semana que le corresponde al otro, es recomendable que los progenitores lleguen al fácil acuerdo de prescindir ambos de esos de visita intersemanal para no realizar tantos traslados de los menores y minimizar, de este modo, el riesgo de contagio de los menores y de los adultos que le acompañan derivado del mero hecho de transitar por las vía o espacios públicos al haberse comprobado que el coronavirus causante de la pandemia sobrevive en el suelo durante horas y de allí puede pasar fácilmente al calzado o ropa de los viandantes y posteriormente, a través del contacto corporal con la indumentaria, a las personas”.²⁹⁰

C).- La tercera posición de la doctrina, estimó que no debía cumplirse. No era una situación de incumplimiento de una resolución judicial, sino una suspensión temporal de hecho de dichos regímenes por una situación excepcional, muy grave, y que afectaba directamente al menor, ya que podía incidir en su salud. Había una prioridad sobre las visitas o el intercambio en el régimen de GyCc, la salud del menor, y también la salud pública como venimos repitiendo.

²⁹⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores” en *Diario La Ley*, Nº 9600, Sección Tribuna, Ed. Wolters Kluwer, de 24 de marzo de 2020, p. 6 y 7. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

Afortunadamente para casi todos los padres, fue prioritaria la salud de sus hijos, tal como se demostró, en los momentos más duros de la pandemia, los progenitores utilizaron ese “sentido común”, al que todos apelamos en tantas ocasiones, y que normalmente suele brillar por su ausencia, sorprendentemente apareció, y apenas hubo un volumen significativo de procedimientos, en relación con la brutal litigiosidad que existe en estas cuestiones de derecho de familia.²⁹¹

Podemos por último, debemos señalar las dos directrices que se fueron fijando en ese tiempo, a la luz de una situación excepcional, que fueron mayor comunicación y recuperación del tiempo.

La necesidad de una mayor comunicación, tanto con el hijo menor, como entre los progenitores en relación a las cuestiones de salud de este. Hubo un acuerdo generalizado en señalar la necesidad, que el progenitor con el que se encuentre el menor, proporcionara las mayores facilidades al otro, a los efectos de mantener el contacto, las nuevas tecnologías nos ayudaban, videollamada a través de Whatsapp, FaceTime de vídeo entre IPones, Skype, son medios para poder mantener el contacto; y también que la comunicación fuera fluida en relación a la situación sanitaria del hijo menor y de la familia de ambos, a los efectos de tomar medidas respecto del mismo, en base a la alerta sanitaria, si se necesitaba atención médica urgente, si había personas contagiadas en su entorno etc., aunque este deber de información entraría dentro de la patria potestad, se reforzó su necesidad.

La Recuperación de tiempo. Se ha sostenido en general la necesidad de compensar el tiempo que el progenitor no custodio ha pasado sin tener a su hijo. Entiendo que salvo acuerdo de las partes, no era posible. En primer lugar porque no hay ningún supuesto legal que ampare tal recuperación, y en segundo lugar porque es una situación de fuerza mayor, en la que la custodia y la visita, se interrumpen por causas que no son imputables a nadie, y el tiempo de estancia con el progenitor custodio, precisamente no es un tiempo de calidad, sino de necesidad. Por otra parte, ¿Como compensarlo?, ¿Por horas exactas perdidas, o en cómputo global aproximado?, ¿A qué tiempo unirlo?,... el hijo común por el que ambos padres se han sacrificado, velando por su salud, necesita volver lo antes posible a la normalidad, volver a modificar su situación con tiempos nuevos, a mi juicio no le beneficia en absoluto.

Sin embargo esta opinión, apenas ha sido sostenida, y por el contrario la recuperación de tiempo ha sido defendida por las juntas de jueces de 1ª instancia/familia y JVSM. Entre otras, y por ser de las primeras, citamos la de Baleares que, en acuerdo de 17-03-20, ya reflejaba que los acuerdos tomados lo eran “... sin perjuicio que al finalizar esta situación excepcional, puedan acordarse medidas de compensación respecto de las visitas en cada asunto afectado por el juzgado correspondiente, y que su ejecución dependerá del Punto de Encuentro Familiar y los progenitores”; otras juntas de jueces convocadas con motivo del estado de alarma, como la de Burgos, proponía que “... una vez finalice el estado de alarma la parte que se considere perjudicada podrá reclamar judicialmente una compensación o recuperación del tiempo perdido, apelando a la responsabilidad de los padres para que se pongan de acuerdo y no colapsen los Juzgados.

²⁹¹ La contención fue enorme, como ejemplo, Alcalá de Henares mantenía 1.264 procedimientos “vivos” de familia, en los juzgados de familia y violencia a fecha 25-02-2020, después del Estado de alarma, y vistos los procedimientos que se han tramitado amparados en el artículo 158 del CC, el porcentaje de estos procedimientos no llegaría al 3% (según datos proporcionados por los LAJ del área de Alcalá de Henares).

Son muy pocos los procedimientos que se han incoado, para la recuperación de los tiempos de la pandemia.

4. OTRAS MEDIDAS QUE SE DEBEN ADOPTAR.

También son importantes el resto de medidas que se deben adoptar en la ruptura, que influyen en el futuro desarrollo de la familia. Hemos dedicado el mayor tiempo de estudio a las que considero más importantes, en relación a los hijos comunes que son las medidas que van a marcar casi todas las demás. Haremos un breve recorrido para ver la atribución del domicilio familiar, las pensiones por alimentos y compensatoria, así como el reparto de las cargas familiares.

4.1. LA ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR.

El artículo 96 del CC señala, “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial*”.

La redacción de este artículo ha sido modificada de forma completa por la ley 8/21 de 2 de junio, por lo que a partir del 3 de septiembre de 2021, la regulación será diferente, su tenor será el siguiente:

“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación. Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

En los procedimientos de medidas y en el principal se debe incluir el pronunciamiento sobre la atribución del domicilio familiar. El TS se ha pronunciado entre otras en STS 320/2014, de 16 de junio de 2014, rec nº 594/12, "El interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente:<la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC >". Es cierto que esta Sala ha introducido algunas excepciones a la medida de uso cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: una, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otra, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011 ; 5 de noviembre 2012 , 15 de marzo 2013, entre otras)".

Al menor se le debe prestar alimentos, y dentro de estos se encuentra la habitación. La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios. El carácter de domicilio familiar es fundamental, acudiendo al concepto jurisprudencial fijado, el lugar donde la familia desarrolla sus derechos, vida cotidiana, y habitual. En esta atribución del domicilio familiar, además de las circunstancias generales, no sólo se puede, sino que se debe valorar la situación de la mujer como víctima de violencia de género, y ello tanto en la situación de matrimonio, como de pareja de hecho.

Si se ha dictado una OP, puede haber ya una inicial atribución, que luego se ventilará de forma definitiva en el procedimiento civil. En violencia, en el momento de atribuir el domicilio, debe atenderse siempre a la existencia de hijos menores comunes o no, mayores de edad, pero convivientes que no tengan ingresos propios, hijos con alguna discapacidad, y también se debe realizar la atribución del domicilio en situaciones en las que no hay hijos, se siguen con carácter general las normas generales de atribución, siempre teniendo en cuenta la prohibición de la GyCc.

Julián Ángel González Sánchez, en relación a las parejas de hecho, indica que “El art. 96 CC es aplicable a las parejas de hecho y, consecuentemente, podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar en una orden de protección a cualquiera de sus integrantes, independientemente de la existencia o no de descendientes comunes. Existiendo descendencia común de la pareja, debe tenerse presente, no solo el principio del *favor filii*, sino también que son los hijos los beneficiarios del derecho de uso, que se extiende al progenitor en cuya compañía quedan –o, en otras palabras, al padre o a la madre en tanto se les confiere la custodia de sus hijos, e, igualmente, los arts. 108.2 CC –a cuyo tenor “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”– y 142 CC – que, dentro del contenido del derecho de alimentos, incluye la cobertura de las necesidades de habitación del alimentista. La jurisprudencia es pacífica al respecto. La STS, Sala 1.ª, de 7 de julio de 2004 dispone que “en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia «more uxorio» y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, dice la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 que «es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 del Código Civil y matiza el apartado cuarto del mismo artículo» y añade «y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho». Si esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad (SP/SENT/811311)].”²⁹²

Hay algunos supuestos en los que se adopta, de forma excepcional, que cada uno de los padres tenga la GyC de cada uno de los hijos, ello pese al principio general de no separar a los hermanos, en este caso ambos progenitores serían custodios, y según la jurisprudencia del TS, el juez debe resolver lo procedente, apreciando las circunstancias concurrentes. Y esta ponderación de las circunstancias concurrentes se ha determinado para evitar caer en una arbitrariedad por la jurisprudencia.

La incidencia de la convivencia de una nueva pareja en el domicilio familiar, se ha valorado por el Pleno de la Sala Primera del TS que ha resuelto en la sentencia nº 641/2018, de 20 de noviembre que procede extinguir el uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge no custodio y a sus hijos, como consecuencia de la convivencia en la misma de la nueva pareja, señala que “La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar”. En principio, sobre esta cuestión no hay ninguna especialidad que pueda afectar a la violencia de género, hasta ahora, dado que la nueva redacción del artículo 96 del CC, con carácter general atribuye la vivienda familiar a los hijos menores edad, hasta que todos alcancen la mayoría de edad. Este límite de la mayoría de edad de los hijos menores para disponer del domicilio se va a convertir en una de las cuestiones más debatidas y complejas, puesto que el uso del domicilio familiar es el “caballo de batalla” de muchas rupturas, y en vez de establecer límites por el contrario, a la baja, obligando a realizar la liquidación de la sociedad de gananciales a continuación del procedimiento principal,

²⁹² GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A., “Contenido de la orden de protección”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18871, diciembre de 2014, p. 19 y 20. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/> (Última visita 26-09-20).

llegando así a una ruptura legal y real para las partes, que no les permita entrar en un juego de intereses en el que sus hijos forman parte, lo que se hace es enrocar a uno de los progenitores, que tras la reforma en violencia de género, va a ser siempre la madre en el domicilio.

Circunstancias especiales de la situación de violencia de género.

a) Si la vivienda está en régimen de alquiler, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, según la revisión vigente desde 06 de Marzo de 2019, establece en su artículo 12, la posibilidad de continuar en el arrendamiento el cónyuge que se queda en él, es decir la mujer en el caso de querer continuar en su situación de arrendataria podría continuar de acuerdo con lo previsto en este artículo.²⁹³ La ley que regula la 2ª oportunidad en materia de desahucios, incluye como personas vulnerables a las víctimas de violencia de género, ley 25/15, de 28 de julio sobre oportunidad de reducción de las cargas financieras.

b) Cabe también que la víctima acuerde con una agencia o sociedad pública la permuta del uso de la vivienda, artículo 64.2 de la LIVG como hemos visto.

c) La condición de víctima de violencia de género, influye también incluso en la ejecución hipotecaria. Así lo puso de relieve la STC, Sala Segunda, 167/2015, de 20 de julio (SP/SENT/8212971).

El procedimiento de ejecución hipotecaria, se interesó como consecuencia del incumplimiento del contrato firmado por ambos esposos/demandados, que se encontraban en régimen económico-matrimonial de gananciales, para garantizar la adquisición de la vivienda. Cuando se produjo la notificación personal al entonces marido, del requerimiento de pago y del auto de despacho de ejecución, existía sentencia firme de condena del marido por malos tratos, orden de protección y alejamiento, por lo que la esposa no tenía su domicilio en la finca hipotecada. En la diligencia negativa de notificación, se hizo constar textualmente que el marido “confirma que la persona por la que me intereso, arriba referenciada, abandonó el domicilio conyugal en el mes de agosto del presente año.

²⁹³ Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario. 1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge. 2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto. Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada. 3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario. Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes. 4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia”.

No conociéndose, su nueva dirección particular, se siguieron las actuaciones, y la esposa fue citada por edictos, cuando en el momento de efectuar el lanzamiento, se constató que no se había tenido conocimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya que a la vista de las circunstancias de violencia existentes, no tuvo en ningún momento oportunidad de defenderse, por lo que su representación procesal planteó un incidente de nulidad que fue inadmitido por el juzgado, lo que dio lugar al recurso de amparo ante el TC.

En la sentencia, el TC estudia una faceta nueva en materia de emplazamiento, puesto que sobre la norma procesal se produce una interferencia derivada de la existencia de una conducta de violencia de género, problema éste de innegable repercusión social, lo cual justifica la admisión del recurso.²⁹⁴

“...lo que justificó la admisión del presente recurso de amparo por su especial trascendencia constitucional era la conveniencia de adecuar nuestra doctrina a los casos en que el desconocimiento del domicilio de la ejecutada responde a la necesidad de eludir una situación de violencia de género. Y a este respecto hemos de declarar que, con independencia de que el Juez haya agotado todas las posibilidades de investigación del domicilio de la ejecutada, cuando ésta comparezca en el procedimiento e interponga incidente de nulidad de actuaciones en el que ponga de manifiesto que el desconocimiento de un domicilio, a efecto de llevar a cabo en él las correspondientes notificaciones, se debió a la situación de violencia de género que estaba padeciendo, dicha circunstancia debe ser objeto de una especial ponderación por el juez, valorando, en cada caso, la necesidad de salvaguardar el deber de confidencialidad debido a la situación de la víctima.

La aplicación de tales criterios a la cuestión examinada permite concluir reconociendo que, en este caso, no se protegió eficazmente a la ejecutada, víctima de malos tratos, pues si bien cabe argüir que el Juzgado no conoció la situación de violencia en el momento del emplazamiento, lo cierto es que tal situación fue puesta de manifiesto en el incidente de nulidad de actuaciones sin que fuera debidamente ponderada por el órgano jurisdiccional, lo que resulta a todas luces incompatible con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal en el contexto en que se produce el intento de emplazamiento, por lo que se estima la procedencia del reconocimiento de la vulneración del art. 24.1 CE.5.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) que se denuncia en la demanda, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art.55.1 LOTC, procede otorgar el amparo que se solicita, declarando la nulidad del Auto impugnado y retro trayendo las actuaciones al momento anterior al requerimiento de pago a la recurrente, para que se le comunique en legal forma el despacho de ejecución...”

4.2 PENSIÓN POR ALIMENTOS.

La fijación de la cuantía por alimentos, supone uno de los temas más conflictivos en la determinación de las medidas familiares, y por lo tanto también en violencia de

²⁹⁴ “... el órgano judicial tiene no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación procesal, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero”.

género. De hecho en muchas ocasiones, es el único punto a discutir, ya que se puede estar conforme con el resto, pero el dinero a pagar en concepto de pensión, es difícil de acordar. No hay especialidades en violencia de género, se siguen las reglas generales.

La jurisprudencia ha fijado los criterios para resolver su fijación, conforme a una correcta interpretación de lo dispuesto en los artículos, 93, 142, 145 y 146 y concordantes del CC. Dicho importe, se debe ajustar a varios criterios:

1.- Proporcionalidad entre los medios con los que cuenta el alimentante, y las necesidades del alimentista, sin olvidar que el progenitor custodio, también está obligado a contribuir de modo directo a la prestación alimenticia, en la medida que lo permitan sus posibilidades económicas, sea cual fuere la fuente de ingresos, que se perciba por el progenitor que tiene la guarda de los hijos. De modo que es necesario, analizar la situación laboral y económica de ambos, del obligado a la prestación, y del progenitor con el que van a convivir los menores, valorar los gastos que deben abonar para su propia subsistencia, alojamiento, etc, así como los gastos de los menores.

2.- La cuantía de los alimentos, debe ser proporcional al caudal y los medios de quién los da, y las necesidades de quien los recibe. La fijación se reduce a una cuestión de prueba, de valorar los hechos determinando la cuantía, que será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia, cuyo criterio solo puede revisarse, cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas. En todo caso, tanto la necesidad como la capacidad económica, son cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación, a la libre valoración y discrecionalidad del juzgador, que debe atemperarse con los elementos de juicio y base de proporcionalidad que establece el artículo 146 del CC.

3.- Las necesidades del hijo común han de ser entendidas en los términos del artículo 142 del CC, *“se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”*.

Así pues la fijación de la pensión por alimentos debe ser de posible cumplimiento, dado que es absurdo fijar pensiones muy altas, cuando no va a ser posible satisfacerlas, en este sentido, SAP Madrid, sección nº 22, de fecha 7-02-2020, rec nº 34/20185M 791/2020, reiteradamente viene sosteniendo *“...que la fijación de contribuciones de imposible, sacrificado o difícil pago, que por elevadas aboquen al obligado a incumplimientos, en una materia en la que estos rozan la esfera del derecho penal, al que en todo ámbito debe darse la intervención mínima, no es acorde al bonum filii, siendo por el contrario más prudente establecer aportes realistas, susceptibles de ser abonados con regularidad en el tiempo, evitando otro efecto negativo más, que se generen deudas por alimentos de imposible ejecución no se engrosen las que ya puedan existir”*.

En la fijación de la cantidad cuando hay hijos menores/discapaces interviene el MF, de forma necesaria, (artículo 749.2 de la LEC) su petición es importante a efectos de valorar la pensión solicitada, y ello, dado que actúa en el exclusivo beneficio de los menores, con imparcialidad y objetividad, por lo que la pensión que se solicita por este, lo es amparando los intereses de los menores y también teniendo en cuenta la situación real de sus progenitores.

Se deben fijar también, los gastos extraordinarios de los hijos menores de edad, y la proporción en la que cada uno de los progenitores debe contribuir, que normalmente será al 50%, pero admite graduación. Su fijación es en muchas ocasiones conflictiva, dada la falta de acuerdo fundamentalmente en las diferentes actividades que puede desarrollar el menor (inglés, clases de refuerzo, teatro, patinaje, judo, piano, atletismo, fútbol...)

En relación la fijación, actualización, atrasos, períodos vacacionales etc, la pensión por alimentos, su adopción es igual en todos los supuestos, haya o no violencia.

En relación a los hijos mayores de edad, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, se reconoce la legitimación a un progenitor para reclamar alimentos para hijos mayores de edad que convivan con dicho progenitor, y que sea el mismo quien los perciba y administre, así lo señala entre otras las STS núm. 411/2000, de 24 abril, y 156/2017, de 7 de marzo, "... se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores. Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso que, en consecuencia, ha de ser estimado» (STS de 30 de diciembre de 2000, Rec. 3578/1995).

Los aspectos que vamos a destacar al estar más relacionados con la violencia de género, son: la situación de ingreso en prisión, de paradero desconocido y la pensión con una cuantía de mínimo vital, ya que hay múltiples e interesantes cuestiones en relación con la pensión por alimentos, que desbordarían el ámbito de nuestro estudio, como la incidencia del nacimiento de un hijo en una relación sentimental nueva, y su efecto en la pensión por alimentos a abonar, la obligación de informar y acreditar al padre el rendimiento académico para continuar con la obligación de abono de ciertos estudios, la incidencia de la falta de una total relación con el progenitor, hasta cuando permanece esta obligación de alimentos...cuestiones que seguirían los criterios generales.

A) Sobre el ingreso en prisión del progenitor, se plantean múltiples cuestiones, independientemente que dicho ingreso, sea debido a la violencia de género, o a otras causas, ¿Debe seguir pagando la pensión por alimentos? La doctrina jurisprudencial del TS, establece "... la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos". El TS, valora en tal sentido, de un lado, la naturaleza de la obligación de dar alimentos, catalogada como una de las de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española, siendo además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad. Por otro lado, tiene en cuenta al establecer dicha doctrina, que no se requiere una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la correspondiente contribución, sino que también es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones alimenticias, siempre con el límite impuesto en el artículo 152.2º Código Civil, si la fortuna del obligado a dar los alimentos se hubiese reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. Es evidente, en consecuencia, que el hecho del ingreso en prisión no constituye motivo suficiente que determine la suspensión temporal del pago de tal obligación alimenticia. Se

impone por tanto al progenitor obligado a dicha prestación la carga de acreditar la ausencia de ingresos o de otros recursos para afrontar dicha obligación”, STS, Sala I, de 14 de octubre de 2014.

B) La fijación de pensiones cuando el progenitor está en paradero desconocido, o cuando no tiene medios económicos, plantean los problemas de “fijación de pensiones de futuro”. En este sentido, el TS señala “...en aplicación de esta última sentencia de 2 de marzo de 2015 Rec. 735/2014, ante una situación de paradero desconocido del progenitor alimentante, señala la obligación de pagar alimentos al hijo menor, se refleja así en la STS, de 22 de julio, de 2015, Rec. 737/2014, en este caso en relación a una unión no matrimonial, estima que el padre no queda exonerado de la obligación de alimentos, fijándose un 10% de los ingresos que se acrediten por el padre, a pesar de desconocerse el trabajo que pudiera desarrollar o no en la actualidad, ya que declara que “junto con la necesaria protección de los intereses del rebelde procesal, está la necesidad de que los tribunales tutelen los derechos del menor y como señala el Ministerio Fiscal, no podemos soslayar la obligación que el padre tiene, constitucionalmente establecida, de prestar asistencia a sus hijos, (artículo 39 de la Constitución).

C) Si el progenitor no tiene medios económicos, se plantean problemas, como la fijación de una pensión, aunque sea mínima “un ingreso mínimo vital”. «De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.

Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013). La STS de 5 de octubre de 1993 desestimó, como también se decide en ésta, la cesación de tal obligación, si bien advertía: "sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestar alimentos al hijo menor de edad carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación, lo que aquí no acontece".

Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante» (STS de 12 de febrero de 2015, Rec. 2899/2013, de 2 de marzo de 2015, Rec. 735/2014).

«La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y

siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa". Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia...", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres» (STS de 2 de marzo de 2015, Rec. 735/2014).²⁹⁵

En este sentido la AP de Badajoz, en sentencia nº 18/2020, de 29 de enero, Rec 282/19, (LA LEY 3065/2020), estimaba que no se puede fijar la pensión de alimentos a cargo del padre, para cuando empiece a trabajar, ya que no se conocen las posibilidades del obligado, ni las necesidades de la hija cuando se produzca ese evento futuro; no considera admisible la fijación de una pensión, dependiendo de hechos futuros. Señala que "En definitiva, la determinación de la pensión por alimentos que el padre haya de satisfacer cuando tenga ingresos habrá de hacerse cuando realmente dicho hecho se produzca para así poder aplicar el principio o regla legal de proporcionalidad, atendiendo igualmente en ese momento a las necesidades de la hija menor, todo ello a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas".²⁹⁶ Es pues una cuestión discutida y controvertida.

Sí se plantea una cuestión específica en violencia de género, y es el debate sobre la incidencia que pueda tener en la determinación de la pensión de alimentos las ayudas económicas que pueda recibir la víctima, en aplicación del artículo 27 de la LIVG. Este artículo desarrolla las ayudas sociales que la víctima de violencia de género, y se refiere al colectivo más desfavorecido de estas víctimas, según lo que dispone el nº 1 de este artículo señala: "1. Cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias,

²⁹⁵Recopilación de Criterios de la Sala I en Recursos por Interés Casacional y en Procedimientos de Tutela Civil y Derechos Fundamentales, p. 14 y 15. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (Última visita, 18-10-2020).

²⁹⁶ La sentencia dictada en primera instancia en el divorcio de los litigantes estableció una pensión por alimentos a favor de la hija menor de edad a abonar por el padre en el momento en que comenzase a trabajar (atendiendo a su actual situación de desempleo), consistente en el 30% de su nómina. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Badajoz deja sin efecto dicho pronunciamiento por considerar inadmisibile la determinación de la pensión alimenticia dependiendo de un evento futuro. La regla de proporcionalidad aplicable a la hora de fijar el importe de dicha pensión alimenticia exige ponderar, de un lado, las necesidades del hijo alimentista y, de otra, los medios económicos del progenitor alimentante, salvo aquellos supuestos en los que se establece el llamado "mínimo vital" por escasez o precariedad del obligado a su pago. Por ello, no es aceptable la determinación a futuro de la pensión en un porcentaje fijo de la nómina del padre cuando llegue a trabajar por cuanto se desconoce no solo del importe concreto de la nómina y también, eventualmente, de otra u otras posibles fuentes de ingresos, sino también las necesidades de la hija en el momento en que se produzca un evento futuro, como es el acceso a un empleo del padre, del que se hace depender el importe de la pensión de alimentos. A lo que debe añadirse que también habrá que considerar los recursos de la madre.

recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional”.

“Se ha debatido en algunos procedimientos civiles de determinación de pensión alimenticia, si ha de incluirse como ingreso computable de la madre las ayudas que percibe en aplicación del artículo 27 de la LO 1/2004, dado que el importe y duración de la prestación se determina en relación con el número de personas dependientes de la víctima, por lo que se deduce que la prestación está destinada siquiera parcialmente a sufragar los gastos de éstos..., es prácticamente unánime el criterio de que no se tenga en cuenta tal prestación a la hora de determinar la pensión alimenticia. Ello desde una interpretación acorde con la perspectiva de género en la que se regula, siendo que, en efecto, la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 establece que “estas ayudas... tienen como objetivo fundamental facilitarle (a la víctima) unos recursos mínimos de subsistencia que le permitan independizarse del agresor”, por lo que no parece razonable que dicha prestación se tenga en cuenta para, precisamente, minorar la pensión debida por el agresor. Por otra parte el carácter temporalmente limitado de la prestación impide que sea valorable como ingreso de cara a la determinación de la pensión alimenticia (STS de 2 de junio de 2015). En ese sentido se ha pronunciado la STS de 24 de febrero de 2017 respecto de una pensión compensatoria, que mantiene inalterada pese a la recepción por la mujer de una prestación por violencia de género, estimando que el ingreso público es coyuntural y temporal no considerándolo suficiente para reducir o eliminar la pensión de desequilibrio”. Determinándose en las conclusiones finales, que el MF a la hora de determinar la pensión alimenticia de los menores, no deberá tener en cuenta las prestaciones que la madre pueda percibir por su condición de víctima de violencia de género”.²⁹⁷

Tal y como señala Asunción Ventura Franch, sobre el carácter de esta ayuda social, la conclusión no podía ser otra que su exclusión como renta a la hora de computar el importe de la pensión, “Asimismo, se contemplan unas ayudas sociales para aquellos supuestos en que se estime que la víctima debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales no va a mejorar de forma sustancial su empleabilidad, ni se prevé su incorporación al programa de acción específico creado al efecto para su inserción profesional. Estas ayudas tienen como objetivo esencial facilitar a la víctima unos recursos mínimos de subsistencia que le permitan independizarse del agresor (art. 27). “...la norma que la regula es insuficiente para dar una respuesta adecuada y merecida al colectivo más deprimido de todas las víctimas de la violencia de género, el que no tiene independencia económica, por lo que han vivido ellas y sus hijos y/o familiares minusválidos dependiendo del agresor, y además, por lo general, con una formación profesional mínima o inexistente, por lo que sus posibilidades de encontrar empleo sin una promoción especial son nulas. Nos encontramos, por tanto, con una medida de compromiso, ya que el legislador no pretende solucionar de forma definitiva el problema vital de la subsistencia de la víctima, sino que sólo abona una cantidad a tanto alzado para cerrar después la puerta a cualquier otra solución. Si nos detenemos en el precepto podemos observar cómo uno de los requisitos indispensables para poder acceder a la prestación es que el

²⁹⁷ CONCLUSIONES DEL XII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, celebrado en Madrid, los días 23 y 24 de octubre de 2017, Punto VI. II, p. 29 y 30. Disponible en: <https://www.fiscal.es>(Última visita, 18-10-2020).

Servicio de Empleo correspondiente, que es en definitiva el que debe luchar por la recolocación de la víctima, la califique de irrecolocable, emitiendo al efecto un certificado... En conclusión, no es adecuado que el legislador deje sin resolver el problema de la supervivencia del colectivo más deprimido de la violencia de género, por lo que es menester emprender programas especiales de inserción profesional de este grupo, promocionando además el empleo de estas mujeres en las empresas ya creadas en la zona geográfica de actuación o promocionando la creación de otras expresamente para ello”.²⁹⁸

4.3 PENSIÓN COMPENSATORIA.

“La pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente, susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, incardinable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges, condicionada, por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en el art. 97 del CC, y fundada en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital.

Como señala la STS 236/2018, de 17 de abril, con cita de las SSTS de 22 junio de 2011, y 18 de marzo de 2014, rec. 201/2012: "El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que "(...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge".

Ahora bien, como señala la reciente STS 96/2019, de 14 de febrero, la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como "cualquier otra circunstancia relevante", de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC. Ello es así, dado que las circunstancias concurrentes del art. 97 del CC operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y como módulos de cuantificación de su montante. En este sentido y por todas, sentencia del TS Sala I, Sección: 1 de fecha 12/02/2020, N° de Recurso: 1512/2019 N° de Resolución:100/2020.

Es evidente que a la hora de fijar la pensión compensatoria, una vez que se determinan los parámetros debidos, si se puede valorar como una circunstancia más y a mi juicio importante, la situación de violencia de género, que cabría incluir dentro del n° 9 del artículo 97 del CC, sin que el hecho de cobrar las ayudas por esta

²⁹⁸ VENTURA FRANCH, A., *El Derecho a la Protección Social de las Víctimas de la Violencia de Género. Estudio Sistemático del Título II de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral Contra la Violencia de Género de acuerdo con la Distribución Territorial del Estado*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 134, 197 y 198.

situación, deba incidir en su fijación, como hemos visto en relación a la pensión por alimentos.

Sobre la compensación exigible por el trabajo dentro del hogar. La reforma del CC, que tuvo efecto por ley 11/1981, de 13 mayo, introdujo el artículo 1.438, en la regulación del régimen de separación de bienes, que pueden pactar los cónyuges, estableciendo que: *“el trabajo para la casa [...] dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”*.

Se ha planteado si es el proceso matrimonial el cauce adecuado para solicitar la compensación prevista en este artículo. La reciente STS, Sala 1ª, de 20 de febrero de 2018, responde a esta controvertida cuestión, declarando que la acción para reclamar la compensación del artículo 1438 del CC, es autónoma e independiente y, por tanto, se puede solicitar dentro de un proceso matrimonial, de separación o divorcio, pero también, se puede pedir de forma independiente, en el proceso declarativo correspondiente. Es más, como parece dar a entender el TS, de hecho resulta más conveniente reclamar la indemnización dentro del proceso matrimonial junto, en su caso, si se estima pertinente, con la pensión compensatoria, ya que de ese modo se conoce de manera “global la situación personal y económica de ambos ex-cónyuges”. Y es que -al contrario que en las medidas provisionales donde se reclama por el concepto global “cargas familiares” (artículo 103.3ª del CC)- en el proceso de medidas definitivas de divorcio o separación hay hacer las reclamaciones económicas por partidas concretas: a) alimentos de los hijos, b) gastos extraordinarios, c) uso de la vivienda, d) pensión compensatoria del artículo 97 del CC y ss., y e) la indemnización del artículo 1438 del CC, cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. El TS nos dice que estos dos últimos conceptos son compatibles y se pueden reclamar en el mismo procedimiento matrimonial. Esta característica, (compatibilidad de ambas prestaciones) queda argumentada remitiendo a otra resolución de la Sala; la STS 1ª de 17 de noviembre de 2015, el artículo 1.438 del CC es, “...una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación, y que puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente...”

Como vemos, las cantidades que se fijen judicialmente por cada uno de los conceptos, tienen incidencia en la cuantía y duración del otro, máxime teniendo en cuenta, que el TS para fijar la pensión compensatoria, sigue ahora un criterio subjetivista, en el sentido de que todas las premisas del artículo 97 del CC, se deben valorar no solo para fijar la cuantía y forma de pago de la pensión, sino previamente, para determinar si hay o no desequilibrio económico, valorándose para ello, incluso el resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Respecto de esta indemnización hay jurisprudencia reiterada en cuanto a cuando procede, pero no lo es en cuanto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida, ni como pagarla, habiendo múltiples formas según las diferentes AP. No suele ser un pronunciamiento que se solicite con frecuencia en violencia de género.

4.4. EL REPARTO DE LAS CARGAS FAMILIARES.

No podemos dejar de hacer referencia a las cargas familiares, en una visión global de la materia civil de la violencia de género. Es un concepto que no está legalmente determinado, sino que se construye a través de los diferentes artículos a los que se refiere el CC de forma dispersa, entre ellos los artículos, 90 d), 91 c), 103.3, 1318, 1362, 1438 o 1552, y las múltiples construcciones doctrinales.

Jurisprudencialmente la noción de cargas del matrimonio se identifica con las necesidades de la familia, y los gastos necesarios para sostenerla.

El TS ha realizado una asimilación de hecho del concepto cargas matrimoniales, al concepto de cargas familiares, "...la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (artículo 103.3.CC)", entre otras en STS de 31 de mayo de 2006, Rec. 4112/1999; y en la más reciente, STS de 17 de febrero de 2014, rec. nº 313/2012.

La descripción más ajustada de lo que puede considerarse cargas del matrimonio la encontramos en el artículo 1.362, 1ª del C. Civil, mencionando los gastos relativos al sostenimiento de la familia, alimentación y educación de hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia, que se limita a los esposos y sus hijos.

"El concepto legal de cargas familiares es un concepto amplio y abierto. Se acepta que lo constituyen el conjunto de necesidades de la familia, cuyo contenido está constituido por los alimentos, la educación, protección, los gastos ordinarios de la vivienda familiar y la salud, es decir, todos aquellos gastos y obligaciones que permiten a los miembros de la familia vivir en unas condiciones dignas...Doctrinalmente, autores como MONTÉS PENADÉS (1) engloban en el concepto de cargas familiares el sustento, la habitación, y asistencia médica de todo el grupo familiar, educación y alimentación de los hijos comunes, gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo, y atenciones de previsión acomodadas a los usos y a circunstancias de la familia. DELGADO (2) entiende por cargas familiares como todos los gastos provocados por el consumo del grupo familiar no atribuibles especialmente a ninguno de sus miembros, así como los específicos de cada uno de ellos que entrarían en el concepto de alimentos. Gravita su fundamento, obligación, sostén y levantamiento en el principio de la solidaridad familiar entendido esencialmente como aquellas normas básicas orientadas a la protección de la comunidad de vida familiar, con independencia de la modalidad de familia adoptada. Por tanto, las cargas familiares se incardinan en la comunidad de vida que supone todo núcleo familiar, lo que conlleva que en su contenido se incluyan, como elementos básicos, la atención de la vivienda familiar y la educación e instrucción de los hijos. Con la ruptura matrimonial o de la convivencia se requiere un orden distributivo y obligacional de la cargas familiares, que quedarán individualizadas en las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio o de separación: en relación con los

hijos, la vivienda familiar, la liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas (ex. art 91 CC (LA LEY 1/1889)).²⁹⁹

Este concepto no es estático, sino dinámico, y evoluciona con la familia en cada momento de su desarrollo. También es diferente según el tipo de familia, que en nuestro caso se ciñe únicamente a la familia heterosexual, de acuerdo con lo previsto en la LIVG, y dentro de esta familia, las regulaciones aplicables son diferentes, según nos encontremos ante un matrimonio, que se encuentre con un régimen de gananciales, artículo 1362 del CC, o un sistema de separación de bienes, previsto en el artículo 1438 del CC, o ante una unión de hecho, ya esté registrada, o no.³⁰⁰

Cada situación debe regularse según el derecho correspondiente, común o autonómico, y tener también en cuenta, los diferentes pactos a los que las partes pueden llegar dentro del marco legal.

Mientras la familia funciona, no hay problema en relación a la contribución a las cargas, estos surgen cuando se rompe. Los artículos 90.d) y 91 del CC, establecen la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio en los supuestos de ruptura.

El pronunciamiento que se realice en referencia a las cargas del matrimonio, se centra en las peticiones que hayan realizado las partes en sus escritos iniciales, y según sean estos, pueden incluir más o menos pronunciamientos, ya que el concepto de “cargas familiares”, incluye préstamos de compra de todo tipo, el pago del IBI, o de la comunidad de propietarios, sin que el “olvido” de solicitud de pronunciamiento pueda subsanarse vía apelación, en base al principio dispositivo que rige en nuestro derecho procesal civil.

En cada caso, el juez o tribunal examinará las condiciones del matrimonio, su régimen económico matrimonial, y resolverá sobre su abono.

Tras la ruptura hay una adjudicación del uso de la vivienda familiar, y a falta de acuerdo debe determinarse quién corre con los gastos inherentes a la propiedad, los inherentes al uso y quién abona el préstamo hipotecario. Lo que en principio parecería fácil, ha llegado para su resolución al TS.

A) Los gastos inherentes al uso de la vivienda habitual, entendiendo por estos los de agua, luz, gas, teléfono, es pacífico que corren por cuenta del que utiliza el bien.

²⁹⁹ DOMINGO MONFORTE, J.,e IGLESIAS PÉREZ, N., “Las cargas familiares ante los nuevos modelos de unión y de familia”, en *Diario La Ley, Sección Tribuna*, Ed. Wolters Kluwer, de 27 de marzo de 2019, p 1 y 2. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 18-10-2020).

³⁰⁰ PÉREZ GÁMEZ, F.J., “Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis”, en *Diario La Ley*, Ed. Wolters Kluwer, de 13 de mayo de 2010 p 103. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> “...Las cargas familiares serán solo cargas matrimoniales, cuando subjetiva y objetivamente afecte sólo a los cónyuges. Sin embargo esta situación cada vez es menos paradigmática pues, con frecuencia, la referencia <familiar> del bien o institución y su protección va más allá del matrimonio...En la regulación autonómica de las parejas de hecho (11 leyes hasta el momento) la noción de <familia> y la calificación de las instituciones como <familiares> distan de ser claras. Junto a una ley (la ley catalana de uniones estables de pareja, en relación con el Código de Familia) que niega expresamente el carácter <familiar> de estas uniones, que sólo se predica de la familia matrimonial, hay otra ley (la balear) que utilizan precisamente la adjetivación <familiar> para las parejas de hecho y la niega para la familia matrimonial. Hay asimismo leyes que expresa o tácitamente califican de familiares las instituciones tanto matrimoniales como no matrimoniales (así en las leyes andaluza, canaria, vasca, extremeña, y cántabra) y por último hay legislaciones que expresa o implícitamente niegan toda consideración familiar a las uniones de hecho, remitiendo su regulación al puro pacto privado (leyes de la Comunidad Valenciana, de Madrid, y del Principado de Asturias)”.

B) Los gastos inherentes a la propiedad, son los impuestos que gravan directamente el inmueble, como el IBI, (STS de 563/2006, de 1 de junio), o los tienen relación directa con ella, como el seguro del hogar.

C) Hay partidas que pueden ser controvertidas, como por ejemplo el pago de los gastos de la comunidad de la vivienda. En relación a estos, hay una gran división en la jurisprudencia, sobre a quién corresponde asumir el pago tras la ruptura, dado que una de las partes tiene la atribución del uso de la vivienda, ¿Le corresponde a ésta? En general las AP, seguían hasta ahora un criterio diferente al del TS, en especial la AP de Madrid, que claramente señalaba, “Es jurisprudencia pacífica y unánime en las audiencias provinciales que los gastos de la Comunidad de Propietarios aunque sean responsabilidad de ambos cónyuges, por ser la casa ganancial, al estar atribuido su uso a los menores y a la madre en sentencia, las cuotas ordinarias cubren servicios que únicamente benefician a los menores y a la madre, porque se corresponden con la utilización y servicio del piso, como gastos inherentes a la ocupación del mismo, deben de abonarlo quien habita el inmueble y los utiliza, beneficiándose de los mismos, estando la esposa obligada a soportarlos al ostentar el uso y disfrute de la vivienda familiar”, por todas, SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2015. Parece bastante lógico que quién tiene el uso de la vivienda abone las cuotas ordinarias de comunidad.

Sin embargo tal postura no es compartida por el TS, que en sentencia nº 399/2018 de fecha 27-06-2018 establece, “En relación con los gastos derivados de la propiedad, como son los de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles, que tienen carácter *"propter rem"*, corresponden al propietario. A falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble. ...esta sala ha considerado en sentencia 373/2005, de 25 de mayo, que «la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento- se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos”.

Ahora bien tal pago es susceptible de fijación bien por las partes, bien por el juez en sus resoluciones, y la atribución de abono que se fija en la sentencia del TS indicada, se hace de forma subsidiaria en defecto de pacto entre las partes, o en su caso tras la petición expresa de su atribución por el juez, luego si nada se dice, las cuotas de la comunidad de propietarios debe pagarlas el propietario/s de la vivienda, sea o no el que tiene atribuido el uso.

En relación al préstamo hipotecario, sobre las cuotas hipotecarias que gravan los inmuebles, se plantea el interrogante de si las mismas constituyen una carga del matrimonio a los fines prevenidos en los artículos 90 y 91 del CC, tanto si el régimen económico matrimonial es de separación de bienes o de gananciales.

El TS se ha pronunciado reiteradamente excluyendo del concepto cargas familiares los pagos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pues de la amortización del préstamo habrá de responder quién lo suscribió, pero por razón de la obligación contraída, y no por la existencia del matrimonio entre los prestatarios. Así si se contrajo por el matrimonio, en situación legal de gananciales, en la STS de 28 de marzo de 2011, rec. 2177/2007 (RJ 2011,

939), señaló: “El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362 , 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC”.

En el caso del régimen legal de separación de bienes, la jurisprudencia del TS, es también clara: no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia... la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil , que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales”, (STS de 20 de marzo de 2013, rec. 1548/2010).

La jurisprudencia del TS entre otras las sentencias de 31 de mayo 2006, 5 de noviembre de 2008, 28 de marzo 2011 , 29 de abril de 2011 y 26 de noviembre de 2012, consideran que la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio.

La obligación del pago del préstamo hipotecario, deberá ser asumida por la propiedad, de acuerdo con el título de su constitución y según el tipo de régimen económico matrimonial.

CAPÍTULO VI: PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

“Violencia de género, todo por las mujeres, pero sin ellas”.

Hablar de mediación en violencia de género es sinónimo de prohibición, el artículo 87.5 *ter* de la LOPJ, introducido por el artículo 44 de forma tajante determina: “*En todos estos casos está vedada la mediación*”.

Podemos preguntarnos, ¿Por qué el legislador prohíbe la mediación, ¿Conoce lo que es?, ¿Cómo funciona?, ¿Sus beneficios?, desgraciadamente creo que no, y ello porque tras un estudio y acercamiento a la misma, he visto que es una gran desconocida para todos los operadores jurídicos, y aún más para la mayoría de los ciudadanos. Si hablamos de mediación en violencia de género, nos encontramos con la rotunda negativa a su admisión, apoyada en que la vulnerabilidad de la víctima, y la desigualdad de posiciones de poder, impiden la mediación, tanto en el ámbito civil como en el penal. Pero estas afirmaciones, parten de la falta de información de lo que realmente supondría para la víctima, como principal sujeto de protección, acudir a la mediación. No se han analizado sus garantías, sus ventajas, o sus inconvenientes antes de adoptar esa negativa.

Mediación sí, pero hay múltiples conceptos diferentes en torno a la misma, mediación penal, justicia restaurativa, métodos alternativos de resolución de conflictos, mediación civil, mercantil, familiar, intrajudicial, privada, escolar, sanitaria... ¿Conocemos lo que realmente son? Hablamos de mediación, tanto a nivel coloquial como jurídico, y lo equiparamos a “terciar en un conflicto”, pero es mucho más, supone una nueva forma de abordar los conflictos. En el estudio de la posibilidad de realizar mediación familiar en violencia de género es totalmente necesario hacer referencias a la materia penal, dado que ambos procedimientos van íntimamente unidos.

1.- MEDIACIÓN, OTRA FORMA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS.

La resolución de los “conflictos” en general, y en particular en nuestro país, ha estado y está dirigida al “litigio”. Se argumenta que nuestro carácter mediterráneo, latino, tiene mucho que ver en ello. Los conflictos que no se resuelven llegan a convertirse en “litigios”, en procedimientos judiciales que en la mayor parte de los casos, no llegan a proporcionar una satisfacción a las partes, bien porque se han desestimado sus pretensiones total, o parcialmente, o bien por el tiempo, dinero, y esfuerzo, que se ha invertido en obtener una resolución judicial, que además necesita una segunda fase para llevarla a término, la ejecución, que suele ser larga, costosa e igualmente complicada.

Los diferentes autores y estudiosos de la mediación, afirman que el conflicto en sí no es algo negativo sino natural dentro de la convivencia, e inherente a la naturaleza humana, ven en el conflicto una posibilidad de crecimiento personal. Pero la realidad es que el conflicto en sí mismo es algo negativo, que cuando nos afecta, genera en nosotros inseguridades, miedos, cambios no siempre deseados. La percepción general cuando hablamos a una persona de conflicto, es una asociación inmediata con una idea de tensión, enfrentamiento o crisis, siempre en negativo, como no podía ser de otra forma. El conflicto altera nuestra paz, nos incomoda, nos afecta sin saber incluso hasta donde puede llegar, por ello el conflicto como tal no es nunca y por definición

positivo. Otra visión vendría dada por su explicación desde la gestión correcta del mismo, si se sabe cómo enfrentarse a ese conflicto, a la situación que se ha producido, es esa actitud la que puede ayudarnos a crecer, a valorar nuestras acciones y enfrentarnos a nuestros miedos. Lo que la mediación trata de introducir, es el cambio en la resolución del conflicto, entender que el problema no es tanto el conflicto en sí, como no saber gestionarlo adecuadamente. Se trata de evitar que las partes se encuentren abocadas a acudir a un procedimiento judicial, y tengan la posibilidad de decidir, si acuden a la mediación, saber que pueden tener ayuda para la solución de su conflicto.

“Es indudable que el conflicto implica una crisis en la interacción de los seres humanos. Tiende a desestabilizar la experiencia de las partes, que se encuentran ahora más vulnerables. Con frecuencia, se retroalimentan en un círculo vicioso que intensifica la sensación de debilidad e introspección de cada parte. A pesar del impacto desestabilizador del conflicto, las personas tienen la capacidad de revincularse y de recuperarse de los efectos del enojo, la enemistad y el alejamiento que produce el conflicto. Específicamente el conflicto, puede hacer, y de hecho lo hace, cambios dinámicos en dos dimensiones, en la Revalorización o empowerment y en el Reconocimiento. Por lo tanto, a pesar del impacto potencialmente destructivo del conflicto, las personas tienen la capacidad de recuperar su sentido personal de poder y confianza en sí mismas (el cambio hacia la revalorización) y su sentido de apertura y comprensión hacia el otro (el cambio hacia el reconocimiento)”.³⁰¹

A lo largo de la historia la resolución de los conflictos no ha sido precisamente pacífica, el hombre ha buscado diferentes soluciones que le ofrezcan una resolución satisfactoria de los mismos, por lo que la resolución de conflictos ha sufrido una evolución constante hasta nuestros días. “... y esta función ni siempre la han acometido los Juzgados y Tribunales, ni en la actualidad puede afirmarse que la asuman con absoluta exclusividad, pues al menos en todo lo referente a los conflictos intersubjetivos o litigios, coexisten los métodos autocompositivos y equivalentes jurisdiccionales”.³⁰²

Vicente Gimeno Sendra, ha explicado las formas tradicionales de solución del conflicto: la autotutela, autocomposición, y la heterocomposición. La autotutela supone el triunfo del más fuerte, que se impone sobre el otro, es la forma de resolución de conflictos más primitiva e injusta, que existe cuando no hay una organización estatal que establezca un sistema para obtener justicia. Mediante la autocomposición, las partes en conflicto son las que resuelven sus problemas de una forma voluntaria o pactada, sólo puede darse en conflictos de naturaleza disponible por las partes, y su regulación se encuentra en la LEC, Libro I, Título I, Capítulo IV, que incluiría: la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la transacción, la conciliación y por último la mediación. Hay pues dos formas de autocomposición, una sin la ayuda de un tercero, representada por la transacción, que se realiza mediante la celebración de un contrato (artículo 1811 del CC), y otra con la ayuda de un tercero, que incluiría la conciliación y la mediación. Tanto la renuncia como el

³⁰¹ II CONGRESO ATLÁNTICO TRICONTINENTAL DE MEDIACIÓN. MEDIACIÓN Y CONVIVENCIA: SÍ Y MÁS, Organizado por GEMME, celebrado en Las Palmas de Gran Canaria, del 25 al 27 de octubre de 2018. Conclusiones p. 1 y 2. Disponible en: <https://mediacionesjusticia.com/2018/02/27/ii-edicion-del-congreso-atlantico-tricontinental-de-ediacion/> (Última visita, 9-04-2021)

³⁰² GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal I*. Ed. Colex, Madrid 2012. p. 17.

desistimiento y el allanamiento son decisiones unilaterales de una de las partes, que según el momento y forma en que se produzcan necesitan determinados requisitos para que legalmente sean posibles. Y por último, está la heterocomposición, en la que las partes en conflicto acuden a un tercero que le pone fin de una forma definitiva, pero ese tercero no está en un plano de igualdad con las partes, sino que se sitúa por encima, encajarían aquí el arbitraje y la jurisdicción.

Lo que hace especial a la mediación, no es la intervención de un tercero o incluso más que son ajenos al conflicto, si no que es el único instrumento, en el que interviene un tercero que no soluciona ni resuelve el problema de las partes, su misión es enseñar el camino y las habilidades necesarias para hacerlo. La solución es la que libremente encuentran las partes, o no, ya que el fin de la mediación no es llegar al acuerdo, sino intentarlo favoreciendo el diálogo y la comunicación.

1.1.-CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA: JUSTICIA RESTAURATIVA VERSUS MEDIACIÓN.

El objeto de nuestro estudio, es la mediación familiar civil en los procedimientos judiciales de violencia de género, y para su desarrollo, debemos delimitar la mediación y sus diferencias con la justicia restaurativa, porque la confusión es grande, realizándose el desarrollo a nivel normativo internacional, tanto de la justicia restaurativa como de la mediación inicialmente desde el ámbito penal.

De hecho en múltiples ocasiones se equiparan ambos conceptos como si fueran iguales, y no lo son, hay una gran confusión al referirse a ellas. La justicia restaurativa es un concepto amplio que engloba diferentes métodos de resolución de conflictos, entre ellos la mediación. La mediación con carácter general se enmarca dentro de la “Justicia Restaurativa”, un movimiento de carácter mundial auspiciado por la ONU, y las diferentes instituciones europeas que aún no ha llegado a instaurarse España, pese a los intentos por diferentes instituciones que apoyan su desarrollo, como el propio CGPJ.

La Justicia restaurativa, a pesar de su desconocimiento, tiene una larga trayectoria, y desde diferentes organismos internacionales, se busca su integración en los ordenamientos jurídicos de todos los países. Su desarrollo moderno nace en Estados Unidos después de la II Guerra Mundial, cuando se comenzaron a estudiar los motivos, los conflictos que la habían desencadenado, y los acuerdos que le pusieron fin. Se pretendía aislar las razones que llevaron al conflicto y elaborar mecanismos que hubieran servido para solucionar este. Desde un punto de vista estrictamente normativo, el precedente remoto del reconocimiento a nivel internacional de los medios alternativos o complementarios de resolución de todo tipo de controversias se remonta a la Carta de los Derechos Humanos de 26 de junio de 1945, en cuyo Capítulo VI: Arreglo pacífico de controversias, su artículo 34 señala: *“El Consejo de Seguridad podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”*.

Julián Ríos Martín resume magníficamente lo que es la justicia restaurativa, “Aunque resulte grandilocuente, la Justicia Restaurativa no se reduce al sistema penal. Es una forma de entender las relaciones sociales, comunitarias, políticas e internacionales, porque supone, en definitiva, un modo de entender al ser humano como abierto, sociable,

en diálogo, auténtico ser de posibilidades, capaz de abrirse a lo inédito viable y susceptible de resolver los conflictos de modo pacífico, reparador y dialogal”.³⁰³

Hasta aquí, podemos decir que el concepto es válido para todos los ámbitos de la vida, y por tanto del derecho. Pero al estudiar más a fondo la justicia restaurativa como tal, es en el campo penal, donde adquiere su auge y desarrollo, de hecho si hablamos de justicia restaurativa la ubicamos de forma inmediata en el campo penal. Podemos rastrear de una forma ordenada, los avances relacionados con la mediación y justicia restaurativa agrupados según los ámbitos geográficos, y órbitas institucionales en que se originaron y comprobar, como el desarrollo exhaustivo lo es en el ámbito específico del derecho penal, sobre todo a partir de los años 70 y 80 del siglo pasado, cuando surge y se extiende la preocupación por una mayor atención a las víctimas de los delitos, que poco a poco fue derivando a la recomendación de utilizar procedimientos oficiosos de resolución de conflictos que fueran complementarios o alternativos al sistema formal u oficial de justicia penal.

En esa línea evolutiva, se van produciendo sucesivos avances, a través de la aprobación de múltiples documentos y normas, que van creando una serie de estándares, regulaciones, y recomendaciones en el ámbito de la Justicia Restaurativa en general y de la mediación penal en particular, con algunas referencias al ámbito civil.

En este punto seguiremos la breve reseña que sobre los antecedentes de la justicia restaurativa realiza Miguel Pascual del Riquelme Herrero.³⁰⁴

“...A nivel de la ONU, las distintas instancias integradas en el sistema de Naciones Unidas han mostrado un interés constante por esta materia, generando un importante número de documentos y acuerdos cuyo interés radica tanto en sus contenidos como en su proyección multilateral. Los principales hitos de este proceso³⁰⁵ se refieren a la

³⁰³ RÍOS MARTÍN, J., Y OTROS., “*Justicia Restaurativa y Mediación penal, Análisis de una experiencia (2005-2008)*”. Publicación del CGPJ, julio de 2013, p. 33. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones/Mediacion-penal/> (Última visita, 9-04-2021).

³⁰⁴ DEL RIQUELME HERRERO, M.P., “*Mediación penal: marco conceptual y referentes. Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales y de mejora y fortalecimiento de la mediación penal*”. En EUROsocial II, Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB), julio de 2013, p. 12 a 17. Disponible en: <http://www.eurosocial-II.eu> www.comjib.org (Última visita, 9-04-2021).

³⁰⁵ ONU/1. Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 Conclusiones del VI y VII Congresos de la ONU para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente recomendaron a la Asamblea General una declaración específica sobre las víctimas, que finalmente fue aprobada por Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, en la que se reconocieron a las víctimas de los delitos los derechos de información, participación, asistencia, protección y reparación o indemnización 18 , y se recomendaba el establecimiento y reforzamiento de mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de Justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas. //2. Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, conocidas como Reglas de Tokio20://3. Resolución 1997/33 sobre Elementos de una política responsable de prevención del delito: reglas y normas;//4. Resoluciones 1998/23 y 1999/26 del Consejo Económico y Social sobre elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de Justicia penal;//5. Resolución 53/243, de 6 de octubre de 1999, sobre declaración y programa de acción sobre una cultura de paz;//6. Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XX;//7. Resolución 2000/14 sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en material penal, donde se prepara el anteproyecto finalmente aprobado por la especialmente importante Resolución 2002/12 del Consejo

materia penal y sólo la Resolución 53/243 de 6 de octubre de 1999 sobre declaración y programa de acción sobre una cultura de paz, se refiere al ámbito civil. En el Consejo de Europa, se prioriza la preocupación por las víctimas y por el desarrollo de procedimientos de Justicia restaurativa, y bajo su órbita han visto la luz diversos instrumentos y referentes de gran relevancia y ascendencia en el ámbito de la Justicia restaurativa y la mediación penal, sin que se contemplara la mediación civil.³⁰⁶

La Conferencia de la Haya, no obstante su atención preferente al ámbito del DIPr, debe destacarse a los efectos que aquí interesan, el desarrollo de la “Guía de Buenas Prácticas sobre Aspectos Civiles en el Secuestro Internacional de Menores”, que fue aprobada el 25 de octubre de 1980. Su relevancia radica en que contiene una muy precisa relación de estándares y recomendaciones para la mediación en casos de secuestro internacional de menores, que resultan de un gran interés también en el ámbito de la mediación penal.

En el ámbito geográfico latinoamericano, las redes institucionales existentes (en especial la Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos -COMJIB- y la Cumbre Judicial Iberoamericana) intentan fomentar el establecimiento de medios alternativos de solución de controversias que promuevan la justicia restaurativa, centrándose en el ámbito penal.

No hay pues una referencia expresa a la mediación civil. Y es curiosamente en EEUU, donde muchos de los Estados han desarrollado normativas y experiencias de mediación en diversos campos, y es en el campo penal en el que se ha incidido en

Económico y Social sobre principios básicos para la aplicación de programas de Justicia restaurativa en material penal; //8. Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de ONU, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de Justicia penal, logro de la eficacia y la equidad, Justicia Restaurativa; //9. Resolución 60/147, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005, conteniendo los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; //10. Conclusiones del 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (Bangkok, abril de 2005); y //11. Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz, publicadas como anexo del informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución (A/66/811, 25 de junio de 2012).

³⁰⁶ **CONSEJO DE EUROPA**/1. Convenio Europeo de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; //2. Resolución (76) 10 sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad; // 3. Resolución (77) 27 sobre indemnización de las víctimas del delito; // 4. Convenio Europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983; // 5. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (85) 11, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho y el procedimiento penal; // 6. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (87) 18, sobre simplificación de la Justicia Penal; // 7. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (87) 21, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; // 8. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (2006) 8 sobre la asistencia a las víctimas de las infracciones criminales, que sustituye a la R (87) 21; // 9. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (92) 16, sobre las reglas europeas sobre sanciones y medidas aplicadas en la comunidad; y 10. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (99) 19, relativa a la mediación en materia penal, que es uno de los referentes más importantes en la materia. 11. Sin salir del Consejo de Europa, deben también destacarse los trabajos y resultados obtenidos en el seno de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), entre los que destaca la Guía para una mejor implementación de las recomendaciones existentes relativas a mediación en asuntos penales -CEPEJ (2007)

menor medida. Existen algunos estándares o recomendaciones con vocación uniformadora de las legislaciones y prácticas de todos los Estados.³⁰⁷

La UE ha dado una importancia estratégica a la mediación y otras formas de justicia restaurativa en el ámbito penal, como se pone claramente de manifiesto, en la importante financiación que sus instituciones vienen prestando, a lo largo de la última década a numerosas acciones y experiencias puestas en marcha en los diferentes países de la Unión, pero también ha dedicado un espacio al impulso de la mediación civil.³⁰⁸

Después de exponer este ingente panorama legislativo, resulta sorprendente que apenas conozcamos qué es la justicia restaurativa, y los denominados ADR “*Alternative Dispute Resolutions*”.³⁰⁹ Tanto la justicia restaurativa como las ADR se dirigen a resolver el conflicto entre las partes de una forma que se satisfagan sus intereses, analizando aquel e implicando a las partes en su resolución, ambas pueden actuar en todos los campos de conflicto en la sociedad. Ahora bien son diferentes según se apliquen a un campo u otro ya que pueden variar sus garantías y forma de aplicación, especialmente en derecho penal. La especialización de la justicia restaurativa, se ha orientado más hacia el derecho penal, lo que ha hecho que

³⁰⁷ EEUU/Destacan los dos siguientes: 1. La *Uniform Mediation Act*, elaborada y aprobada en 2003 en el seno de la Uniform Law Commission (también conocida como la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Esta instancia, creada en 1892, proporciona a los estados propuestas legislativas dirigidas a alcanzar niveles de claridad y estabilidad en áreas críticas del Ordenamiento Jurídico donde la uniformidad es deseable y práctica. Los miembros de la ULC son abogados, jueces, legisladores y profesores de Derecho designados por los gobiernos estatales con el objetivo de investigar, proyectar y promover normativas uniformes para todos los Estados de la Unión. 2. El *Model Standards of Conduct for Mediators*, aprobado en 2005, que revisaba una anterior regulación del año 1994, por la *American Arbitration Association*, la *American Bar Association's Section on Dispute Resolution* y la *Association for Conflict Resolution*.

³⁰⁸ UE/: 1. El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, Disposiciones generales para la creación del nuevo espacio judicial europeo, incluidas // 2. El Plan de Acción de Viena del Consejo y de la Comisión, aprobado el 11 de diciembre de 1998 para el desarrollo de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, // 3. La Comunicación que la Comisión Europea presentó el 23 de mayo de 1999, al Consejo, al Parlamento, y al Consejo Económico y Social, sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea (normas y medidas), donde se contienen específicas recomendaciones, relativas a la protección de las víctimas, y a las ventajas de la mediación penal como alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador// 4. La Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001 aprobó el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, el Libro Verde, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos, en el ámbito del derecho civil y mercantil, presentado por la Comisión Europea COM (2002) 196, el 19 de abril de 2002// 5. El Código europeo de Conducta para Mediadores, aprobado con el patrocinio de la Comisión Europea, el 2 de julio de 2004// 6. La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles// 7. La Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que aprueba las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, (que sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI)// 8. La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

³⁰⁹ Siglas que se utilizan universalmente para denominar las “*Alternative Dispute Resolution*”, también conocidas como M.A.R.C. *Methodes Alternatives de Resolution de Controversies* y M.A.S.C. Métodos Alternos de Solución de Conflictos, son los medios alternativos de resolución de conflictos. Términos diferentes para referirse a un mismo concepto.

actualmente al hablar de justicia restaurativa, se piense automáticamente en el ámbito penal, pero las ADR también pueden actuar en otros campos.

Como indica Leticia García Villaluenga, “No obstante, ante la denominada <crisis de la Administración de justicia>, debida a la aprobación constante de normas, la mayor conciencia de los ciudadanos para exigir sus derechos, los nuevos tipos de conflictos, o la demanda de una mayor agilidad y eficacia del sistema jurisdiccional por parte del justiciable, se están valorando ampliamente las ventajas que presentan las ADR. De estas fórmulas destacan, v.gr., la mediación, la negociación y la conciliación. En efecto, estos métodos descongestionan los Tribunales; economizan tiempo; aumentan la participación de los actores y, con ello, su responsabilidad para comprometerse y cumplir dichos pactos, posibilitando relaciones posteriores entre ellas y favoreciendo que las partes adquieran la capacidad de solucionar otros futuros conflictos del mismo modo. Por todo ello, es natural que tenga tan amplio predicamento en contextos tan diversos como la familia, la responsabilidad penal de adultos y menores, los conflictos interculturales, los laborales o los organizacionales o los que se producen en el ámbito educativo, desde la escuela a la Universidad”.³¹⁰

De hecho, el concepto es tan similar que ambas formas de solución de conflictos comparten una misma herramienta: la mediación, ya que puede darse tanto en el ámbito civil como en el penal. Siguiendo el “Manual de programas de justicia restaurativa. Serie de Manuales sobre Justicia Penal. Oficina de las Naciones Unidas” de 2006³¹¹ veremos que la justicia restaurativa está mucho más desarrollada en otros países, no así en el nuestro, ya que ni siquiera hemos introducido la mediación penal, a un nivel mínimamente reconocido.

En la justicia restaurativa existen programas muy diferentes, que cubren una amplia gama de procesos centrados en una metodología restaurativa, y esas diferencias se deben en parte a la diferente forma de interpretar el conflicto, y las diferentes perspectivas sobre cómo abordar y resolver los conflictos. Las principales categorías de programas restaurativos son: (a) mediación entre víctima y delincuente; (b) comunidad y conferencias de grupos familiares; (c) sentencias en círculos; (d) círculos promotores de paz; y (e) libertad condicional reparativa, juntas y paneles comunitarios. De aquí, vemos claramente que la justicia restaurativa penal es más amplia que la mediación penal, esta última es uno de los mecanismos que se pueden utilizar pero no el único.

En España la confusión terminológica es importante. La padece la Ley 4/15, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, por la que se realiza la trasposición de la Directiva 2012/29/UE. El preámbulo de la ley determina los antecedentes históricos, “...el presente texto legislativo no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de

³¹⁰ GARCÍA, VILLALUENGA, L., “*Mediación Civil. Mediación Intrafamiliar*”, en Publicaciones del CGPJ, p. 9. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/Temas/Mediacion-familiar> (Última visita 16-01-21).

³¹¹ MANUAL DE PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA. Serie de Manuales sobre Justicia Penal. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Oficina de las Naciones Unidas” Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York 2006. Disponible en: <https://www.unodc.org> (Última visita, 16-01-2021).

Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado”.

Sin embargo “esta ambición” no se tradujo en una regulación de la justicia restaurativa o reparadora, ni siquiera en una previsión de una futura regulación a través de una ley. Lo que se realiza en el preámbulo, concretamente en el apartado sexto, en su último párrafo,³¹² es una mezcla de conceptos entre justicia restaurativa y mediación, lo que ya pone de manifiesto que el legislador no sabe muy bien lo que esta introduciendo.

“La LEVD reproduce el contenido de la Directiva con dos significativas excepciones: -la primera, una equívoca confusión entre el modelo de justicia restaurativa y la mediación: no obstante la genérica referencia que hace el encabezamiento del precepto a los servicios de justicia restaurativa, sin solución de continuidad, al describir los elementos que deben concurrir para la derivación, existen constantes y únicas menciones al procedimiento de mediación; - la segunda, la previsión de la existencia de prohibiciones normativas de derivación, lo que supone un expreso reenvío a la interdicción de mediación (que no de otras técnicas restaurativas) en los asuntos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer contenida en el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ”.³¹³

2.- LA MEDIACIÓN.

La mediación se encuentra dentro de la justicia restaurativa y las ADR, es un mecanismo, una herramienta común que ambas utilizan. Trata de ser introducida en Europa desde hace mucho tiempo en todos los ámbitos, existiendo una legislación sobre la misma a nivel europeo primero y a nivel español después. En nuestro país, han llevado la iniciativa las Comunidades Autónomas, realizando una introducción inicial previa e importante, respecto de la legislación estatal.

2.1.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EUROPA, Y EN ESPAÑA.

Hemos visto parte de la legislación en europea sobre justicia restaurativa, que se complementa entre otros con los siguientes instrumentos legislativos: 1. La “Recomendación R (98) 1 sobre la Mediación Familiar, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 21-01-1998, 2. La “Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, NR (99) de 15 de septiembre de 1999, relativa a

³¹² “...Finalmente, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio”.

³¹³ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J, PORRES GARCÍA I., Y SÁNCHEZ RECIO, M., “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la ley 4/15 del estatuto de la víctima del delito” en *Revista de Victimología | JOURNAL OF VICTIMOLOGY Online*, N. 2/2015, p.5. Disponible en: <https://www.revistadevictimologia.com> | www.journalofvictimology.com (Última visita 16-01-2021).

la mediación en materia penal”, 3. La “Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia”, y 4. El Informe del Parlamento Europeo de 15-01-2014, “*Rebooting the Mediation Directive Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*”, evaluando el limitado impacto de su implementación (puesta en práctica) y proponiendo medidas para aumentar el número de mediaciones en la UE”.³¹⁴

Como vemos se mezclan los ámbitos civil y penal, el resultado de su implantación ha sido diferente en los países miembros según su carácter y tradición jurídica. Tiene una mayor implantación en países como Holanda o Alemania, y muy escasa en España. En nuestro país, la normativa debe verse a un doble nivel: estatal y autonómico.

A) A nivel estatal podemos señalar: 1- el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles., 2- la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación, 3-la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, o 4- la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

B) A nivel autonómico, según se indica por el CGPJ, hay 12 comunidades que tienen legislación en materia de mediación:

1. Andalucía.

- Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.(publicado en BOJA núm. 46, de 7 de marzo de 2012.

- Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Aragón.

-Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.

3. Asturias.

- Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar.

4. Canarias.

- Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar.

- Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar.

5. Cantabria

- Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

6. Castilla La Mancha.

³¹⁴ Informe del Parlamento Europeo, de 15-01-2014, *Rebooting the Mediation Directive Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU* Órgano emisor Unión Europea. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (Última visita, 20-05-2021).

- Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.

7. Castilla y León

- Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León.

8. Cataluña

- Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

- Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

9. Valencia.³¹⁵

- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

10. Galicia.

- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar.

11. Baleares.

- Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares.

12. Madrid.

- Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

13. País Vasco: Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar.³¹⁶

Hemos iniciado el estudio de la mediación, mostrando parte del importante volumen de legislación sobre la materia, una visión general y responder la pregunta que nos formulamos al principio, ¿Conocemos lo que es? ¿Cómo es posible que después de toda esta legislación, todavía desconozcamos qué es la mediación?, ¿Por qué el desconocimiento lo es tanto a nivel del ciudadano, como del profesional del ámbito jurídico?

La respuesta a mi juicio es sencilla: se desconoce realmente qué es, y por lo tanto la posibilidad de recurrir a ella, no se pide lo que no se conoce. Se legisla más y más, sin explicar en qué consiste de una forma clara y sencilla, que todos entenderíamos.

Desde el año 2015, se han desarrollado en España un aluvión de cursos de experto en mediación, especialista en mediación, máster en mediación, seminarios sobre la materia, publicación de libros, artículos y una publicidad limitada sobre la mediación, exponiendo opiniones fundamentalmente favorables, en vez de explicar realmente qué es. Se ha producido un loable intento de darla a conocer, que en realidad se ha

³¹⁵ La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, conocida como “la ley de la custodia compartida”, fue declarada inconstitucional por S.TC del Pleno nº 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. Recurso de inconstitucionalidad nº 3859-2011, interpuesto por el Presidente del Gobierno. Resolvió sobre la Competencia sobre Derecho civil: nulidad de la Ley autonómica dictada en materia no integrada en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico valenciano (STC 82/2016). Se consigno un voto particular.

³¹⁶ Clasificación según el CGPJ. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Leyes-Autonómicas/> (Última visita, 10-07-2021).

quedado en eso, en un intento. Cuando se produce una aproximación real a la mediación, ésta supone un descubrimiento, ya que las ideas que hay sobre la misma son más próximas a lo que supone una conciliación o negociación que una real mediación, y los tremendos beneficios que supone.

2.2. CONCEPTO, PRINCIPIOS Y CLASES DE MEDIACIÓN.

Etimológicamente mediación deriva del latín, “*medius-a-um*”: que está en el medio, entre dos extremos, entre dos partidos u opiniones. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, “mediar”, entre otras acepciones es “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”, “tomar un término medio entre dos extremos”. Se busca con la mediación una resolución eficaz del conflicto que dé satisfacción a las partes.

Cuando, antes de la celebración de una vista en un procedimiento, se intenta que ambas partes acerquen posturas desde ámbitos diferentes, para que ellos mismos puedan regular las condiciones por las que luego se deberán regir, creemos que hacemos mediación, y así es o sigue siendo habitual entenderlo, creer que intentando “conciliar, aproximar posturas” se está haciendo mediación, así lo que entienden todavía muchos jueces y abogados, sin embargo, esto no es mediación.

Cuando se dictan autos y sentencias, realmente lo que se hace es una valoración de la situación que se ha presentado en el juicio, siempre dentro de los términos legales, es decir el juez y el MF, sólo conocen aquello que por ambas partes se les transmite en el marco que permite el proceso, y por lo tanto no se llega a conocer la realidad del problema, y las necesidades de ambas partes, ello significa que las medidas que se solicitan por el segundo y se acuerdan por el primero pueden dan solución al litigio pero no solucionar el conflicto. Es la situación de la que normalmente se queja el justiciable, “no, sí yo quiero contar...”, “es que además de esto la situación viene por...”, “en realidad...”, “tienen que saber...” quieren explicar sus experiencias vitales, los problemas reales, el conflicto que se ventila. Pero no se ha informado bien al ciudadano, esta atención no pueden canalizarse en esta vía, no se resuelve en el juzgado, y de ahí la frustración que se expresa cuando acude a la vía judicial en muchísimos casos.

En derecho de familia, sabemos que no estamos dando una solución realmente satisfactoria y eficaz, para las partes y sus hijos cuando los hay, de tal manera que lo que se produce es un “cierre en falso” del procedimiento, al que luego seguirá una ejecución interminable, llena de problemas y desencuentros, que puede durar hasta la mayoría de edad de los hijos e incluso prolongarse.

El elemento fundamental para que entre en juego la mediación, es la existencia de un conflicto, su fin es tratarlo, y si se consigue finalmente resolverlo, aunque no se asegura nunca que se vaya a producir efectivamente la solución. De hecho, cuando intervienen terceros en el conflicto para solucionarlo, se habla con carácter coloquial de mediación, sin embargo ésta tiene un concepto específico como hemos visto, y los terceros que en diferentes condiciones intervienen para ayudar, actúan en un intento de “pacificación”, pero no de mediación, al carecer de las características de esta forma de resolución de conflictos.

¿Por qué la implantación de la mediación sería tan importante en nuestra sociedad? Intentaremos responder a esta pregunta analizando su epicentro: el conflicto. Cada época, cada sociedad, tiene una situación de conflicto diferente, la nuestra se caracteriza por ser hasta este momento, la “sociedad del bienestar”, una sociedad

eminentemente avanzada y tecnológica, lo que supone grandes ventajas, beneficios y avances para sus ciudadanos, pero que en su “cara b”, supone importantes problemas en las relaciones personales, que afectan directamente a la sociedad, cada vez afecta a más personas, la falta de control de impulsos, la incapacidad para saber como gestionar los conflictos, la falta de responsabilidad, una insatisfacción permanente si no se obtiene lo deseado de forma casi inmediata, y a nuestro juicio el mayor problema de nuestra sociedad actual: la incapacidad de comunicarnos, y por ello de saber gestionar nuestros problemas de convivencia, lo que resulta paradójico en la época en la que hay una mayor facilidad que nunca en la comunicación, y ésta se ha hecho casi instantánea.

Tal y como expone M^a Eugenia Ramos Pérez, “el conflicto genera tensión, y en nuestra sociedad hemos aprendido que la manera de resolver el conflicto es imponiéndose mediante la confrontación y hay que eliminar esta idea, un conflicto es una situación, y si aplicamos los mecanismos erróneos vamos a la confrontación, pero podemos aplicar otros, y aquí entraría la gestión de conflictos, entre ellos la mediación pero también otros”.³¹⁷

La realidad actual es que las relaciones sociales, familiares y personales son cada vez más conflictivas, y ¿Qué hacemos? Pues en vez de analizar el problema, buscar la solución y ejecutarla, acudimos al derecho penal y a la frase estrella de nuestra sociedad: “vamos a castigar más duramente...” como si el castigo fuera la sempiterna solución, cuando con toda probabilidad la solución sería un desarrollo eficiente de la mediación.

Hay múltiples campos en los que aplicar la mediación y cada tipo de mediación requiere unos medios y unas claves diferentes, no es lo mismo la mediación familiar, que la escolar o la penal... unas admiten unos mecanismos que no podrían aplicarse a otras. Ahora bien la mediación penal tiene unas características especiales y muy diferentes a la demás, puesto que no sólo hablamos de partes en conflicto, sino de delito, víctima y autor.

Sobre las definiciones del concepto mediación, hay una gran variedad con autores relevantes que nos ofrecen sus diferentes conceptos, todas giran en torno a los mismos esquemas, y referidas casi siempre al ámbito penal y familiar, he elegido como definición general por su significación, ya que se realiza desde el ámbito judicial, la que realiza el CGPJ, que define la mediación, como “un modelo de solución de conflictos que, mediante la intervención de un “tercero” neutral e imparcial, ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolver aquéllas”.³¹⁸

2.2.1.- PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN.

“La mediación se asienta sobre unos principios básicos, comunes a todos los ámbitos posibles de la mediación que son: voluntariedad, confidencialidad, neutralidad e

³¹⁷ RAMOS PÉREZ, M.E., “*El conflicto, sistemas de gestión del conflicto*”. Ponencia, desarrollada en la I Jornada de Mediación, organizada por el CGPJ y el Consejo General de la Abogacía Española, celebrada en Sevilla los días 22 y 23 de octubre de 2017. En una brillante conferencia sobre el conflicto, M^a Eugenia Ramos analiza los elementos del mismo, su escalada, y expone los principales tipos de conflicto que pueden darse. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Presentacion/> (Última visita, 17-11-2020).

³¹⁸ Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Presentacion/> (Última visita, 9-04-2021).

imparcialidad. Se pueden agrupar en: principios que afectan al proceso (voluntariedad, igualdad de partes y confidencialidad); principios predicables de las partes (lealtad buena fe y respeto mutuo); y principios que afectan al mediador (neutralidad e imparcialidad)”.³¹⁹

Los principios básicos aplicables a todo procedimiento de mediación, siguiendo la Ley de mediación 5/12, de 6 de julio, serían:

1.- Voluntariedad, y libre disposición. Se contiene en el artículo 6, y está íntimamente unido con lo previsto en el artículo 2.1 del mismo texto legal, “*que el ámbito de la mediación no afecte a derechos y obligaciones que no son disponibles por las partes según la ley*”. El resultado de la mediación, depende que esta sea querida por las partes, que la voluntariedad lo sea tanto para su inicio, desarrollo, y finalización, ya que puede desistirse por las partes en cualquier momento.

2.-Igualdad de partes e imparcialidad de los mediadores. Artículo 7, “*En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas*”.

3.-Confidencialidad. Artículo 9, “*El procedimiento de mediación y la documentación utilizada es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador...*” Siguiendo la Guía sobre Mediación del CGPJ, se debe subrayar que:

a) Queda exceptuada de tal confidencialidad la asistencia o no a la sesión informativa o de premediación. En efecto, se ha de recordar que el artículo 17 de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, dispone que < La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial>. Así las cosas, el órgano judicial que haya derivado a la sesión informativa a las partes, puede valorar la inasistencia injustificada como falta de colaboración con la Administración de Justicia, inclusive teniéndolo en cuenta en las costas procesales (art. 395 Ley de Enjuiciamiento Civil) o a los efectos que proceda en materia de familia respecto del progenitor incumplidor o no colaborador. Incluso el hecho de no asistir a la sesión informativa de manera injustificada, puede ser contemplado como actuación contraria a la buena fe procesal (arts. 11 LOPJ y 247 Ley de Enjuiciamiento Civil).

b) Asimismo, los letrados intervinientes han de ser muy cuidadosos a la hora de preservar de manera absoluta el deber de confidencialidad de todo lo debatido por las partes en el proceso de mediación, que por principio esencial, es confidencial”.³²⁰

³¹⁹ IBORRA GRAU, C., “Mediación civil y mercantil: luces y sombras”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 20, 1-06-14. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/mediacion_civil-mediacion_mercantil_11_695305006.html. (Última visita, 16-01-2021).

³²⁰ GUÍA PARA LA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL, p. 12 y 13. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Itrajudicial> (Última visita, 20-05-2021)

4.-Neutralidad, recogido en el artículo 8: *“Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13”*. *“El mediador no tendrá intereses respecto de alguna de las partes, ni respecto del objeto del conflicto. El mediador no toma decisiones sobre la controversia”*.

5.-Respeto, bilateralidad y buena fe. El principio de bilateralidad, en lógica consonancia con la filosofía de la mediación, supone que ambas partes disponen de las mismas oportunidades para expresarse, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones. (Artículo 10).

En el proceso de mediación, garantizada la confidencialidad, no pretendiéndose ganar a la otra parte, sino satisfacer el propio interés, las partes deben actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, durante el planteamiento y la negociación para enfocarse correctamente a la consecución del acuerdo, prestando la debida colaboración y el apoyo necesario al mediador.

6.- Flexibilidad. El proceso de mediación debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos, artículo 10.1: *“Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente”*.

Las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración. No es adecuado fijar una duración igual para todas las mediaciones, aunque en las derivadas desde el Tribunal es conveniente desarrollarlas aprovechando los “tiempos muertos” del proceso, es decir, entre un acto o trámite y el siguiente señalado, de tal forma que de no lograrse un acuerdo, tampoco haya supuesto una dilación para la decisión de la controversia. Esta flexibilidad, que supone una gran garantía para las partes, las cuales pueden utilizarlo o no, incluso abandonarlo en cualquier fase del mismo, también conlleva hasta ahora la ausencia de un cauce procedimental tasado, que si bien no sería necesario establecer de forma minuciosa, si sería beneficioso estandarizar.

7.-Profesionalidad. La mediación es un proceso de diálogo asistido y gestionado por un profesional, con formación multidisciplinar (gestión de emociones, escucha activa, psicología, negociación, etc.) que le proporciona la preparación técnica adecuada para reconducir las posturas procesales cerradas de las partes hacia los intereses de cada uno; intereses que debe saber aflorar para desde su base, establecer el marco que permita la negociación se encarrile hacia el acuerdo satisfactorio.

La profesionalidad del mediador resultará de haber alcanzado la formación exigida legalmente, de acumular experiencia y de mantenerse en constante reciclaje.

8.- Garantías legales. En el proceso de mediación, la asistencia letrada en todo caso, queda garantizada, sin que exista menoscabo de la función de asesoramiento y dirección jurídica de los abogados de cada parte.

A ello se añade el deber del mediador de velar en todo caso por el cumplimiento de estos principios. Por ello el mediador que interviene en las sesiones podrá dar por finalizada la mediación cuando estime que no resulta adecuado este sistema para el caso en cuestión. Estos principios son a mi juicio aplicables a todas las mediaciones, ya sean judiciales o no.

2.2.2.- CLASES: PENAL, CIVIL, MERCANTIL, Y FAMILIAR.

La mediación se ha convertido en un objetivo a desarrollar por el CGPJ, que está firmemente decidido a impulsar esta figura, y en la “Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial”,³²¹ desarrolla varios procedimientos de mediación, civil, familiar, penal, laboral y también en el procedimiento contencioso-administrativo.

Los únicos principios que serían diferentes en estas materias estarían en la mediación penal. Luego la mediación cabe prácticamente en todos los ámbitos de la vida donde existe un conflicto.

Según el ámbito en el que se desarrollen, se podrían dividir con carácter general en dos grandes grupos, a) voluntarias/privadas: en las que las partes deciden gestionar sus conflictos a través de servicios de mediación privados a los que acuden, siendo siempre las materias sometidas a mediación de carácter disponible para las partes, y b) voluntarias/intrajudiciales: en las que la mediación, puede acordarse, bien porque el juez derive a mediación de oficio, a instancia de la propia parte, o del MF. Pueden darse en cualquier momento del procedimiento, una vez iniciado, tanto en primera como en segunda instancia, o una vez concluido, en fase de ejecución de sentencia. Haremos un pequeño apunte en relación con la mediación penal, civil y mercantil, y por último la familiar, la más importante a mi juicio por la trascendencia personal y social de los conflictos que trata, y que tiene cierto recorrido, aunque no se haya implantado como tal todavía.

A) Sobre la mediación penal, una de las definiciones más completas y certeras es la que ofrecen Carmelo Hernández Ramos, Vicente Magro Servet y José Pablo Cuellar Ofzon: “Es un procedimiento no adversarial de resolución de controversias mediante el cual las partes en conflicto son realmente los protagonistas principales de construcción del iter que conduce a la pacificación de la disputa origen del problema, ya que no delegan la resolución del mismo en una tercera persona para que decida por ellas, sino que el poder de decisión, lo retienen las mismas personas afectadas: son ellas mismas las que procuran y en su caso consiguen la resolución que pone fin a la disputa, por lo que al asumir el control de la propia situación se hacen responsables de la decisión y de cómo desarrollar en el día a día el acuerdo alcanzado, lo que además y por extensión de sus efectos les puede conducir también hacia la recuperación de su propia autoestima”.³²² En realidad, creo que este concepto podría ser válido para definir la mediación en cualquier tipo de conflicto.

Nuestro sistema no recoge la mediación penal de forma expresa y con un cauce procesal determinado, si bien hay un intento de comenzar con una tímida regulación en la LEVD, no se ha llegado a realizar prácticamente ningún desarrollo, aunque sí experiencias aisladas basadas en la buena voluntad de los diferentes operadores jurídicos con el apoyo del CGPJ, muchas de las cuales se habían iniciado antes de esta ley.

³²¹ GUÍA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Itrajudicial> (Última visita, 20-05-2021).

³²² HERNÁNDEZ RAMOS, C., MAGRO SERVET, V., y CUÉLLAR J.P., *Mediación Penal un visión práctica de dentro hacia fuera*. Ed. Club Universitario, San Vicente, Alicante 2012, p. 10.

Algún atisbo aunque de escasa relevancia, se comienza a ver con la última reforma del CP en la ejecución de la pena, aludiendo a la mediación, al remitirse el artículo 80.3 a lo dispuesto en el artículo 84.1.1º, en relación con las condiciones para la suspensión de la pena: “*El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*”. Estas adaptaciones a la mediación penal, se hacen en base a la necesidad de trasposición de la normativa comunitaria Europea, en especial la Directiva 2012/29, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25-10-12, que sustituye a la Decisión Marco del Consejo de 2001.

Luego, no podemos hablar de justicia restaurativa, cuando tenemos un modelo vigente que únicamente permite algún atisbo de mediación penal, exceptuando de forma tajante a la violencia de género. No se ha previsto ningún cauce procesal adecuado para llevarla a cabo, ni en la LECr, ni en otra ley procesal, por lo que “cada uno hace lo que puede, creando un procedimiento según las pautas de este tipo de mediación”.

Hay iniciativas como la de la ciudad de Granada, que ya en 2014 que reguló un servicio de mediación mediante un “Acuerdo por el que se regula el servicio de mediación en el ámbito de los Juzgados de Instrucción y de lo Penal”, o en Valencia, mediante el “Convenio de Mediación Penal Intrajudicial, de 28-11-13, que se puso en marcha cuando comenzó a funcionar la oficina de mediación penal en el mes de abril de 2014”.

La mediación penal en nuestro derecho está unida de forma intrínseca al procedimiento judicial y el control último por éste, entre otras cosas para garantizar el principio de legalidad vigente, por lo que no cabe ninguna mediación penal privada, lo que es lógico y absolutamente necesario en un Estado de derecho. “En todo caso, las técnicas que tradicionalmente son usadas para el desarrollo de procesos de mediación en distintos ámbitos-como son el escolar, familiar, comunitario, de las organizaciones, medioambiental, sanitario o laboral-, a la hora de ser aplicadas dentro del ámbito penal pueden requerir algunas matizaciones específicas, o pueden necesitar de un enfoque propio, teniendo en cuenta la perspectiva poliédrica que plantea la existencia de un proceso penal dentro de otro proceso, por concepto antagonista, como es el de mediación”.³²³

La mediación penal es sustancialmente diferente a otro tipo de mediación por cuanto no hay partes como tal, ya que una de ellas además, es “víctima”. “El único óbice jurídico a la derivación es que la justicia restaurativa esté prohibida por la ley para el delito cometido. En la legislación española esta interdicción se circunscribe a la mediación en los asuntos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (artículo 87 ter. 5 LOPJ)”.³²⁴ A los principios antes expuestos, se añadirían en el ámbito penal los principios de gratuidad y oficialidad. “La justicia penal a través de la mediación tiene que tener unas garantías. Son varias:-Garantía de voluntariedad y autonomía. Todas las perspectivas son válidas y todas las personas ante un conflicto

³²³ ROMERA ANTÓN, C., “*Justicia Restaurativa; Modelo de Mediación en el ámbito penal, encaje en el procedimiento tradicional y relación de los distintos operadores jurídicos con el proceso de mediación*”, p. 5. Disponible en: <https://www.fiscal.es> (Última visita 12-01-2021).

³²⁴ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J, PORRES GARCÍA I., Y SÁNCHEZ RECIO, M., “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la ley 4/15 del estatuto de la víctima del delito” en *Revista de Victimología / JOURNAL OF VICTIMOLOGY Online*, N. 2/2015 p. 9. Disponible en: <https://www.revistadevictimologia.com> | www.journalofvictimology.com. (Última visita 12-01-2021).

penal tienen una visión diferente. No hay una regla general común. La regla es respetar la diversidad que conlleva la individualidad de cada persona, el respeto a la autonomía de las personas. Es importante la calidad de la información, que no depende del número de documentos que se firman, es esencial una buena información. Se trata que alguien realmente perciba que está siendo atendido y escuchado. -Garantía de protección de la víctima. El juez debe valorar que no haya ningún atisbo de una posible revictimización en la víctima.-Garantía de presunción de inocencia. Debe valorarse siempre, ya que si la persona niega que ha cometido el hecho y se coloca fuera, entonces es muy difícil derivarlo a mediación.-Garantía de confidencialidad. En todo el proceso.-Garantía de homologación. Cuando se llega a un acuerdo de mediación lo más normal es llegar luego a una conformidad, que el juez luego homologa. El enjuiciamiento es el momento ideal para derivar a mediación. La mediación intrajudicial tiene la dificultad que es la gestión de un proceso dentro de otro proceso, de un proceso de mediación dentro de un proceso adversarial, que transforma este en un juicio de conformidad.-Garantía de reparación. Que no tiene que ser estrictamente el pago de una indemnización, se traduce en la existencia de un interés público y social en la reparación del hecho”.³²⁵

Lo que resulta curioso después de todo lo expuesto, es concluir que en nuestro derecho sí hay una mediación penal reconocida y que funciona, se trata de la que existe en el derecho penal de menores, en la LORP, a la que incluso no afecta la prohibición de mediación de la LIVG, como luego veremos.

B) Mediación civil y mercantil. La mediación se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, con el RD 2/2012. La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, supuso la necesidad de adecuar nuestra legislación, por lo que se publicó la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.³²⁶

En España antes de esta normativa, se hacía muy poca mediación, normalmente en asuntos de familia, y siempre extrajudicial, si bien tras la promulgación de la antedicha normativa, podemos decir que la situación ha cambiado muy poco.

Por RD 980/13, de 13 de diciembre, se aprobó el reglamento que la desarrolla, y en el año 2013, la Ley 14/13, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su

³²⁵ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “El papel del juez en la mediación civil y penal”. Conferencia sobre “Mediación”, impartida en las “Jornadas de Mediación CGPJ/Abogacía Española”, celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de octubre 2017. Disponible en, Ponencias de las jornadas: <https://www.icava.org> (Última visita 26-07-2021).

³²⁶ En la Exposición de Motivos de esta ley se señala que: “La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Por su lado, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002. Precisamente, el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justificó el recurso al real decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se puso fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea”.

internacionalización, introdujo la figura del mediador concursal.³²⁷ El Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, introduce la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación de forma expresa en el artículo 14. ¿Quién conoce la existencia de estos mecanismos?

Por lo que hace a la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y Consejo de Europa, de 21-05-08, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, es una norma europea de mínimos que pretende dotar de unidad a los principios de la mediación en Europa. Esta Directiva, obligaba a los países de la UE a incorporar la institución de la mediación en sus ordenamientos antes del 21-05-11, salvo a Dinamarca.

La definición que incorpora de la mediación en el artículo 3 es abierta, “*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial*

³²⁷ En el Preámbulo, punto III. Señala tres ejes, a) basa el modelo de mediación la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública. b) el segundo eje de la mediación, es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir. Igualmente, la Ley utiliza el término mediador de manera genérica sin prejuzgar que sea uno o varios. Corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales. c) En la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio. El marco flexible que procura la Ley pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes procesales posteriores ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. Así se manifiesta en la opción de la suspensión de la prescripción cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados. La presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias. Con el fin de facilitar el recurso a la mediación, se articula un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo. V Las disposiciones finales cohesionan la regulación con el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales. Se reforman, así, la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, para incluir entre sus funciones, junto al arbitraje, la mediación, permitiendo así su actuación como instituciones de mediación. Se operan también una serie de modificaciones de carácter procesal que facilitan la aplicación de la mediación dentro del proceso civil. Se regula así la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación. Se trata de una novedad que, dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios. Por otro lado, se prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma. La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil comprende, por último, la de los preceptos necesarios para la inclusión del acuerdo de mediación dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución. Con estas modificaciones se articula la adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de esta institución.

referente a ese litigio". En cualquier caso, la Comisión ha partido de una amplia concepción de la mediación, reconociéndola como un procedimiento adaptado a las necesidades de las partes, que puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles. A tal efecto, valora expresamente los beneficios que conlleva, tales como el mayor cumplimiento voluntario de los acuerdos o el hecho de que se preserven las relaciones (que inciden en mayor medida cuando existen elementos transfronterizos). Por todo ello, la Comisión ha tenido como finalidad dotar a la mediación de un marco jurídico estable y fiable, equiparable, en buena medida, al proceso judicial.

La Ley de mediación 5/12, de 6 de julio, artículo 1 señala, "*se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con intervención de un mediador*". El artículo 2 delimita su ámbito de aplicación, excluyendo en el punto segundo del ámbito de aplicación de la ley, la mediación penal, con las administraciones públicas, y laboral.³²⁸

Ahora bien según señala en su Preámbulo: "Las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes".

Hay otras figuras afines, de las que hay que diferenciar a la mediación civil: del arbitraje, de la negociación, la transacción y la conciliación. La LEC en su Libro I, Título I, Capítulo IV bajo la rúbrica "Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones", regula la posibilidad de disponer del objeto del procedimiento civil por las partes en los artículos 19 a 22, en el primero establece el derecho de disposición de las partes, la transacción y la suspensión: "*Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.*"

1. El arbitraje, se encuentra regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje. Su artículo 2 exige, como presupuesto ineludible que recaiga sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Se parte de un previo contrato, suscrito por las partes, y el árbitro impone su autoridad en una resolución definitiva. Los árbitros ostentan la potestad de juzgar, deciden de manera definitiva e irrevocable los litigios mediante laudos arbitrales, y una vez firme el laudo, se puede instar su ejecución en la vía judicial, mediante el mismo proceso de ejecución de sentencias; luego los árbitros pueden juzgar, pero no ejecutar lo juzgado. El arbitraje, es una

³²⁸ Artículo 2.1, "*Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español*". 2.2 Se suprimió la letra d) "*y en materia de consumo*" del apartado 2 por la disposición final 7 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

heterocomposición en el que las partes no deciden ni intervienen. Coincide con la mediación en que ambas son extrajudiciales.

2. La negociación. Con la negociación las partes, tratan de llegar a un acuerdo entre ellas. Según el diccionario de la Real Academia, negociar tiene entre otras acepciones la de “tratar asuntos públicos o privados procurando el mejor logro”. Es evidente que en una negociación cada una de las partes trata de sacar lo mejor para su interés propio, siendo pues un ámbito estrictamente privado y extra procesal. Las partes antes de ir a resolver su conflicto judicialmente pueden establecer una negociación entre ellas, que suele hacerse a través de sus letrados, y que puede fructificar y llegar a un acuerdo, o no. Puede desarrollarse una vez iniciado el procedimiento, y solicitar la suspensión del mismo en base a esa negociación para terminarla, según las distintas previsiones que ofrece la ley. Luego, negociar, intentar poner de acuerdo a las partes no es mediación.

3. La transacción. Es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado, artículo 1.809 y ss del CC. Al ser un contrato deben cumplirse los requisitos de validez de los mismos. No interviene ningún tercero.

4. La conciliación. Es el primer método autocompositivo que se reguló en nuestro derecho. Fue pasando de obligatorio en la LEC de 1881, a potestativo en la LEC de 1984 por su falta de utilidad práctica, y ya en la LEC vigente, se mantiene como potestativo para las partes. La nueva LEC regula dos conciliaciones intraprocesales que tienen lugar al principio y al final de la “audiencia previa”, sólo en el juicio ordinario.

La LJV, en su Título IX bajo la rúbrica “De la conciliación”, regula esta figura, en los artículos 139 y sss, e indica cuando procede la conciliación: “*Se podrá intentar la conciliación con arreglo a las previsiones de este Título para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito. La utilización de este expediente para finalidades distintas de la prevista en el párrafo anterior y que suponga un manifiesto abuso de derecho o entañe fraude de ley o procesal tendrá como consecuencia la inadmisión de plano de la petición*”, (artículo 139). En la conciliación interviene un tercero, pero a diferencia de la mediación, adopta una postura mucho más neutra, pretende que las partes lleguen a un acuerdo, las reúne y transmite las diferentes posturas entre ellas. Puede incluso aportar un principio de solución, pero no hay una labor real de trabajo para llegar a un acuerdo, por ello esta figura ha sido siempre considerada como un “mero trámite”, no efectivo, que tiene que realizarse por imperativo legal”. Esta percepción ha hecho mucho daño a la mediación, ya que en el escasísimo conocimiento de los ciudadanos sobre la mediación, se equipara ésta a la conciliación, y por lo tanto puede haber un inicial rechazo, al entender que la misma no va a tener ninguna efectividad real.

C) Es en la mediación familiar, el campo donde a mi juicio cobra más importancia la mediación, donde más desarrollo ha tenido y donde más confusión hay. Muchos abogados, jueces y fiscales creen de forma natural que han mediado, oímos con frecuencia: “no, si yo siempre he mediado, yo medio, intento siempre acercar posturas, hacerles ver el camino que tienen que recorrer de futuro...”. Pero llegar a un acuerdo y celebrar un procedimiento que termina por mutuo acuerdo no es mediación, ni tampoco lo son los acuerdos a los que se llegan antes del juicio.

Cuando hablamos de mediación, su desarrollo dentro del ámbito familiar es muy importante. Nos centraremos en las consecuencias jurídicas que se producen tras la ruptura del vínculo sentimental, ya que esta ruptura afecta a los aspectos más íntimos y personales del ser humano, lo que hace que contenga una gran carga emocional, son los sentimientos más íntimos los que entran en juego: amor, odio, rencor, celos, abandono, venganza, angustia, ira, depresión... Se pone en juego una de las dimensiones más importantes e íntimas del ser humano, su relación sentimental y familiar, la relación con sus hijos, su situación económica, en definitiva, su presente y su futuro.

Del resultado de la gestión de esa ruptura, y como sea ésta, traumática o no, dependerá el futuro de muchas personas, ya que afecta no sólo al núcleo íntimo, sino a toda la familia cercana, abuelos, hermanos, amigos... por ello es muy importante darles a los ciudadanos la opción, la posibilidad de decisión, entre un futuro lleno de psicólogos, juicios, ejecuciones interminables, enfrentamientos por cuestiones nimias, o un marco de respeto, entendimiento mutuo y libertad.

Es por ello uno de los campos donde mayor beneficio se puede obtener con la mediación, ya que la relación entre las partes en el caso de existir hijos comunes va a ser más que duradera, y realizar una pacificación, y normalización de estas relaciones redundan en beneficio además de todos los miembros de la familia, de la sociedad. Es necesario indicar que como en todo el derecho familia, la mediación debe estar presidida por un principio fundamental: el interés y beneficio del menor.

Sobre el concepto de mediación familiar he escogido entre las múltiples y variadas definiciones las dos siguientes, de L. García Villaluenga y C. Merino Ortiz. Según la primera, "...se puede definir la mediación familiar como un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial posibilita la comunicación entre las partes, para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atiende, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados. Dicho proceso es facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión".³²⁹

Según C. Merino Ortiz, "Una definición integradora de todos los principios del concepto tradicional de mediación es aportada por Luquin (2007) al definir la mediación como un instrumento de gestión y/o resolución de problemas derivados de conflictos familiares, alternativo o complementario a otras vías como la judicial, caracterizado por la intervención de una persona imparcial, neutral y cualificada en un proceso informal y confidencial de autocomposición de intereses, necesidades y deseos inicialmente percibidos como incompatibles o contradictorios con el fin de facilitar la comunicación entre las partes y crear un espacio de confianza mutua y de colaboración recíproca que propicie el acercamiento de posiciones con vistas a lograr un acuerdo viable, mutuamente satisfactorio y duradero que resuelva el conflicto o minimice, al menos, sus efectos".³³⁰

³²⁹GARCÍA VILLALUENGA, L. "*Mediación Civil. Mediación intrafamiliar*". Publicaciones del CGPJ. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-familiar> (Última visita 12-01-2021).

³³⁰MERINO ORTÍZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*. Ed. Reus, Madrid 2013, p. 26.

Modelos de mediación familiar. En la literatura jurídica hay diferentes modelos, tipos, escuelas, métodos, técnicas de mediación, que luego en su aplicación práctica no suponen modelos estancos, sino que hay una interrelación entre ellos. Sin ánimo de exhaustividad podemos señalar siguiendo el esquema que nos ofrece C. Merino Ortiz, los siguientes:³³¹

“Modelo de Mediación dirigida al Acuerdo. Se centra en el conflicto y se detiene en los intereses de las partes, para lograr su objetivo final de la consecución del acuerdo a partir de la autodeterminación de las partes...Tras los primeros años de aplicación de este modelo de solución de problemas se comprobó que en los conflictos de familia y, en especial, los que suponen ruptura de pareja, las personas no siempre están dispuestas a dialogar y negociar de una forma racional, ya que el vínculo afectivo impide, en ocasiones, pensar con nitidez.

Modelo de Mediación Transformativa. Bush y Folger (1994, 2005,2010). Esencialmente se define como no directiva y sin especial interés en el acuerdo. Los elementos característicos de este enfoque son el reconocimiento mutuo entre las partes y el concepto de “empowerment”, desde un concepto de potenciar los recursos personales que trae cada parte al proceso de mediación. Por tanto, no es en el sentido de empoderamiento (traducido habitualmente así en los documentos en castellano), sino de potenciar sus propios recursos y habilidades, quizá disminuidas, incluso ocultas en el momento de conflicto en el que acude esa persona a mediación. La meta fundamental es modificar la relación de las partes, transformar su modo de interaccionar y generar el cambio social. El modelo transformativo fue a su vez cuestionado en cuanto a la necesidad de dar mayor relevancia a la fase previa, con la finalidad entrenar a las partes hacia el reconocimiento mutuo y el empowerment.

Modelo de Mediación Familiar Terapéutica. Irying y Benjamin (1995). Su característica fundamental es el reconocimiento de que en ocasiones nos encontramos con personas que no se sienten capaces, o no están preparadas para trabajar juntas en mediación. Ante esta posibilidad, el modelo terapéutico plantea alternativas, o formas preliminares de ayuda, antes de considerar a la pareja o familia inviable para un proceso de mediación y de este modo favorecer que se logre la autodeterminación de las partes a partir de la atención o intervención previa e individual. Se desarrolla en las siguientes fases:

1. Evaluación previa: se analiza la viabilidad de la mediación y el perfil de las personas que serán protagonistas en el proceso. La evaluación previa tiene como objetivo valorar si ambas partes están preparadas para enfrentarse a una discusión cara a cara. Así como analizar si la situación es adecuada para la mediación. El objetivo de esta fase inicial es reducir el uso inapropiado o prematuro de la mediación.
- 2.-Pre-mediación: Donde se explican las características del proceso y sus principios y se escuchan las versiones de las partes en conflicto.
- 3.-Negociación: Similar a la negociación basada en intereses.

³³¹MERINO ORTÍZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder.* Ed. Reus, Madrid 2013, p. 37 a 47.

4.-Seguimiento: Finalizado el proceso se convoca a las partes para comprobar la adecuación del acuerdo, posible modificación y el grado de satisfacción del propio proceso de mediación.

Modelo de Mediación Circular Narrativo, Rifkin (1991), Coob (1992, 1993, 1994, 1997), Winslade y Monk (2000, 2006, 2008), White (2002) y Suares (1996, 2002, 2009). Los principales defensores de este modelo conciben la mediación como un proceso en el que se invita a las partes a contar su conflicto con el doble propósito de implicarles por igual y alcanzar una visión compartida del mismo. Por tanto, en ese objetivo de implicarles por igual se basa la autodeterminación como faro del proceso mediante la creación de una historia alternativa.

Otros modelos de mediación. El modelo ecosistémico que se centra en la familia como un todo, incluyendo a los hijos e hijas en los casos de mediación en ruptura de pareja. El Modelo de selección estratégica o modelo de Carnevale (1989), Mediación reparadora fundamentado en la Justicia Restaurativa y la Mediación Humanista (Urnbreit y Coates, 2006) y el Modelo Tópico de Bandied (2005), considerado por algunas corrientes de los más completos al buscar la pluralidad potenciando la libertad y la autonomía de la voluntad.

En este apartado, la autora manifiesta un especial detenimiento por el “Modelo Contingente de Mediación”, modelo sobre el que señala: “Más que una propuesta teórico-metodológica en la línea de los modelos anteriores, se trata de un modelo intervencionista en la medida en que marca las premisas que debe seguir la intervención mediadora de cara a la consecución de resultados exitosos. Nos estamos refiriendo al modelo desarrollado por Bercovitch (1991, 1992)”.

Desde este enfoque se defiende que los resultados a obtener de una mediación están determinados por variables tanto antecedentes como presentes en el conflicto. Cuando una persona mediadora decide intervenir en un proceso mediacional debe realizar, a modo de pre-mediación, un estudio de las distintas variables contextuales que caracterizan la situación conflictiva. Bercovitch incluye como variables contextuales las siguientes:

-La naturaleza de la disputa, intensidad del conflicto, duración del impasse, comprobación de las negociaciones anteriores a la mediación. -La naturaleza de los problemas: si están en juego o no cuestiones de principio, número de problemas a negociar. -La naturaleza de las partes: poder de cada una, experiencia en casos de mediación, actitudes hacia la mediación y el acuerdo. -La naturaleza de la persona mediadora: sus características personales, su identidad, prestigio, autoridad.

Realizado este primer estudio, la persona mediadora tendrá conocimiento de las circunstancias y características que configuran el conflicto que debe ayudar a resolver. Este paso supone una tarea imprescindible si se desea una mediación satisfactoria. Reconocidas las variables contextuales que configuran el conflicto, se puede empezar el proceso de mediación en sí mismo, es decir abrir la negociación entre las partes. En este momento son las variables conocidas como de procedimiento las que van a ir incidiendo también sobre los resultados de la mediación. Incluidas como variables de procedimiento se encuentran las estrategias y tácticas que la tercera parte utiliza para desempeñar su labor. Desde el Enfoque Contingente se defiende la continua interrelación entre las variables contextuales y de procedimiento. La elección de una estrategia y táctica de intervención no puede realizarse dejando a un lado las variables contextuales que anteceden al comienzo del proceso. Por tanto este modelo defiende la absoluta interdependencia entre ambos grupos de variables. En

definitiva, los resultados de la mediación van a depender tanto de variables contextuales como de procedimiento, al estar ambas en continua interacción”.

3. PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

Hablar de mediación y violencia sobre la mujer, es muy difícil por no decir casi imposible, debido a la titánica presión mediática, en la que realizar una crítica a la LIVG, supone una deriva hacia una exposición mediática feroz, en contra del atrevido crítico, y lo que es peor, sin que se permita siquiera exponer la postura que defiende, incluso a meros efectos dialécticos, lo que no nunca sería en sí mismo malo, ya que de la exposición de diferentes ideas siempre se puede aprender, argumentar, discrepar, convencer... resulta sorprendente que debamos afirmar esto en pleno siglo XXI, algo obvio, que entra en el pleno ejercicio de la libertad de expresión, libertad que debería permitir la existencia de la crítica a la LIVG. Sin embargo, sólo amparados en grupos o asociaciones, cabe ejercer tímidamente, sin temor a un ataque sin piedad, ese derecho.

Sobre esta imposibilidad de admitir un debate, ya en el año 2011 Santiago Madrid Liras expuso la realidad de la situación en la “Revista de Mediación”.

Señalaba este autor, que resultaba francamente sorprendente que se siguiera sin admitir en ese momento, la posibilidad no ya de disentir sino de debatir siquiera. Esta situación sigue igual 10 años después. “Muchas voces se oponen a este debate, sin embargo, desde dos planteamientos que desde aquí no podemos sino juzgar erróneos:

1. La ley –en este caso, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género impide mediar, y punto. Se acabó el debate. ¿Desde cuándo una ley, una norma social, debe decidir que ésta no se debata? Mucho hemos luchado en lo que llamamos «mundo civilizado» para que las leyes, las impuestas sobre todo pero también las que hemos elegido en un momento dado, puedan ser cuestionadas, modificadas y superadas. Cuestionarla no es oponerse a esta ley –por otro lado, imprescindible en el momento que vivimos-; es pretender complementarla, porque toda ley, contrato o acuerdo social requiere de su permanente revisión, rectificación y mejora. Algunos defienden esta ausencia del debate desde una supuesta postura progresista; pero no es progresismo aferrarse a ella –a ésta o a cualquier otra ley- y no cuestionársela, no debatirla. Y, sobre todo, no es ciencia, no es avance, no es solución.

2. Parte de los motivos de por qué no debemos cuestionarnos mediar o no en ciertos casos de violencia parten también del mensaje de protección a las víctimas. ¿Es que si nos cuestionamos que mediar pueda ayudar a éstas nos convertimos en defensores del maltrato?, ¿por qué absurda razón se llega a la idea de que o estás a favor de la ley y de las mujeres maltratadas o estás en contra de ambas?, ¿quién decidió que ambas van sumadas?, ¿quién se apoderó del «camino único» para ayudar a quienes sufren? Colocar a los críticos con esta ley en el bando de los tradicionales que priorizan a la familia frente a la mujer es puro dogmatismo. Siempre que nos hacemos defensores a ultranza de «la única vía» nos aproximamos a los siempre presentes Torquemadas que tanto daño han hecho a nuestra evolución.

Pero, por favor, no lo llamemos progresismo: pretender frenar el debate y la voz que se cuestiona es tan antiguo, conservador y salvaje como la misma violencia que queremos erradicar TODOS los que estamos en esto. Y todos, nuevamente, queremos luchar lo mejor posible por proteger, apoyar y fortalecer a cada mujer que ha sufrido la jamás excusable violencia. Pero erradicarla supone querer ir más allá, querer

entender qué lleva a unos hombres a emplear la violencia en unos casos y en otros, querer entender el mecanismo que diferencia un caso de otro y buscar soluciones concretas y específicas para cada caso. Meter en un «cajón de sastre» pocas veces le ha servido a la ciencia para avanzar”³³²

En noviembre de 2018, en el encuentro sobre “Prevención de la Violencia de Género en las crisis de pareja, coordinador/a de parentalidad”, celebrado en Madrid, no se planteaba siquiera la posibilidad de debatir sobre la inclusión de la mediación en violencia de género,³³³ sin embargo un mes antes, en el II Congreso Triatlántico de Mediación, se concluía, “Es muy importante destacar el valor democrático que tiene la mediación, como conjunto de herramientas para contribuir a facilitar el diálogo y, con ello, favorecer la pacificación”.³³⁴

“Nadie cuestiona que la víctima ha sido la gran olvidada dentro del proceso judicial, actuando como mero testigo en su propia reparación y siendo relegadas sus necesidades en aras de los intereses generales del Estado. Una y otra vez se ha caído en el error de considerar que la víctima, y en particular, aquella en situación de violencia de género, no anhela más que se le haga justicia, desatendiendo así todas aquellas necesidades básicas que surgen de la vivencia del propio hecho delictivo. Ante esta lacra, los poderes públicos han respondido endureciendo las penas y reforzando la tutela judicial efectiva para la mujer, pero al mismo tiempo han limitado, más si cabe, su protagonismo dentro del proceso judicial, coartando su libertad de actuación e instrumentalizando a cada víctima particular en aras de una ansiada justicia de género”.³³⁵

3.1 ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 44 DE LA LIVG.

Como hemos referido al inicio de este capítulo, el artículo 44 de la LIVG, modificaba la LOPJ, y añadía el artículo 87 *ter* que conteniendo la competencia tanto penal como

³³² MADRID LIRAS, S., “Presentación: debatir sobre mediación en violencia de pareja”, en *Revista de Mediación, ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, Ed. Imotiva, año 4, N° 7, mayo 2011. Disponible en: <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/.../Revista-Mediacion-7-01> (Última visita 12-01-2021).

³³³ ENCUESTRO SOBRE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS CRISIS DE PAREJA, COORDINADOR/A DE PARENTALIDAD. Organizado por Juezas y Jueces para la democracia y UNAF, en Madrid el 12-11-18.

³³⁴ II CONGRESO ATLÁNTICO TRICONTINENTAL DE MEDIACIÓN. MEDIACIÓN Y CONVIVENCIA: SÍ Y MÁS, organizado por GEMME y la Universidad de La Laguna, celebrado en Las Palmas de Gran Canaria, del 25 al 27 de octubre de 2018. Disponible en: <https://mediacionesjusticia.com/2018/02/27/ii-edicion-del-congreso-atlantico-tricontinental-de-mediacion> (Última visita 15-01-2021).

³³⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., TARRÍO TORRADO, C., y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en Violencia de Género”, en *Revista de Mediación, Análisis y Resolución de Conflictos*, Ed. imotiva, año 4. N° 7, mayo 2011. p 6 y 7. Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion-en-violencia-de-genero/> (Última visita 15-01-2021).

civil de los juzgados de violencia sobre la mujer, señala: “En todos estos casos está vedada la mediación”.

Pese a la claridad con la que se enuncia la prohibición, se ha discutido su alcance, ¿Prohíbe sólo la mediación penal aunque la misma no esté regulada? ¿Se refiere sólo a la mediación civil de los procesos de familia que pueden conocer los juzgados de violencia? ¿Que ocurre cuando la violencia de género se realiza por un varón menor de edad y sujeto a la LORPM? Como no podía ser de otra forma en esta materia, hay discusión sobre todos y cada uno de los puntos.

En el año 2004 cuando se publica la LIVG, la única posible mediación penal se hallaba contemplada en la jurisdicción penal de menores, artículo 19 de la LORPM, y salvo en esta ley, no se recoge de forma expresa como tal en nuestro ordenamiento jurídico. Luego ¿Como prohibir algo que no está regulado? Por ello hay autores que entienden que tal prohibición lo es únicamente respecto a la materia civil, ya que según la estructura del artículo, este punto se encuentra después de todas las referencias a la materia civil, y mientras que otros entienden que se prohíbe la mediación, tanto en la materia civil como en la penal.

Inicialmente no se incluía esta prohibición, no estaba contemplada en el proyecto de ley. El grupo parlamentario Convergencia i Unió, presentó una enmienda que defendió la diputada María Mercé Pigem, argumentando la necesidad de exclusión de la mediación. Para ello indicaba, que: “...aunque parecía de sentido común que la mediación familiar, establecida para que las partes alcancen acuerdos extrajudiciales en procesos de separación y divorcio, no se aplicara en casos de violencia, ninguna norma española lo impedía por lo que la mediación no debe aplicarse nunca en estos casos, dado que las partes no están en igualdad de condiciones a la hora de alcanzar un acuerdo”. La enmienda fue aprobada por unanimidad, y el argumento que se sostuvo para su aprobación, fue afirmar que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes, por lo que, conforme se sostiene en todos los foros internacionales especializados, la mediación es absolutamente inadecuada, y como pese a ello, se sigue realizando, es necesario prohibirla.

Las dos premisas que fueron manejadas para introducir tal prohibición, no son aceptables. Sobre “los foros especializados”, curiosamente se pronunció en 2010 el CGPJ: “...los foros especializados...se limitan, en general, a recomendar cautela y prudencia para evitar en las víctimas sucesivas revictimizaciones, luego están contemplando su práctica, no su prohibición; y la igualdad constituye un término polisemántico, cuya plasmación legal requiere de trazos finos, de sutilezas, de matices; en materia de géneros, además, la igualdad jurídica no debería entenderse sino en términos de “idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes”³³⁶. Sobre la inexistencia de la igualdad entre las partes, como luego veremos, esa desigualdad no existe siempre por definición, ni es por ello motivo para prohibirla.

³³⁶ SÁEZ R., Y OTROS., “La Mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva”. (Grupo de Investigación noviembre de 2010 CGPJ), p.155. Disponible en: ww.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones (Última visita 12-01-2021).

Lo que parece, es que la voluntad del legislador era prohibirla en todos los asuntos, tanto civiles como penales, pero la doctrina está dividida, para unos autores la norma solo prohíbe la mediación civil, mientras que otros opinan que prohíbe tanto la mediación penal como civil.

Para Vicenta Cervelló Donderis y Asunción Colás Turégano, “quedan muchas dudas sobre el alcance de la prohibición, si se refiere sólo a los asuntos civiles por ser la familiar el único tipo de mediación regulada, si abarca la competencia total de los juzgados de violencia sobre la mujer o la que la propia ley denomina como violencia de género que es un catálogo mucho más reducido de delitos, si opera sólo en la instrucción por ser la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer, pero no en la fase de enjuiciamiento, o si al excluir expresamente la mediación, no incluye en la prohibición otros instrumentos restaurativos como los círculos de sentencia o conferencias familiares. Esta prohibición supone un grave inconveniente porque lo determinante para la selección no debe ser la tipología delictiva general o concreta, sino la combinación de los diversos factores individualizados de cada caso, por ello al excluir la mediación en violencia de género se ignora un medio de resolución de conflictos que se caracteriza por ser pacífico, por respetar los intereses de las dos partes y por ser tener un alto contenido educativo por el compromiso que exige de comportamientos futuros”.³³⁷

Virginia Domingo de la Fuente, indica que “El artículo 44.5 de la LOMPIVG señala que no cabe mediación en los procesos tramitados ante el Juzgado de violencia sobre la mujer. Esta ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, es del año 2004, por aquel entonces solo se conocía la mediación familiar y esto es lo que vino a prohibir, la mediación familiar en violencia de género”.³³⁸ En igual sentido Julián Ríos Martín.³³⁹

C. Alonso Salgado, junto con C. Torrado en relación a la posibilidad de relacionar mediación y violencia de género, consideran que “...el legislador español con la promulgación de la LO 1/2004 optó por desatender no solo la experiencia comparada, sino también principios tales como los de intervención mínima del Derecho penal, y eligió situar la intervención punitiva del Estado al frente y en régimen de monopolio, de toda respuesta institucional frente a la violencia de género. Con todo lo señalado no pretendemos obviar que, más allá de la consideración de error de política criminal el establecimiento de la prohibición de mediación en caso

³³⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., COLÁS TURÉGANO, A., “*Mediación y violencia de género en menores de edad: un enfoque educativo*”, p. 6. Disponible en: <https://www.oijj.org/sites/default/files/oijjconf2014> (Última visita 10-12-2020).

³³⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “*Justicia Restaurativa en violencia de género si, mediación no*”, 09-04-18. Disponible en: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es/2018/04/justicia-restaurativa-en-violencia-de.html>. (Última visita 10-12-2020).

³³⁹ RÍOS MARTÍN, J. Y OTROS, “*Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia*” (2005-2008). “Es significativo que se prohíba lo que ni siquiera está previsto en la ley. El legislador en aquel momento no podía pensar en prohibir la mediación penal, que era una institución que no estaba ni está regulada. Por ello, es posible que el legislador estuviera pensando exclusivamente en la mediación civil, toda vez que dicha prohibición recae en un artículo referido al proceso civil” Publicación del CGPJ, 2013 p. 49. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicacion> (Última visita 10-12-2020).

de violencia de género, la instauración de la mediación para estos supuestos implicará por fuerza la adopción de una serie de cautelas y salvaguardas...³⁴⁰

Para María Jesús Molina Caballero, “En principio, y en cualquier caso, la prohibición de la mediación afectará a su utilización en dichos procesos de familia pues, por ahora, y salvando nuestra propia interpretación del asunto en el sub-epígrafe siguiente, la única mediación prevista en nuestro ordenamiento conectada al ámbito procesal es la civil y mercantil que regula la Ley 5/2012”.³⁴¹

Juan Carlos Ortiz Pradillo, entiende que la prohibición afecta tanto a la mediación civil como penal, “Como último ejemplo de esa batería de medidas legislativas que limitan o anulan la voluntad de la víctima en el enjuiciamiento de la violencia de género, nos encontramos con la prohibición de la mediación sobre cualquiera de los asuntos que sean competencia de los JVM (artículo 44.5 de la LO 1/2004), lo cual afecta tanto en los procesos penales como a aquellos civiles cuya competencia se residencie en los JVM por existir algún episodio de violencia de género”.³⁴²

En igual sentido, Marta del Pozo Pérez afirma rotundamente: “Creo, para oponerme a los que opinan que no se puede prohibir lo que no está regulado o permitido, que es una norma con una función garantista y pro futuro, en relación con la elaboración de nuevas normas procesales. Este artículo cumple además una función preventiva, en el sentido de que las normas concretas que puedan articularse, en su caso, en el campo de la mediación penal deberán respetar esta prohibición delimitada por Ley Orgánica, lo que, en principio blinda la posibilidad de existencia de mediación en la materia que nos ocupa”... “Ahora bien, la citada exclusión, ¿se refiere sólo al ámbito penal o también al civil? En mi opinión debe extenderse la prohibición a ambos siempre y cuando medie violencia de género. Entiendo, por tanto, que la mediación no se puede llevar a cabo en ningún supuesto en el que haya violencia de género con independencia de si la naturaleza del conflicto es civil o penal.” Todo ello demuestra la necesidad del tratamiento conjunto del fenómeno de la violencia de género en ambos aspectos, con lo cual y por este mismo argumento la prohibición de la mediación debe aplicarse a la materia penal y la civil, otra opción tras las recientes reformas sería, en mi opinión, un contrasentido³⁴³

Antonio del Moral señala con claridad, “El art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, prohíbe de manera indubitada la mediación en esa materia tanto en el ámbito civil como en el penal. La disposición no admite una interpretación correctora, como se ha propuesto en ocasiones. Desde luego me uno a las autorizadas

³⁴⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*. Ed. La Ley, grupo Wolter Kluwer, Madrid 2011, p. 605, 606.

³⁴¹ MOLINA CABALLERO, M.J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Jurisdicción de Menores y Mediación”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, año 2015. p. 13. Disponible en: [https://www.RECPC 17-24\(2015\)-http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-24.pdf](https://www.RECPC 17-24(2015)-http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-24.pdf) (Última visita 10-12-2020).

³⁴² ORTÍZ PRADILLO, J.C., *El derecho y la economía las mujeres y la igualdad de género*, Ed. Lex Nova, Madrid 2011. Capítulo III, p. 139.

³⁴³ DEL POZO PÉREZ M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del artículo 44.5 de la LO 1/04”. En *Práctica de Tribunales. Revista especializada en derecho procesal civil y mercantil. Especial Mediación*, del Colegio de Abogados de A Coruña, p. 52, 53 y 55. Disponible en: <http://practicadetribeales.laley.es> (Última visita 10-12-2020).

y numerosas voces que han abogado por la supresión de esa limitación que no tiene justificación suficiente, si la mediación aparece correctamente enfocada y manejada por expertos conscientes de la eventual asimetría de la relación o situación de desigualdad. La prohibición absoluta vigente es un dislate”.³⁴⁴

Compartimos esta última postura, se ha optado por prohibir la mediación en cualquier supuesto de violencia de género, sin tener en cuenta la gran cantidad de supuestos que comprende esa violencia, su distinta gravedad, y la necesidad de la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso. Al no distinguir, se prohíbe la mediación tanto penal como civil. Así se entiende también por el CGPJ en su guía, “La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 87 ter 5 veda la mediación en los procesos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”,³⁴⁵ lo cual supone a mi juicio una prohibición injustificada.

3.2. POSIBILIDAD DE INTRODUCIR LA MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

La mediación está prohibida en violencia de género, pero vamos a explicar porqué a nuestro juicio no debería mantenerse esta prohibición. Las posturas respecto de la mediación en violencia de género, están igual de divididas, que las que acabamos de indicar.

1. Por una parte, están quienes entienden que no cabe acudir al mecanismo de la mediación en forma alguna, como Marta del Pozo Pérez, para quien “en materia de violencia de género no existe arrepentimiento del autor, simplemente es una estrategia, forma parte de una de las fases del ciclo de la violencia (...). El presunto maltratador de género no se arrepiente por el daño originado a la mujer, sino por las nefastas consecuencias que puede tener para él este comportamiento”, “no hay maltrato esporádico”; “falta de voluntad por consentimiento viciado de la víctima. Inexistencia de voluntariedad. Considero que la víctima de violencia de género podría encontrarse en una situación personal límite que la llevaría a carecer de voluntad, capacidad de decisión e incluso se podría considerar su consentimiento viciado”, “la mediación favorece el ciclo de la violencia de género con la contribución a potenciar la luna de miel”.³⁴⁶

2. Para otros autores, sólo es admisible la mediación en violencia de género, en materia civil, entre ellos está Juan Luis Colomer.³⁴⁷

³⁴⁴ DEL MORAL, A., “Perspectivas de la mediación en el ámbito penal: reflexiones de un fiscal del Tribunal Supremo”, en *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, N° 36, de 2008, ISSN 1130-8893, p. 95, 96. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2962205> (Última visita 10-12-2020).

³⁴⁵ GUÍA PARA LA PRÁCTICA DE LA MEDIACION INTRAJUDICIAL, de 7 de noviembre de 2016, p.114. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-intrajudicial> (Última visita 10-12-2020).

³⁴⁶ DEL POZO PÉREZ, M., ¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?, (11) en MARTÍN DIZ, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal: estudios y análisis*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011. p. 292, 294, 303 y 320.

³⁴⁷ GÓMEZ COLOMER, J.L., *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Ed. Universitat Jaume I., Server de comunicació i Publicacions, D.L., Castellón, 2007, p.118.

3. Especialistas en justicia restaurativa penal, como Julián Ríos Martín, abogan por su inclusión total en materia civil y penal.³⁴⁸

4. Están aquellos autores, que señalan la necesidad de valorar los casos en concreto, y determinar si cabe en ambos campos, civil y penal, en uno de ellos, o en ninguno. Como señala Emiliano Carretero Morales: “Desde mi punto de vista, entiendo que no se puede generalizar, ni frivolar con un tema tan delicado. Cada episodio de violencia de género es único, no hay dos conflictos idénticos, las partes son distintas y las circunstancias personales y de toda índole que han podido llevar a esa situación también lo son, por tanto habrá que analizar caso por caso para determinar la oportunidad y viabilidad de la Justicia Restaurativa en cada asunto concreto. No considero conveniente la idea de establecer un catálogo cerrado en el que consten qué asuntos habrían de ser derivados a mediación y cuáles no, y, por supuesto, no todos los asuntos de violencia de género son susceptibles de ser mediados. Es más, posiblemente en muchos de ellos no sea aconsejable ni tan siquiera intentarlo. Habrá que atenderse a las circunstancias concretas del caso en cuestión y, en particular, a la situación emocional de la víctima y la posible desigualdad o desequilibrio en las posiciones de las partes”.³⁴⁹

5. También Juan Carlos Ortiz Pradillo, no comparte esta prohibición total, “Esto no significa quedarnos partidarios de impulsar la mediación en este ámbito, a tenor de la especial situación en la que se encuentran las víctimas de este tipo de violencia. Simplemente, no compartimos que se regule legalmente una prohibición indiscriminada de mediación penal solo para los casos de violencia de género, basada en la premisa de la desigualdad, y, por lo tanto, necesaria «sobrepotección» de la mujer víctima con independencia de lo que esta pueda opinar. Ello significa negarle a la víctima, y solo para estos casos de violencia de género, la capacidad de tomar sus propias decisiones lo que redundaría en una perpetuación de su consideración como ser indefenso al que hay que proteger y evitar que tome decisiones desacertadas.”³⁵⁰

Las posturas doctrinales, son radicalmente diferentes, pero es relevante señalar que en el año 2010, se perdió una gran oportunidad de introducir la mediación en violencia de género, impulsada además por un órgano como el CGPJ. En el “Seminario del CGPJ sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del derecho de familia”, la conclusión quinta señalaba: “Se reitera una vez más que se entiende desafortunada la previsión recogida en el artículo 87 ter de la LOPJ en su redacción dada a éste por la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, referente a vedar la mediación en todos los casos atribuidos a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin diferenciar grados de violencia, ni si la misma es estructural o contextual. En definitiva se considera que la

³⁴⁸ RÍOS MARTÍN, J.C., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias del diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 108.

³⁴⁹ CARRETERO MORALES, E., “La utilidad de los ODR en los casos de Violencia de Género” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro*. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p.221 y 222. Disponible en: <https://www.redp.uerj.br> (Última visita 10-12-2020).

³⁵⁰ ORTÍZ PRADILLO, J.C. Y OTROS. *El derecho y la economía las mujeres y la igualdad de género*, Ed. Lex Nova, Madrid 2011, Capítulo III, p. 139.

solución asumida por el legislador de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y determinación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación. En este sentido resultan elogiadas las experiencias desarrolladas en el Juzgado de Hospitalet de Llobregat, después en el Juzgado nº 5 de VIDO de Barcelona o en el Juzgado nº 1 de VIDO de Murcia en las que se orienta a las partes a una mediación familiar una vez se ha procedido al archivo del procedimiento penal”.³⁵¹

En octubre de 2017, en el Encuentro con Abogacía especializada en Derecho de Familia y Gabinetes técnicos de psicología jurídica del menor y forense, se consideró sobre mediación y violencia, “...que la mediación puede ser una herramienta de actuación preventiva de la violencia situacional ligada con las rupturas familiares, siempre que se garantice la igualdad entre las partes mediadas. Especialmente, en los casos de archivo tras denuncia por violencia sería conveniente derivar a mediación, puesto que la vuelta al hogar, como si nada hubiera ocurrido, es altamente conflictiva”. Si bien por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, se opuso y realizó una propuesta de conclusión alternativa: “La mediación está prohibida por Ley en situaciones de violencia de género por cuanto no existe igualdad entre las partes, igualdad que es imprescindible para cualquier mediación”.³⁵²

Hemos visto diferentes posturas a favor y en contra de la mediación. Mi opinión, es totalmente favorable a la introducción de la mediación, ahora bien, siempre con las debidas garantías. La mediación familiar en violencia de género no puede desprenderse del concepto “víctima”, y por ello necesitaría una especial regulación que tuviera en cuenta este extremo, y ello tanto si una vez presentada la denuncia la retira, como si continúa adelante. Tratándose de los aspectos civiles de familia, en el intento de llegar a realizar un proceso de mediación ese carácter de víctima no sólo no impide la mediación, sino que no ofrece más que beneficios a todo el núcleo familiar, pero especialmente a la mujer. Hay un hecho evidente: “no todos los casos de violencia son iguales”, y algo tan obvio, sin embargo no se tiene en cuenta, para poder decidir si se acude o no a la mediación, pero lo que es más importante, se prescinde de forma total y absoluta de la voluntad de la mujer, a la que se convierte en un ser incapaz de afrontar su vida, y tomar sus propias decisiones en todo caso.

3.2.1. LOS ESCOLLOS A SALVAR PARA SU INTRODUCCIÓN: LA VULNERABILIDAD Y LA SEGURIDAD.

Indicar con carácter previo que en el estudio de los escollos a salvar para justificar la introducción de la mediación, aludiremos al derecho penal, puesto que generalmente

³⁵¹ SEMINARIO SOBRE INSTRUMENTOS AUXILIARES DEL DERECHO DE FAMILIA. Organizado por el CGPJ, celebrado en Madrid del 17 al 19 de febrero de 2010. Conclusión, p.2. Disponible en: http://www.icab.cat/files/242-212696-DOCUMENTO/seminario_sobre_instrumentos_auxiliares_en_el_ambito_del_derecho_de_familia. (Última visita, 30-10-2020).

³⁵² ENCUENTRO CON LA ABOGACÍA ESPECIALIZADA EN DERECHO DE FAMILIA Y GABINETES TÉCNICOS DE PSICOLOGÍA JURÍDICA DEL MENOR Y FORENSE. Organizado por el CGPJ, dentro del Plan Estatal de Formación 2017, (EN17096), celebrado en Madrid del 9 al 11 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj>, p. 2 (Última visita, 31-10-2020).

las argumentaciones para oponerse a la mediación, se refieren al procedimiento penal, y se proyectan luego al procedimiento civil.

El artículo 1.1 de la LIVG señala claramente cuál es el propósito de la norma: “*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*”, y en este precepto, se justifica la restricción de la libertad de la mujer-víctima, y su posibilidad de elección y decisión, basada en una doble premisa: “la situación de desigualdad de la mujer víctima de violencia de género, y la relación de poder del hombre frente a la mujer y la vulnerabilidad de ésta.”

Sin embargo, se olvida lo que con igual claridad señala el punto 2 del mismo artículo: “*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*”. La mediación es una de las formas más importantes e inteligentes de lograr la protección integral, ya que previene futuros episodios de violencia, presta asistencia a las mujeres y sus hijos menores víctimas de esta violencia, les permite recuperar su estabilidad emocional y continuar con su vida, dando también un punto de partida a la recuperación del victimario.

3.2.1.1 VULNERABILIDAD, DESIGUALDAD, Y DESEQUILIBRIO DE PODER.

Se habla continuamente de vulnerabilidad, desigualdad, debilidad, desequilibrio de poder, necesidad de protección, necesidad de empoderamiento,... y a la vez sorprendentemente se incita, casi se obliga a la mujer a mostrarse más beligerante a lo largo del proceso, a no retirar la denuncia interpuesta, a reclamar indemnización, a romper todos los vínculos con el denunciado/maltratador, pero realmente ¿Estamos de acuerdo con esta posición radical? Desde mi experiencia en los juzgados, cada mujer real que sufre violencia y denuncia su situación, tiene una trayectoria vital propia y diferente de las demás, no hay una situación lineal de violencia; y no se habla de la libertad y las necesidades de esta mujer que pasa por los JVSMS, ¿Se sabe como está? ¿Por qué denuncia? ¿Qué quiere? ¿Qué recibe? desde luego que no. Nos imponen estereotipos de mujer maltratada, desde perspectivas interesadas.

La percepción de la violencia de género desde las salas de los JVSMS, de los juzgados de lo penal, de las AP, sorprendería a muchos, y generaría una nueva actuación, lejos del bombardeo mediático. Las mujeres que sufren violencia, dan cada día lecciones ejemplares, y quieren fundamentalmente dos cosas: poner fin a la situación de violencia y recuperar su vida. En la mayoría de los casos, no pretenden incrementar la pena, no hay afán de venganza, ni siquiera en muchísimos casos pretenden una indemnización, la víctima a la que se le pregunta, explica, y ofrece la posibilidad de decidir, si quiere o no una indemnización, responde la mayoría de las veces que no la quiere.

Al prohibir la mediación, se limita la capacidad de decisión, la libertad de elección de la mujer “*a priori*”, sin valoración alguna, se la anula definitivamente, puesto que se decide que el maltratador ya ha hecho su trabajo, y la mujer es débil e incapaz de tomar sus propias decisiones, por lo cual en el ámbito legal no se le permite decidir.

Sin embargo hay dos elementos que deben tenerse en cuenta, al hablar de mediación en violencia de género, primero el especial carácter de la víctima de violencia, estamos en una situación particularmente diferente a otros delitos, no es lo mismo un delito de robo, hurto, una estafa, las lesiones producidas en una riña, un accidente de tráfico...; aquí, nos encontramos con una relación sentimental, rota o aún no, que afecta a la parte más íntima y personal de la mujer y en muchos casos con la existencia de hijos menores de edad.

La violencia de género tiene unos orígenes, mecanismos, procedimientos, y consecuencias diferentes al resto de los delitos, por ello el trato a la víctima debe ser diferente, y como señaló la LIVG, integral, todos los resortes deben engrazarse para ayudar. Y en segundo lugar, que las mujeres víctimas y denunciadas de violencia de género no son ni mucho menos iguales, en relación a su situación, todas son diferentes como lo es su experiencia vital, su fuerza, capacidad de decisión... Pese al tiempo transcurrido y la experiencia acumulada, en el estudio de la violencia de género, es pacífico que no ha podido fijarse un “perfil concreto de mujer maltratada”. El maltrato afecta a todo tipo de mujeres sin distinción de estudios, poder económico, trabajo, edad,...pero también habría que añadir, que no golpea por igual ni mucho menos, es precisamente el colectivo más desfavorecido de mujeres el que se ve realmente afectado, la pobreza, el alcoholismo, la drogadicción, las enfermedades mentales, la falta de dominio de mecanismos de resolución de conflictos, y la cada vez mayor ignorancia de los jóvenes, son el verdadero caldo de cultivo de la violencia.

Pese a esa ausencia de un “perfil de víctima”, en las denuncias de los juzgados especializados podemos ver una serie de grupos importantes, en relación a los hechos denunciados y las circunstancias personales. Así habría diferentes grupos, determinados por unas circunstancias comunes.

a)- La ausencia de una gestión adecuada del conflicto de separación o divorcio. Esta falta de un final civilizado de la relación sentimental, que afecta a todo el ámbito personal y familiar, económico, laboral, y de relaciones sociales, desencadena una situación de tensión que acaba en el juzgado con una denuncia penal.

b)-Los problemas cada vez mayores de Alzheimer y demencia senil, que se incorporan a las estadísticas de violencia de género, cuando en realidad el investigado, y luego acusado en casi todas las ocasiones resulta absuelto al acogerse una eximente completa, ya que es incapaz de conocer y querer sus actos. Sufre una enfermedad que degenera en situaciones de violencia, a veces angustiosa, que entendemos que no deberían situarse nunca aquí, por cuanto quién las ejerce sobre su esposa o compañera sentimental lo hace porque se trata de la persona con la que se mantiene la relación más cercana, sin conciencia ni voluntad.

c)-Los problemas de salud, drogodependencia, alcoholismo y enfermedades mentales, que sufren los involucrados en el conflicto. Se acude a denunciar buscando una ayuda que desde el ámbito judicial no se puede proporcionar, puesto que se pide por ejemplo, que se interne a la pareja aún en contra de su voluntad para que se someta a tratamiento, para que se recupere, lo que no es posible si no se cumplen los requisitos del internamiento involuntario legalmente establecido, que deje sus adicciones, etc.

d)-Las situaciones en que la mujer es menor de edad, adolescente, con relaciones sentimentales complejas, en la que se constata que la falta de madurez afecta a ambas partes de la relación.

e)-Las situaciones en las que hay una discapacidad, que puede darse tanto en el hombre como en la mujer, o en ambos a la vez.

- f) -Las diferentes situaciones que pueden suponer la existencia de un maltrato habitual, prolongado en el tiempo, o de un maltrato estrictamente puntual.
- g)-La situación de la mujer que denuncia y se cree víctima aunque no lo sea.
- h)- Las denuncias que tienen motivos espurios, que aunque realmente son muy pocas, existen.

Por otra parte, y siguiendo a Raquel Castillejo Manzanares, “Es necesario clarificar la diferencia entre el acto violento y las relaciones violentas. En las relaciones de pareja la violencia presenta cuatro tipos: a. La violencia agresión, como forma de relación violenta desde una relación simétrica e igualitaria en la que los dos miembros de la pareja se sienten en la misma posición de poder sin que uno domine al otro. La violencia ejercida es, por tanto, bidireccional y recíproca. Dado que ninguna de ellas tiene ni su identidad ni su estima dañada, no les importa que sea un comportamiento público. b. La violencia episódica o reactiva, caracterizada por actos agresivos como actos puntuales, que no han configurado ni configuran la relación de la pareja. Son episodios violentos descontrolados como reacciones a situaciones puntuales de malestar o descontento derivada de la carga emocional que conlleva una situación, por ejemplo la separación de pareja. c. La violencia castigo producida entre personas que poseen una relación complementaria y desigual, marcada por la dominación de una sobre la otra y que se manifiesta con actos violentos físicos, psicológicos o sexuales. Normalmente es la que el hombre ejerce sobre la mujer en una relación dominante, porque el agresor se otorga a sí mismo una condición superior y se siente en el derecho de generar sufrimiento a la mujer. La parte más poderosa puede llegar a anular completamente a la víctima. Quien ejerce la violencia está convencido de que es eso lo que tiene que hacer, habitualmente, bajo la creencia de que la otra persona ha hecho algo que tiene que pagar. d. Violencia castigo con simetría latente, como variante de la anterior, pero en este caso la persona que ocupa la posición inferior no acepta la dinámica de la relación ni su situación de subordinación con respecto al otro, y en determinados momentos muestra su contrariedad y disconformidad, situación que es aprovechado por el maltratador para ejercer actos violentos en su intento de mantener la superioridad. La diversidad de relaciones violentas conlleva que no se puedan establecer reglas generales sobre la intervención con la mediación en cada caso. Por lo tanto, si es deseable o no la mediación en supuestos de violencia de género debería depender del análisis del caso concreto, al igual que ocurre en otro tipo de delitos donde no se prohíbe la mediación”.³⁵³

“Privar a la mujer víctima de violencia de género de la posibilidad de utilizar un mecanismo como la mediación que, en determinadas ocasiones, puede reportarle resultados más satisfactorios que los que puede obtener en el proceso judicial coarta evidentemente la autonomía de la mujer y el reconocimiento a su capacidad de adoptar sus propias decisiones libre y voluntariamente en materias que afectan a cuestiones muy personales como pueden ser los desacuerdos que afectan al establecimiento de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura o la contribución de cada cónyuge al levantamiento de las cargas económicas. LOBO GUERRA y SAMPER LIZARDI señalan que “la prohibición de mediar que la ley establece para

³⁵³ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género”, en *Diario La Ley*, N° 8882, Ref. D-431, Sección Tribuna, Ed. Wolters Kluwer, de 15 de diciembre de 2016, p. 5. Disponible en: <https://www.diariolaley.es> (Última visita, 31-10-2020).

los casos de violencia de género incurre en un excesivo paternalismo sobre la mujer, ya que se impide su participación directa en la toma de decisiones sobre cuestiones civiles donde ella es la principal afectada, dando por hecho su incapacidad para participar en el proceso de mediación, sin que tal incapacidad resulte acreditada. Es cierto que muchas mujeres, tras sufrir una situación de maltrato, y como consecuencia del mismo, pueden presentar un daño psíquico, permanente o transitorio, que les impida participar en el proceso de mediación. Pero, la gravedad de las consecuencias del maltrato depende, entre otros factores, de la severidad del mismo y de la vulnerabilidad de la víctima, evidenciando un amplio abanico de posibles consecuencias en función de cada caso concreto. Además, tras una adecuada intervención psicológica, estas mujeres pueden recuperar la seguridad y establecer el control de sus vidas, abordar las secuelas producidas por la violencia, reforzar su autoestima, recuperar su identidad personal..., pues tales son algunos de los objetivos de estos programas de intervención, y estar dotadas, por tanto, de las habilidades necesarias para hacer frente a un proceso de separación. Pero la prohibición de la ley les priva de este derecho”.³⁵⁴

“Las víctimas especialmente vulnerables por razones personales, relacionales o contextuales, no están excluidas de la derivación a las técnicas restaurativas. Lo que si precisan es una tutela reforzada que se traduce en una especial ponderación por el juez o tribunal de cada caso concreto para evitar que la edad, la discapacidad o la asimetría de poder puedan limitar su capacidad para consentir libre y voluntariamente o puedan favorecer situaciones de revictimización”.³⁵⁵ Así pues en violencia sobre la mujer, la mujer carece totalmente de autonomía personal: no puede acudir a mediación, se la hace de peor condición que a un menor de edad, que sí puede acudir a mediación, o una persona con discapacidad.³⁵⁶

³⁵⁴ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., “La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja? En *Revista de Mediación familiar*, año 4, Nº 7, mayo 2011, p. 12. Disponible en: <https://revistademediacion.com> (Última visita, 31-10-2020).

³⁵⁵ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J, PORRES GARCÍA I., Y SÁNCHEZ RECIO, M., “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la ley 4/15 del estatuto de la víctima del delito” en *Revista de Victimología | JOURNAL OF VICTIMOLOGY Online*, Nº. 2/2015 p. 8. Disponible en: <https://www.revistadevictimologia.com> | www.journalofvictimology.com. (Última visita, 31-10-2020).

³⁵⁶ La situación de las personas discapaces ha variado sustancialmente a raíz de la Convención de Nueva York de 13-12-2006 (ratificado por España el 30 de marzo de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008) Se valora respecto de estas situaciones “ La Importancia de la autonomía personal. La esencia del espíritu de la Convención, junto con el cambio conceptual de la propia discapacidad, gira constantemente en torno a este principio, la autonomía personal, que lo eleva a categoría universal. La propia dignidad de la persona confiere a la misma el poder de decidir en todo aquello que le atañe o afecta. Esto y no otra cosa es la autonomía personal. En el ámbito judicial se tiene muy en cuenta esta cuestión, pero es necesario insistir en ello porque es la base fundamental de la Convención y porque en ocasiones esto no se tiene suficientemente en cuenta fuera de ese ámbito judicial...” Lo que se pretende es que estas personas estén asistidas en los diferentes trámites en los que se van moviendo y por ello se pretende contar lo más posible con su voluntad, su autonomía personal. A nivel de mediación, no estarían excluidas de una mediación salvo que fuera de violencia de género.

Sobre la existencia o no de un desequilibrio de poder, y la posición de la mujer, las posturas son bastante categóricas.

A) Por una parte están los autores que defienden la imposibilidad de aplicar la mediación ante esta falta de equilibrio de poder.

Entre otros argumentos que se esgrimen con carácter esencial está la referencia al “Manual de Legislación de la ONU sobre violencia contra la mujer. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División para el Adelanto de la Mujer” del año 2010, en el cual se desaconseja la mediación. Este Manual cuando desarrolla el marco modelo para la legislación en materia de violencia de género, al referirse a los procedimientos judiciales y la prueba señala en el punto 3.9.1: “Prohibición de la mediación. Recomendación. La legislación ha de: Prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales”.

Sobre esta prohibición realiza un a continuación un comentario: “En las leyes de varios países en materia de violencia contra la mujer, la mediación se fomenta u ofrece como alternativa a la vía penal y los procesos de derecho de familia. No obstante, cuando la mediación se utiliza en casos de violencia contra la mujer, surgen varios problemas. Retirar asuntos del control judicial presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito. Un número creciente de países están prohibiendo la mediación en casos de violencia contra la mujer. Por ejemplo, en España, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2004) prohíbe la medicación de cualquier tipo en casos de violencia contra la mujer”.³⁵⁷

Hay que contextualizar estas recomendaciones, ya que las situaciones generales de las que parte el manual de la ONU, son muy diferentes y no caben en nuestro país ni en los de nuestra órbita europea, se prohíbe la mediación según este texto al entender que mediar, supone retirar asuntos del control judicial y presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia, y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito. Ninguna de estas premisas se daría en ningún caso en la mediación que se podría acoger en nuestro país, en cualquiera de los ámbitos civil o penal. El manual de la ONU pretende abarcar un ámbito mundial, que es imposible. No se puede hablar de la mediación igual para España que para Suecia, Nigeria, Irán o Venezuela, las condiciones de libertad, seguridad y justicia no son comparables.

Como síntesis argumental de esta posición, podemos citar a Marta del Pozo Pérez, cuya negativa a la mediación es tajante y rotunda: “Debo ...declarar mi posición favorable, sin fisuras, a la actual regulación; entiendo que vedar la mediación en este contexto es lo más acertado para tratar de erradicar este preocupante y creciente fenómeno, a un presunto autor que considera inferior a su víctima, que no se arrepiente, que no sabe pedir perdón, que anula su voluntad y que incluso puede aprovecharse de esta alternativa de solución para prolongar el ciclo de la violencia no puede permitírsele, en ningún caso, este método alternativo de canalización del conflicto, la solución única debe ser por tanto el proceso, sin otras alternativas”. Sin

³⁵⁷ MANUAL DE LEGISLACIÓN DE LA ONU SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División para el Adelanto de la Mujer” del año 2010, p. 40. Disponible en: <https://www.un.org> (Última visita, 21-05-2021).

embargo en el fenómeno de violencia de género, una primera agresión supone siempre la violación de un código ético que, una vez traspasado, significa para el agresor la ausencia de límites que hasta entonces frenaban en parte su comportamiento. Quien agrede una vez, traspasa una barrera difícil de restituir, y seguirá maltratando. No hay vuelta atrás espontánea. La verdadera violencia de género comienza mucho antes de que ocurra la agresión inicial. Es un complejo proceso que normalmente, no siempre, culmina con la agresión física que es sólo un momento puntual y concreto en todo el proceso. No es posible comprender la violencia de género, si se mira sólo este momento puntual. Esa puntual y concreta primera violencia física es lo que aparece al exterior, lo que visibiliza el fenómeno que ha existido veladamente en el silencio de la pareja desde hace tiempo. El Instituto de la Mujer señala que existe un lapso de tiempo entre 7 y 9 años, como periodo medio que tarda la mujer en pedir ayuda para salir de la situación de violencia. El *modus operandi* del agresor es particularmente brutal y cruel: atropellos, palizas cuando la mujer está embarazada, apuñalamientos infinitos, martillazos, golpes, uso de hacha, ensañamiento brutal, mujeres quemadas vivas con ácido o gasolina, etc”.³⁵⁸

Esta postura, supone la máxima expresión de la radicalidad sin fisuras, la catalogación de maltratador al hombre, por la comisión de un delito de maltrato sin distinción, afirmar que esta situación supondrá su determinación a continuar en el maltrato y a la agresión, en una evolución a la que nadie puede resistirse, es injusta y no es real, desde que una condena por vejaciones en una discusión, puede conllevar el ser considerado maltratador.

B) Por otra parte, hay autores que admiten la mediación como un mecanismo más. No comparten la anterior posición, Juan Carlos Ortíz Pradillo, entre otros, que hablando de la mediación penal, establecen la necesidad de ver cada situación sin que deba ni incentivarse ni prohibirse la mediación.³⁵⁹ La intervención del mediador se caracteriza firmemente por ser garante del equilibrio de poder de las partes. En especial son sus notas características la neutralidad y la imparcialidad. Neutralidad, es según la RAE “situarse entre dos partes que contienden permaneciendo sin inclinarse por ninguna de ellas”, e imparcialidad es “falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, que permiten juzgar o proceder con rectitud.”

Se consideran los principios más importantes de la mediación. Suponen la expresión de la necesidad de objetividad en la actuación del mediador, y también la equidistancia: no tomar partido, ni hacer diferencia alguna entre las partes, sin dejarse influenciar por sus propias ideas u opiniones, pero es evidente, que toda persona tiene unos valores y creencias de los que no se puede desprender al entrar a mediar.

Siguiendo a Cristina Merino Ortiz, señalar que “...Que las partes sean capaces de tomar sus propias decisiones con la mayor autonomía posible, en la situación de mayor equilibrio entre ambas, pensando en los intereses de los dos y en las otras posibles partes afectadas. Ayudar a las partes a conseguir estas metas es la verdadera

³⁵⁸ DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del artículo 44.5 de la LO 1/04”, en *Revista Práctica de Tribunales. Revista especializada en derecho procesal civil y mercantil. Especial Mediación del Colegio de Abogados de A Coruña*, p. 52 y 53. Disponible en: <https://www.practicadetribeunales.laley.es> (Última visita, 31-10-2020).

³⁵⁹ ORTÍZ PRADILLO, J.C. Y OTROS. *El derecho y la economía las mujeres y la igualdad de género*, Ed. Lex Nova, Madrid 2011, Capítulo III p. 141.

misión de la persona mediadora. Y he aquí cuando aparece en juego la imparcialidad, sobre todo en aquellas situaciones donde la relación entre las partes es lo suficientemente asimétrica como para impedir que estos principios se cumplan. En consecuencia, es en estas situaciones en las que la persona mediadora debe de ser parcial para lograr la imparcialidad, para conseguir que el principio de autodeterminación se cumpla. Conviene aclarar que parcial no significa en este caso favoritismo, ni preferencias de una parte sobre otra. Significa velar por la esencia de la mediación: la autonomía y libertad de las partes para manejar y decidir sobre su vida. Si la persona mediadora es consciente de que una parte carece de recursos, ya sean contextuales o estructurales para negociar «de tú a tú» con la parte contraria, es su obligación, como mediadora, ayudarle en el proceso hacia la autodeterminación. En el supuesto contrario estaría fuera de esa imparcialidad que se le exige. Este apoyo particular y contextual puede y debe cambiar a lo largo del proceso si las circunstancias así lo requiriesen, inclinándose hacia la parte más necesitada en cada momento puntual. En definitiva, se trata de reequilibrar el poder en el supuesto de que la persona mediadora permaneciera estática, entonces sí estaría siendo parcial, permitiendo que la parte más poderosa domine la situación y a la parte contraria. Se perdería así el valor de la mediación. La imparcialidad al igual que la neutralidad (si fuese posible) debe ser vista como un medio para alcanzar un fin. No como un fin en sí misma. Y ese fin es la autodeterminación”.³⁶⁰

Estos conceptos no obstante, están en lógica revisión porque imparcialidad y neutralidad se venían entendiendo como una igualdad absoluta, por ejemplo en el empleo del mismo tiempo, en las necesidades de actuación etc; sin embargo hay otra dimensión más apropiada y justa, que es la de adaptar a las circunstancias especiales de la mediación dichos principios. Si entendemos que la mediación puede aplicarse a situaciones en las que intervienen personas con discapacidad, ancianos, menores, las condiciones no pueden ser exactamente iguales, los mecanismos, técnicas, tiempos deben elegirse en función del tipo de mediación que se va realizar. El mediador puede ser neutral y a la vez garantizar la igualdad de las partes en situaciones asimétricas, a través de los diferentes medios de los que dispone. Sí solo fuera posible la mediación en situaciones de total igualdad entre las partes, esta no existiría.

En este sentido “... hay algunos aspectos a destacar sobre el manejo del poder de la persona mediadora y los factores que pueden estar condicionándolo. El poder se expresa a través de las diversas funciones y roles que la persona mediadora desarrolla en el proceso. Se manifiesta el poder desde el conocimiento y la destreza en el proceso, a partir del diseño del modo o modelos de intervención y control sobre el mismo, desde la aplicación de las técnicas y estrategias y, también, desde la persuasión para la toma de decisiones y firma de acuerdos. Actualmente, podemos decir que la persona mediadora, en el momento en que es elegida por las partes para participar en el proceso, al menos está en posesión del poder experto (por su titulación y formación en mediación), de referencia (por la figura de prestigio y de valía que supone para las partes; de ahí que la hayan elegido), de recompensa y de castigo (en la medida en que puede interrumpir o continuar con el proceso si lo considera oportuno). Esta dotación de poder echa por tierra el conjunto de

³⁶⁰ MERINO ORTÍZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Ed. Reus, Madrid 2013, p. 90, 94 y 95. Esta autora hace un magnífico estudio sobre el poder en la gestión de conflictos, tratando estos aspectos.

definiciones tradicionales que existen de mediación que aluden a la figura de la persona mediadora con autoridad pero como carente de poder. El único poder que no tiene, o no debería de tener la persona mediadora es el de tomar decisiones vinculantes sobre los acuerdos. Ese poder debe recaer exclusivamente sobre las partes”.³⁶¹

Expuestas las diferentes posturas, debemos señalar que hay un contraste importante: neutralidad, imparcialidad, y evaluación de cada caso en concreto, frente a la existencia siempre de vulnerabilidad y desequilibrio de poder sin distinciones.

En violencia de género, se esgrime la desigualdad y el desequilibrio de poder, como principio y premisa para impedir la mediación, pero tal y como también venimos afirmando, no se puede generalizar, hay que analizar y luego decidir.

“Se habla todo el tiempo en conferencias, libros, informes de “empoderar a la mujer”, termino manido para significar sobre todo el “hacerse poderoso o fuerte, prevenirse de poder o de fuerza”, pero no se utilizan los cauces para hacerlo, cuando la mediación sería precisamente uno de ellos. Se olvida además que en toda relación humana con o sin violencia, hay juegos de poder, equilibrios y desequilibrios; por otra parte es bastante simplista señalar que el desequilibrio sin más se instala en la mujer, la realidad es mucho más compleja y diversa. El desconocimiento general de los casos reales lleva a negar con rotundidad la mediación en violencia, pero ¿se han estudiado realmente, los juegos de poder en las relaciones sentimentales?, ¿La diferencia entre tener poder y ejercitar ese poder? ¿Los diferentes tipos de poder? ¿Las nuevas corrientes en cuanto a la intervención del mediador equilibrando dicho desequilibrio? ¿El estudio del poder que tiene el mediador en la mediación?”³⁶²
Evidentemente no.

3.2.1.2 .-LA NECESIDAD DE SEGURIDAD.

Es un punto fundamental, ya es una de las objeciones más importantes para aceptar la mediación en violencia de género. Pero cada caso es diferente, y el primer paso sería evaluar la situación y admitir la posibilidad de la mediación, el segundo vendría dado cuando ambas partes consienten en participar en esa mediación, y es entonces cuando pasaríamos al tercer paso, el análisis de la protección y seguridad de la mujer.

No debemos olvidar una importante premisa, la seguridad absoluta es imposible de garantizar, vivir es un riesgo continuo, y nuestra sociedad del placer, ausencia de responsabilidad por los propios actos y seguridad a ultranza, empieza a querer que se le garantice todo, y desgraciadamente es imposible. Ahora bien, sí se puede en la medida de las circunstancias de la víctima, ofrecerle las medidas de protección que resulten más adecuadas.

La valoración del riesgo no deja de ser un juicio de inferencia indiciaria, que debe basarse en un juicio de prognosis de la situación del investigado/denunciado/condenado, en el que se pueda inferir si este puede seguir cometiendo hechos

³⁶¹ MERINO ORTÍZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Ed. Reus, Madrid 2013, p.115.

³⁶² MERINO ORTÍZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Ed. Reus. Madrid 2013, p.100 y ss.

violentos atentatorios contra la integridad física o moral de la víctima. En todo caso siempre se deben valorar dos parámetros en la determinación del riesgo, no sólo la peligrosidad del maltratador, sino también la vulnerabilidad de la víctima. Nos remitimos a lo ya expuesto en el capítulo II punto 3 en relación al riesgo y su valoración.

3.2.2 SITUACIONES DESPUÉS DE UNA DENUNCIA POR VIOLENCIA QUE NO PROSPERA.

La mediación familiar no cabe cuando nos situamos en sede de violencia sobre la mujer, pero según el estado en el que se encuentre el procedimiento penal, el procedimiento civil puede seguir diferentes caminos, en cuanto al juzgado que resulte finalmente competente para su conocimiento, la normativa civil aplicable, y la posibilidad de establecer una mediación.

1. Si el procedimiento penal está sobreseído, hay dos posibles situaciones, que el sobreseimiento sea libre o provisional. El sobreseimiento libre como ya expusimos, es una “*rara avis*”, son contadísimos los casos en los que, no ya en violencia de género sino en el procedimiento penal habitual, nos encontramos con un sobreseimiento libre, (artículo 637 de la LECr), ya que este tipo de sobreseimiento supone la declaración de inexistencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho, que hubiese dado motivo a la formación de la causa, que el hecho no sea constitutivo de delito o que los procesados como autores, cómplices o encubridores aparezcan exentos de responsabilidad criminal. En tales supuestos, no hay un procedimiento penal y cabe perfectamente en vía civil la mediación. En todo caso el sobreseimiento libre, tendría que tener siempre el carácter de resolución firme.

En cuanto al sobreseimiento provisional, se regula en el artículo 641 de la LECr y tiene un diferente tratamiento,³⁶³ pues parte de una situación distinta: “*Procederá el sobreseimiento provisional, cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.*” En este caso, al inicio de la andadura de la ley, se produjo una división de opiniones. Algunas AP, estimaban posible, que el procedimiento civil relacionado con la violencia de género, se derivara al juzgado de 1ª instancia/familia competente, sin necesidad de firmeza del auto que acordaba el sobreseimiento. Mientras que otras, estimaban que era necesario que el sobreseimiento fuera firme. Esta división se superó y la necesidad de firmeza del auto de sobreseimiento es ya pacífica. Entendemos pues, que una vez que el sobreseimiento provisional o libre adquiere firmeza podríamos acudir a la mediación civil.

Las parejas y familias que llegan a los JVSM, no son precisamente parejas sin problemas, como ya hemos dicho las hay de todo tipo y condición, y precisamente por ello en muchos casos, al ver el alcance del procedimiento penal con sus elevadas penas, o el alcance de la situación sufrida, la mujer reconsidera su postura y decide no seguir adelante, muchas veces exponiendo claramente que eso no es lo que quiere. Están por realizar estadísticas de estos casos, ya que se recoge en su declaración judicial que se acoge a su derecho a no declarar, pero no se recogen las razones, y se les escucha decir en sala, que “quieren solucionar su situación”, “avanzar”, “lograr una estabilidad”, o “dejar sus problemas atrás”, pero la respuesta de la administración de justicia, como no puede ser de otra forma, es aplicar la ley penal. En el momento

³⁶³ Ya hemos hablado de la diferente situación del sobreseimiento penal en relación a la competencia del juzgado civil o del juzgado de violencia en funciones civiles, Capítulo I, reiterando pues lo allí expuesto.

de la denuncia, no es que el conflicto esté desatado, es que está en un punto máximo, que luego se calma, se valora qué se quiere por la mujer, y frecuentemente se produce el archivo del procedimiento penal, y el retorno al domicilio sin haber solucionado el conflicto que realmente da origen a la situación.

En este campo, se ha está realizado en Cataluña desde hace ya tiempo una experiencia de mediación con importantes resultados.³⁶⁴ Se parte de una idea coherente: si el conflicto está desatado y llega hasta una denuncia de violencia de género que se archiva, se produce una vuelta del conflicto al ámbito familiar, sin ningún tipo de resultado positivo, con posibilidad incluso de agravamiento, si se prevé un fin de la convivencia, o incluso si se pretende mantener la misma se contempla la mediación como un mecanismo reparador; si no se pretende mantener, porque hay que cesar la convivencia, con lo que legal y económicamente esto conlleva, y si se pretende mantener, porque hay que analizar y reparar la situación de conflicto, para evitar que se produzca de nuevo.

Siguiendo a Anna Vals Rius, “Por otra parte, el archivo de la causa penal no significa el fin del problema, sino todo lo contrario. La conflictividad familiar de fondo, que motivó la interposición de la denuncia, persiste y además se la deja sin ningún tipo de respuesta, con lo cual la situación puede fácilmente agravarse y llevar a una escalada del conflicto de efectos dramáticos para la mujer y para todo el conjunto familiar. La aplicación de la mediación en estos casos de denuncia de violencia de género, una vez han sido archivados por la autoridad judicial, ha demostrado ser un recurso de gran utilidad, ya que posibilita una respuesta positiva a las partes, evitando la sensación de vacío y frustración que supone para la mujer el archivo de una demanda de justicia que para ella era necesaria e importante... Por otra parte desde la óptica judicial, al estar archivada la causa penal, estos supuestos pueden trabajarse perfectamente desde la jurisdicción civil y por tanto ser asumidos por los equipos de mediación familiar en el ámbito civil. Este cambio de etiqueta jurídica favorece su desconflictivización, al relajarse la presión que supone para las personas verse involucradas en una causa de carácter penal”.³⁶⁵

Partiendo de la base de que cualquier ruptura es triste, traumática, y que durante ella aparecen problemas económicos, psicológicos, sentimentales y jurídicos, si la transición no está bien realizada se transforma en una guerra, no metafórica, sino una auténtica contienda judicial que llega incluso a trastornar a las personas.

Así se recoge en las Conclusiones del II Congreso Atlántico Tricontinental de Mediación. Mediación y Convivencia: Sí y Más: “En esta línea, procede una mediación o intervención restaurativa o reponedora que contribuya a evitar en la pareja una comunicación disfuncional. Abordando estos aspectos psicológicos, cognitivos y emocionales de la pareja, las decisiones en la mediación facilitarán, desde el punto de vista jurídico, una nueva relación y organización más sana y eficaz. Incluso en numerosos casos de violencia de género, donde se archivó el

³⁶⁴ “La utilidad de la mediación familiar en los casos archivados de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: mejor respuesta judicial cribando entre delito y conflicto. Análisis de la experiencia.” Investigación aprobada por el CEJFE, (Centro de estudios jurídicos y de formación especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña,) cuyo fin se prevé el mes de noviembre de 2018.

³⁶⁵ VALL RIUS, A. Y GUILLAMAT RUBIO A., “Mediación y violencia de género una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal”, en *Revista de Mediación. ADR, Análisis y Resolución de conflictos*, Nº 7, p.3 Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion> (Última visita, 31-10-2020).

procedimiento, viéndose que no era delito sino conflicto relacional preruptura, o bien en la transición de la ruptura, es óptimo proceder a la derivación hacia la mediación antes de que las partes retornen juntas al domicilio y evitando que lo hagan con temor, al objeto de atemperar el conflicto y aclarando las necesidades de cada miembro de la pareja. E intentar evitar así una nueva denuncia”.³⁶⁶

2. Existencia de una sentencia penal. Sí es absolutoria, en este caso no habría problema alguno en acudir a un sistema de mediación en la vía civil. Si bien deberíamos reproducir los argumentos expuestos para el sobreseimiento, se exigiría una sentencia absolutoria firme. En el caso de sentencia penal condenatoria. La prohibición de la mediación también en el ámbito civil es indiscutible, y lo sería hasta la extinción total de la pena impuesta, que se acreditaría en la correspondiente ejecutoria.

3.2.3 DESAJUSTES DE LA LEY.

Son aquellas situaciones en las que frente a la tajante prohibición de la mediación que hemos examinado, existen vías que permiten su introducción. Así sucede en el ámbito penal de los menores de edad, y cuando se permite la libre disposición entre las partes, en el procedimiento de mutuo acuerdo, y en el divorcio privado.

1. *El mutuo acuerdo.* Hay procedimientos de familia en violencia sobre la mujer, que terminan por mutuo acuerdo de las partes. Es una vía perfectamente aceptable, sólo sujeta si existen hijos menores, al control del MF y del juez en su aprobación. No hay ninguna limitación para su realización, salvo la prohibición de la adopción de la GyCc.

Es obligado señalar los esfuerzos de la Fiscalía en controlar las circunstancias en las que se llevan a cabo esos acuerdos, que en el caso de existencia de hijos menores, necesitan la intervención del MF. Hay instrucciones expresas para que al informar el procedimiento civil, se examine el estado actual del procedimiento penal en el que han estado inmersas las partes, lo que proporciona una importante información sobre la situación que tiene esa familia, las posibilidades de aceptación del acuerdo y las circunstancias del mismo; ese examen ofrece por ejemplo la posibilidad de unir el informe psicosocial acordado y practicado en el ámbito penal.

Sobre los convenios reguladores, María Jesús Molina Caballero indica, “En este contexto de negociación de los convenios reguladores es donde se incardina la mediación en conflictos de ruptura de pareja dotándola de repercusión procesal. Dicha mediación fue la primera que se introdujo en nuestro ordenamiento en una Ley procesal, concretamente en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiendo la misma como fundamento de la petición de suspensión del proceso, para conseguir a través de ella la autorregulación de la nueva situación de la pareja e hijos en su caso. Entendemos por tanto que esta mediación como fórmula para

³⁶⁶ II CONGRESO ATLÁNTICO TRICONTINENTAL DE MEDIACION. MEDIACIÓN Y CONVIVENCIA: SÍ Y MÁS. Organizado por GEMME, y la Universidad de La Laguna, celebrado en Las Palmas de Gran Canaria, del 25 al 27 de octubre de 2018. Conclusiones p. 8 Disponible en: <https://mediacionesjusticia.com/2018/02/27/ii-edicion-del-congreso-atlantico-tricontinental-de-mediacion> (Última visita, 31-10-2020).

conseguir dicho acuerdo de voluntades, en los casos de violencia de género, queda absolutamente vedada. Es aquí donde encontramos la primera paradoja de las que he señalado anteriormente. Como hemos hecho notar la prohibición de la mediación en los casos de violencia de género se fundamenta en la desigualdad existente entre las partes del conflicto que impide un acuerdo realizado con pleno consentimiento. Pues bien, siendo esto así nos sorprende que sí se permitan ante los Juzgados de Violencia los divorcios y separaciones de mutuo acuerdo en los que ambas partes presentan un convenio regulador (en la práctica además se incluyen dentro de las estadísticas). ¿Es que ahí no existe desigualdad? No tiene sentido la prohibición de la mediación familiar cuando se permiten los acuerdos consensuados por las partes en los procesos matrimoniales conexos a la violencia de género, más aún cuando en un proceso de mediación familiar el mediador puede ser un catalizador de dichas desigualdades o en su caso el que señale en vista de las circunstancias que es imposible el acuerdo por la existencia de las mismas, cosa que no ocurre en los casos de un convenio donde, por mucho que los letrados hagan su labor concienzudamente, su labor no se enmarca en un espacio como puede ser el que crea la mediación, donde existen posibilidades de que afloren esas situaciones de desigualdad, y por lo tanto no conocen tan a fondo las percepciones y emociones de las partes”.³⁶⁷

De hecho se contemplan en las estadísticas del CGPJ, se diferencia entre los divorcios consensuados y no consensuados, como el resto de pronunciamientos civiles.³⁶⁸

AÑO- 2017

ASUNTOS CIVILES INGRESADOS EN LOS JVM

ASUNTOS CIVILES	DIVORCIOS CONSENSUADOS	DIVORCIOS NO CONSENSUADOS	MEDIDAS PREVIAS	MEDIDAS COETANEAS	GUARDA, CUSTODIA O ALIMENTOS HIJOS NO MATRIMONIALES	OTROS ⁶
15.574	623	5.217	1.013	2.814	4.833	5.375
	4,00%	33,50%	6,50%	18,07%	31,03%	34,51%

AÑO-2018

³⁶⁷ MOLINA CABALLERO, M. J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Jurisdicción de Menores y Mediación.” Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Artículos, ISSN 1695-0194. RECPC17-24-(2015), p. 14. Disponible en: riminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-24.pdf. (Última visita, 31-10-2020).

³⁶⁸ Aquí M^a Jesús Molina, nos ofrece una visión de la mediación, que a mi juicio y según venimos explicando en realidad no es mediación. Vid. p. 274 Concepto de mediación.

Asuntos Civiles Ingresados en los JVM

Asuntos Civiles y Medidas Civiles ⁶	Divorcios Consensuados	Divorcios no Consensuados	Medidas Previas	Medidas Coetáneas	Guarda, Custodia o Alimentos Hijos No Matrimoniales	Otros ⁷
21.816	686	5.843	1.158	3.136	5.373	5.620
	3,14%	26,78%	5,31%	14,37%	24,63%	25,76%

AÑO- 2019

Asuntos Civiles Ingresados en los JVM

Asuntos Civiles y Medidas Civiles ⁶	Divorcios Consensuados	Divorcios no Consensuados	Medidas Previas	Medidas Coetáneas	Guarda, Custodia o Alimentos Hijos No Matrimoniales	Otros ⁷
22.067	624	5.781	1.072	3.306	5.667	5.617
	2,83%	26,20%	4,86%	14,98%	25,68%	25,45%

Se observa un incremento progresivo en el número de procedimientos civiles, en general, haciéndose en todas las estadísticas un apunte final en relación a la baja proporción de los asuntos civiles ingresados, respecto de las denuncias penales presentadas. Las cifras del año 2020 por la situación de pandemia, no serán especialmente significativas.

2. *El Divorcio Privado.* La LJV contempla por primera vez “el divorcio privado” y así los artículos 82, 83 y 87 del CC, permiten a los cónyuges acordar su separación o divorcio de mutuo acuerdo en las condiciones previstas por dichos artículos en escritura pública ante notario. Es cierto que para poder desarrollar esta vía no debe haber hijos menores de edad que pudieran resultar afectados. No obstante, no se ha hecho ninguna previsión o prohibición relacionada con la violencia de género, por lo que ¿Las partes de un procedimiento penal de violencia, podrían divorciarse notarialmente realizando una mediación privada previa? Entiendo que no, se prohíbe la mediación, legalmente con carácter general, y una mediación privada con elemento de violencia de género, eludiendo la prohibición de la mediación, no sería posible.

3. *Los menores de edad penal.* La LORPM 5/2000, regula la responsabilidad de los menores, es la única legislación penal que prevé expresamente la mediación. Las diferencias con la legislación penal de adultos son sustanciales, por cuanto la instrucción es diferente, aquí no hay juez instructor sino un fiscal instructor apoyado de forma importante por un equipo técnico, y el juez lo es de garantías.

La LIVG olvidó referirse a la ley penal del menor cuando se elaboró. No había realmente en ese momento una preocupación sobre la afectación a los menores de una ley de este tipo. Con el tiempo sin embargo es evidente que la situación ha cambiado, y cada vez hay más menores de edad varones, que cometen delitos relacionados con la violencia de género, y quedan fuera del ámbito competencial de los JVSM, dado que estos únicamente conocen de los delitos cometidos por los hombres mayores de edad. Así podemos tener y de hecho tenemos a menores que cometen estos hechos en el campo penal de menores que acepta y promueve la mediación. Aunque nuestra materia a estudiar es la civil, conviene ofrecer unas breves pinceladas de dicho campo, ya que desde el punto de vista penal, el menor de edad sí podría acceder en la jurisdicción de menores a una mediación penal, y con una víctima-mujer, que a su vez puede ser tanto menor como mayor de edad.

“Como hemos podido constatar la LORRPM solo veta la posibilidad de acudir a mediación en supuestos de delitos graves, permitiéndola con relación a las restantes infracciones penales: faltas y delitos menos graves, siendo los criterios que se han de manejar las circunstancias del hecho y del menor así como la falta de violencia e intimidación graves. En este sentido es real que muchas de las denuncias por casos de violencia de género vendrán acompañadas de actos de violencia, sin embargo habrá que ponderar, a efecto del posible recurso a la mediación, la gravedad de dicha violencia e intimidación. Si atendemos a la regulación de estos delitos en nuestro código penal, (148.4, 153.1, 171.4, 172.2, 173.2, 620.2) nos encontramos ante delitos menos graves o faltas, por lo que con un criterio estrictamente formal no habría en principio impedimento para ser sometidos a mediación. Únicamente vamos a encontrar dificultades cuando los actos de violencia hayan dado lugar a hechos más graves: Lesiones cualificadas u atentados contra la vida que por su gravedad y por las propias previsiones de la LORRPM impedirían la mediación y el sobreesimiento la falta de impedimentos formales y con el refrendo de los positivos efectos que se ha destacado podría tener una solución de esta naturaleza, habríamos de añadir como argumento para contemplar las infracciones de género en programas de mediación el contenido educativo que, como ya se ha señalado, es objetivo prioritario de la justicia con menores. Por otra parte los expertos coinciden en apuntar hacia la mediación, junto con el diálogo y la comunicación como vías óptimas para solventar y superar con carácter general los problemas de violencia entre adolescentes y, de forma particular, los que se planean como manifestación de la violencia de género presente en el contexto educativo. Con resultados mucho más positivos en un contexto de reducción de la violencia y de defensa de los derechos humanos, frente a otras formas clásicas de resolución del conflicto. Es por ello que como conclusión consideramos perfectamente factible y no contrario a las previsiones del ordenamiento jurídico la posibilidad de optar por la mediación como forma pacífica de resolución del conflicto que surge entre adolescentes con un componente de género. Tal posibilidad, que requerirá un estudio previo de su oportunidad en función de las características del menor y su víctima, puede resultar especialmente positiva para ambas partes, en el caso del menor será especialmente interesante hacerle comprender el daño que con su conducta ha ocasionado a la chica, resultando oportuno acompañarla solución restaurativa con la realización de actividades para que comprenda lo injusto de su conducta sexista. Por otro lado, la mediación también puede resultar especialmente beneficiosa para la chica que se siente escuchada y puede expresar los sentimientos que le ha provocado el comportamiento violento de su agresor. Nos hallamos ante una solución pacífica y ante todo constructiva para las dos personas en conflicto. La mera imposición de una sanción al joven puede llegar a resultar contraproducente al

vislumbrar éste sólo el contenido sancionador y generar un mayor rechazo hacia su víctima, a quien puede identificar como la causante de su desgracia. Por el contrario una solución dialogada puede resultar positiva para ambas partes, educativa para el joven al hacerle comprender lo negativo e injusto de su proceder y el daño que con su conducta ha ocasionado y también para la chica que se ve comprendida y atendida”.³⁶⁹

Luego si en el derecho penal se admite la mediación, de menores, no cabe llegar a otra conclusión que en el procedimiento civil, en el que estén estos menores, también sería posible la mediación, en este caso no se iría al juzgado especializado en violencia, ya que su límite es la mayoría de edad penal del infractor, sino al juzgado de familia/1ª instancia que, en su caso, correspondiera.

4. Por último señalar *uno de los más importantes desajustes de la ley, es prohibir la mediación*, ya que esta prohibición, entra de lleno en conflicto con la educación en prevención de conflictos a la que alude el artículo 4 de la LIVG³⁷⁰ que señala los principios y valores del sistema educativo, en su número 1, último párrafo determina que “... *el sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres y la formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos*” y no sólo para las primeras enseñanzas, en el número 6 lo refiere igualmente para la enseñanza de adultos: “*La enseñanza para las personas adultas incluirá entre sus objetivos desarrollar actividades en la resolución pacífica de conflictos y fomentar el respeto a la dignidad de las personas y a la igualdad entre hombres y mujeres*”. Luego la prevención de la violencia se une al aprendizaje de formas no confrontativas de resolver los conflictos, que pretenden incorporarse al sistema educativo desde educación infantil, así como incorporarlas a los mecanismos que pueden desarrollar los adultos. Entonces, ¿Por qué prohibir lo que se insta a desarrollar?

³⁶⁹CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO A., “Mediación y violencia de género en menores de edad: un enfoque educativo”, p.15 a 18. Disponible en: https://www.oijj.org/sites/default/files/oijjconf2014_cervello_colas.pdf (Última visita, 3-11-2020).

³⁷⁰ Artículo 4 LIVG. Principios y valores del sistema educativo. 1. *El sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia. Igualmente, el sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres y la formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos.* 2. *La Educación Infantil contribuirá a desarrollar en la infancia el aprendizaje en la resolución pacífica de conflictos.* 3. *La Educación Primaria contribuirá a desarrollar en el alumnado su capacidad para adquirir habilidades en la resolución pacífica de conflictos y para comprender y respetar la igualdad entre sexos.* 4. *La Educación Secundaria Obligatoria contribuirá a desarrollar en el alumnado la capacidad para relacionarse con los demás de forma pacífica y para conocer, valorar y respetar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.* 5. *El Bachillerato y la Formación Profesional contribuirán a desarrollar en el alumnado la capacidad para consolidar su madurez personal, social y moral, que les permita actuar de forma responsable y autónoma y para analizar y valorar críticamente las desigualdades de sexo y fomentar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.* 6. *La Enseñanza para las personas adultas incluirá entre sus objetivos desarrollar actividades en la resolución pacífica de conflictos y fomentar el respeto a la dignidad de las personas y a la igualdad entre hombres y mujeres.* 7. *Las Universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género y no discriminación de forma transversal.*

4.- INTRODUCCIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

Debería introducirse en la LEC, un procedimiento de mediación referido al derecho de familia, siempre intrajudicial y aplicable a los procedimientos civiles de violencia de género, estableciendo las especialidades necesarias respecto de este último. ¿Cómo hacerlo? Sería un procedimiento más de la ley, siendo los jueces de 1ª instancia, familia, o violencia quienes dirigieran el mismo, garantizando los derechos de las partes y por lo tanto el resultado final de la mediación, que tendría que plasmarse en un resolución en forma, firme y ejecutable.

Mediación intrajudicial que se debería incorporar como paso previo en todos los procedimientos civiles, siempre que el juzgado de violencia sea el competente para su enjuiciamiento, y ello por los indudables beneficios que la mediación supone para las partes, la familia y la sociedad. Sería un procedimiento más de la LEC, dentro del Capítulo IV, “De los Procesos Matrimoniales y de Menores”, que señalaría la obligatoriedad de acudir a la fase previa de un proceso de mediación, antes de la interposición de la demanda de separación, divorcio, guarda, custodia y alimentos o modificación de medidas. En el caso de solicitarse medidas provisionales previas o coetáneas las partes serían igualmente informadas de la existencia del procedimiento de mediación, así como de la obligatoriedad de la fase previa del mismo. Este procedimiento tendría unas especialidades en materia de violencia de género que son a las que nos referiremos a continuación.

4.1 EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.

El procedimiento tendría unas fases determinadas, y diferentes del juicio verbal al que se refiere la LEC para los procedimientos de familia. Debiendo siempre celebrarse la fase previa, que consistiría en una sesión informativa.

1. Fase previa. Como en toda mediación, *la premisa inicial* sería el *consentimiento libre e informado*, de ambas partes. Sería necesaria la introducción de la información sobre la posibilidad de mediación en la LEVD, en su artículo 5³⁷¹ para poder

371 Artículo 5. *Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes. 1. Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos:*

a) Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales, y procedimiento para obtenerlas. Dentro de estas últimas se incluirá, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo. b) Derecho a denunciar y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia y derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación. c) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente. d) Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo. e) Indemnizaciones a las que pueda tener derecho y, en su caso, procedimiento para reclamarlas. f) Servicios de interpretación y traducción disponibles. g) Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles. h) Procedimiento por medio del cual la víctima pueda ejercer sus derechos en el caso de que resida fuera de España. i) Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos. j) Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y cauces para comunicarse con ella. k) Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible. l) Supuestos en los que pueda obtener el reembolso de los gastos judiciales y, en su caso, procedimiento para reclamarlo. m) Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se

efectivamente dar esta opción a la mujer. Lo único realmente obligatorio de este procedimiento, sería *la sesión informativa previa (en adelante SIP), obligatoria y presencial*. En la que se explicaría a las partes por un mediador, en qué consiste la mediación, ventajas, inconvenientes, como se va a desarrollar, así como la posibilidad que tras la correspondiente valoración individualizada de su caso, podría incluso denegarse el acceso a este procedimiento.

Esta SIP debe realizarse por los propios mediadores, para el desarrollo e implantación del procedimiento, esta sesión es vital, ya que la entrega de un dossier, hacer referencias a información en la web etc, no garantiza que las partes lo lean, lo entiendan, o lo entiendan completamente. La información para poder otorgar el consentimiento debe ser personal, amplia, completa y clara, con un lenguaje fácil y accesible, para que resulte efectiva. La calidad de la información no depende de la enumeración exhaustiva de derechos, o documentos que se entregan y firman, sino de un conocimiento real y efectivo de lo que se explica.

En esa sesión informativa deberían establecerse unos protocolos que deberían incluir como un sistema de mínimos los siguientes contenidos: 1. Exposición de los hechos que se pueden someter a mediación, contenido de las medidas que van a adoptarse, si es un divorcio, una separación, modificación de medidas etc. 2. La naturaleza del procedimiento de mediación y su relación con el procedimiento judicial que pueda iniciarse si la mediación no concluye o no concluye con éxito, o si ya hay un procedimiento judicial iniciado, como le afecta a este (por ejemplo, la suspensión de los plazos) 3. Los efectos legales que se pueden producir, tanto si llega a un acuerdo como si no. 4. Los principios que rigen en la mediación, los derechos y obligaciones que pesan sobre ellos como partes activas de este proceso, en especial la obligación de confidencialidad. 5. Que la mediación está avalada por un procedimiento legal, y por lo tanto el acuerdo al que lleguen deberá ser después supervisado por su abogado, el MF, si hay hijos menores, y aprobado por el juez. 6. Que una vez informados plenamente, si quieren participar, deben pasar una evaluación previa de su caso para ver si efectivamente pueden iniciar el proceso.

A la sesión informativa previa, que se debe realizar de forma presencial, cada parte iría acompañada de su abogado, y una vez debidamente informada, se pasaría a obtener o no, el consentimiento libre, sin que éste deba o pueda ser fiscalizado por nadie. Se firmaría el consentimiento para poder realizar la evaluación de la mediación, consentimiento que como en toda mediación, podría ser revocado por cualquiera de las partes, en cualquier momento del proceso, sin que se incurra en ninguna responsabilidad ni se tenga que dar explicación alguna.

2. En el caso que ambas partes manifiesten su consentimiento, pasaríamos a la *segunda fase, la evaluación de la situación creada entre las partes* “No existen reglas universalmente aplicables para evaluar la adecuación de conflictos a mediación, de manera que el diagnóstico debe hacerse caso por caso, atendiendo a las circunstancias específicas que cada supuesto presente y a los recursos de mediación disponibles en cada momento y lugar. Dicha evaluación exige en muchos casos la

refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad. 2. Esta información será actualizada en cada fase del procedimiento, para garantizar a la víctima la posibilidad de ejercer sus derechos.

previa recolección confidencial de información de cada una de las partes involucradas en el conflicto, lo que puede realizarse aprovechando las sesiones iniciales de información”³⁷².

Se establecerían parámetros como: el tipo de delito cometido, los antecedentes penales, la situación personal de ambos, que debería ser realizada por el mediador, mediante un trabajo individual previo o “caucus” con ambos, que concluya con un informe que contenga la previsión de la posibilidad de acceso a la mediación. Los datos que entendemos que se deberían recoger en ese informe para poder concluir si es factible o no la mediación en violencia de género, serían:

a) El tipo de delito/s cometido/s: valorando su naturaleza, gravedad, duración y entidad del daño causado.

b) Los antecedentes penales, tanto del autor como de la víctima de violencia, dado que ésta también puede tenerlos y necesitamos contar con toda la información objetiva de la que podamos disponer. En esta valoración se tendría en cuenta el tipo de delitos cometidos: no es lo mismo que sean delitos leves, contra la propiedad, o delitos contra la integridad de las personas, lesiones graves, con armas;...también valorar si el autor tiene antecedentes de violencia de género con esa misma pareja, o también con otras.

c) La situación personal de ambos: Si se trata de un hecho puntual, aislado, contextual, en cuyo caso sí sería posible la mediación, o si estamos ante una violencia estructural, habitual en la que en principio no sería posible. En esta evaluación también debe reflejarse si se padece algún tipo de dependencia a sustancias estupefacientes, alcohol, discapacidad, madurez intelectual, enfermedades, problemas psiquiátricos, apoyos con los que cuentan, tanto familiares como sociales, situación socioeconómica... Se trata de reflejar el poder y actitud de cada parte.

e) Realizar una evaluación psicológica de la víctima. Este punto quizá sea algo más dudoso, ya que hay mujeres que no necesitarían este examen previo o no querrían hacerlo; sería mejor contar con él, ya que así se minimizan los riesgos que podrían existir o que no se hayan visto, o no hayan aflorado, cumpliéndose unas garantías exquisitas de protección.

Tras finalizar la evaluación se emitiría un informe fundamentado que concluiría con una *propuesta de mediación* que puede ser: negativa, en cuyo caso la mediación no sería posible, o positiva lo que supondría pasar a una tercera fase del procedimiento, el sometimiento a los filtros de control.

Surge aquí una pregunta, ¿Quién realizaría este informe y decidiría su conclusión? Su respuesta es fundamental. Lo ideal sería la creación de un equipo multidisciplinar de mediación, formado por un mediador, un psicólogo y un asistente social que en los juzgados se ocuparían de tales informes, pero vista la situación económica, la precariedad de medios de la administración de justicia, para iniciar la andadura podrían utilizarse los equipos de valoración de los juzgados, el ETP, formado por un psicólogo y un asistente social que se encargarían de realizar el informe, e incluiría en todo caso a un mediador profesional.

Recapitulando, tenemos en un procedimiento civil de familia de violencia a las partes, que en un proceso penal han sido víctima y autor, las cuales antes de iniciar el

³⁷² “Mediación Penal: Marco conceptual y referentes. Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales de mejora y fortalecimiento de la mediación penal”. Eurosocietaria Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB). Julio de 2013. Disponible en: <https://www.comjib.org> (Última visita, 3-11-2020).

procedimiento, han sido informados de forma completa y efectiva, han entendido el proceso de mediación que van a decidir realizar o no en una SIP. Si deciden que no, inmediatamente pueden acudir a la vía judicial contenciosa correspondiente, y si han decidido aceptar y continuar, pasaríamos a la fase de control.

3. *En la fase tercera, ante la respuesta positiva a la mediación, ésta debe ser previamente sometida a unos filtros de control, por todos los intervinientes:*

- a) Los abogados de ambas partes, que evaluarán las circunstancias de sus clientes y les asesorarán bien a favor o en contra de la mediación de su proceso civil. Su papel es muy importante y son una pieza fundamental, ya que son los abogados quienes van a recomendar, controlar, participar si lo creen necesario, supervisar y aprobar la mediación realizada en relación a sus clientes. Tan importante es una buena defensa en un juicio como un asesoramiento que lo evite, si esto es lo más beneficioso para su cliente. Deberían igualmente ser letrados especializados en violencia sobre la mujer.
- b) El MF, en el ejercicio de sus funciones que prevé la CE artículo 124, el artículo 773.1 de la LECr, el artículo 19 de la LEVD y su propio estatuto.
- c) El mediador también informaría sobre la posibilidad de acceso.
- d) Por último, el juez de violencia, como garante de acceso a la posibilidad de la mediación, quien tras los informes de los anteriores, resolvería sobre dicho acceso en forma de auto frente al cual no cabría recurso.

El juez representa la legalidad, el respeto a todas las garantías, la tutela de los derechos de las partes, y si bien no hace la mediación, la somete a los controles de legalidad.

4. Una vez que estamos de acuerdo pasamos a la cuarta fase, el *desarrollo de la mediación*. El mediador es quién la dirige, y en cualquier momento al realizar la misma, puede ponerle fin si entiende que efectivamente hay algún tipo de disfunción, desequilibrio que se haya puesto de manifiesto.

¿Donde realizarla? Está claro, en la sede de los juzgados como un procedimiento más, lo que dotaría de una mayor confianza a las partes, y facilitaría un proceso que debe acoger principalmente a la mujer y garantizar su seguridad. Deberían crearse zonas específicas, no habitaciones o cubículos sin medios, sino alas determinadas en los juzgados destinadas a la mediación, con todos los elementos necesarios para atender a ambas partes, sus letrados, incluso que la permanencia de los hijos que acompañan a las partes dispusieran de un lugar específico para ellos, con todas las garantías necesarias, un lugar diseñado y adaptado para crear un ambiente en el que sea fácil encontrarse. El lugar donde se desarrolla la mediación debe transmitir seguridad y tranquilidad, por lo que no sería viable realizar la mediación en una sala de vistas, que tiene connotaciones de juicio, oposición y tensión.

“El lugar más idóneo para llevar a cabo el encuentro, sin excluir otros en función de las características del conflicto y de las partes, es la sede de los Juzgados por la formalidad que aporta al proceso. El espacio debería contar con abundante luz, colores suaves y asientos confortables. Estos aspectos son relevantes para la calidad comunicacional de la negociación, sobre todo en situaciones de elevada tensión emocional. Las mesas redondas denotan sentido de igualdad e imprimen un aire democrático, ya que no hay ninguna parte dominante. También es importante que todos los asientos estén a la misma altura y que sean iguales, pues de lo contrario, aunque la mesa redonda consiga denotar igualdad, ésta se vería desequilibrada con las diferentes alturas de los asientos. Estas sutilezas son captadas por las personas que en

situaciones y espacios, en principio amenazantes, tienden a despertar la parte más inconsciente”.³⁷³

Hasta aquí nos hemos permitido la licencia de plasmar lo que esa parte del juzgado dedicado a mediación debería ser, pese a que la realidad, nos muestra una flagrante carencia de medios materiales, pero incluso aunque los juzgados no estuviesen especialmente dotados, con todos estos medios, constituiría a un gran avance disponer de un lugar específico para mediación.³⁷⁴

En relación al desarrollo del procedimiento de mediación, seguiría los cauces de una mediación tipo, aunque con especialidades.

1. Debe determinarse qué procedimientos y técnicas se van a utilizar, que sean compatibles con la situación de violencia de género, materia que debe señalar el mediador, ya que según el modelo elegido así será también la técnica y la actuación que se desarrolle. Como hemos visto, no debe dirigirse en ningún caso a llegar a un acuerdo a toda costa, sino a reconocer el conflicto y modificar las relaciones de las partes.

2. Las sesiones se desarrollarían en función a cada situación, por ejemplo si la mujer no quiere un contacto directo con la otra parte. Son casos en los que la mujer (cuya evaluación personal y del hecho cumplen con todos los requisitos para acceder a la mediación), pese a inclinarse por efectuar la misma rehúsa establecer ningún contacto con la otra parte. En tales casos podríamos acceder a evitar el contacto presencial mediante la mediación indirecta o los “on line dispute resolución (*en adelante ODR*). Existirían así tres formas de desarrollo de la mediación:

a)- Directa/presencial, cuando no hay inconveniente y ambas partes se reúnen. Es la forma más idónea ya que la comunicación es inmediata, y se puede trabajar con todos los aspectos más favorables de la mediación.

b)- Indirecta, a través de entrevistas individuales con cada uno por separado. No hay una coincidencia física pero sí se obtienen muchos de los beneficios de la mediación. Se plantea este tipo de mediación cuando hay una orden o pena de alejamiento y prohibición de comunicación, pero es complicado aceptar esta, ya que esta situación impide cualquier tipo de comunicación, cualquiera que pretenda ser su motivo, por lo que no cabría una verdadera interrelación, ni siquiera a través de terceros. Ahora bien, igual que a través de los letrados se transmiten las diferentes posiciones en los acuerdos a los que se llegan previamente al juicio, también cabría aquí esa comunicación.

c)-A través de los ORD, estos suponen hoy en día una mayor rapidez y flexibilidad en la resolución de conflictos. Puede utilizarse con carácter general dentro del empleo cada vez más frecuente de medios tecnológicos, con las ventajas lógicas cuando las partes tienen dificultades de movilidad física o geográfica, problemas económicos para el desplazamiento, por su situación laboral; pero también tiene inconvenientes, como la pérdida del factor presencial directo, que aquí se reduce siendo como es tan

³⁷³ RÍOS MARTÍN, J. Y OTROS, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia” (2005-2008)”. Publicación del CGPJ, 2013, p. 67 y 68. Disponible:<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-penal/>. (Última visita, 3-11-2020).

³⁷⁴ La total falta de medios para la justicia se pone de relieve en la Disposición Adicional 2ª de la LEVD señala que “las medidas... no podrán suponer un incremento de dotación de personal, retribuciones, ni otros gastos de personal.” Es una ley que nace con grandes pretensiones, y sin dotación presupuestaria. Por otra parte hay una gran diferencia de medios entre las comunidades autónomas con mayor dotación como Cataluña, País Vasco o Navarra, curiosamente las más avanzadas en todo lo referente a mediación.

importante en la mediación, a lo que cabe añadir que no todas las personas están preparadas todavía para utilizar este sistema.

“Al igual que sucede con la mediación convencional, la utilización de medios tecnológicos no sirve para todo tipo de asuntos, por tanto hay que velar por que la aplicación de los mismos sea conveniente y adecuada a cada asunto. No tiene sentido aplicar dichos medios indiscriminadamente con carácter general a todo tipo de caso, sino que habrá de realizarse una correcta valoración y selección de los asuntos que habrán de gestionados a través de esta vía, por lo que se presenta como imprescindible la garantía de calidad y experiencia de la institución o personas encargadas de prestar dichos servicios”.³⁷⁵

En esta mediación “*on line*”, también hay posiciones que entienden necesario que se verifiquen una serie de garantías, para su realización, “la mediación electrónica, que se erige como subespecie de la mediación, debe observar todos los principios generales y características básicas de la mediación, evidentemente adaptándolas a las particularidades que plantea como modelo. Es especialmente relevante llamar la atención sobre la necesidad de que en la mediación electrónica se garantice, a nuestro juicio, un doble requisito: a) Igualdad de los sujetos intervinientes. De una parte en cuanto a capacidad de acceso y comprensión de la mediación electrónica y de las tecnologías empleadas para ello, así como absoluta neutralidad de los medios empleados respecto a cada uno de los sujetos, en tanto en cuanto no se vea perjudicado o beneficiado alguno de ellos por el manejo de los instrumentos tecnológicos. Además ha de sustentarse la igualdad entre los sujetos con la garantía plena de seguridad jurídica en el procedimiento (especialmente en cuanto a la confidencialidad de las actuaciones, la veracidad de las mismas y la protección de datos personales). b) El contacto entre sujetos en conflicto y mediador ha de ser directo. El empleo de medios tecnológicos (sea a través de intercambio de textos, videoconferencia, *chat*, *conference o audience rooms*, *web forums*, *instant messaging systems*, *social networking sites* o cualquier otra técnica telemática) debe proporcionar un contacto personal, no pudiendo validarse o servirse de terceros interpuestos. Piénsese en este caso, en aras a la seguridad jurídica, en los posibles riesgos de identificación de las partes e hipotéticas suplantaciones de identidad. No creo que sea positivo el planteamiento de un sistema totalmente «ciego», en el cual se elimine de raíz —salvo imponderables por motivos de seguridad, traumas o consecuencias psicológicas o físicas de difícil reparación— la presencia personal y física, aunque sea mediante el empleo de aplicaciones y medios tecnológicos. La garantía de confidencialidad, realidad (en sonido e imagen), voluntariedad (no existencia de presiones o interferencias en el contexto de la comunicación y el desarrollo de la mediación respecto al sujeto mediado que interviene) y veracidad (en el contenido de documentos y declaraciones) ha de ser total y absoluta”.³⁷⁶

³⁷⁵ CARRETERO MORALES, E. “La utilidad de los ODR en los casos de Violencia de Género”, en *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Río de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UER, p. 18 Disponible en: [https:// www.redp.uerj.br](https://www.redp.uerj.br) (Última visita, 3-11-2020).

³⁷⁶ MARTÍN DIZ, F., “Mediación Electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación”. *Práctica de Tribunales. Revista especializada en derecho procesal civil y mercantil. Especial Mediación*. Colegio de Abogados de A Coruña, p. 26 Disponible en: <http://practicadetriunales.laley.es> (Última visita, 3-11-2020).

Hay posturas más flexibles, que admiten otro tipo de mediación: “La utilización de mecanismos tecnológicos en los métodos alternativos de solución de conflictos implica una serie de variaciones respecto de su aplicación convencional, fundamentalmente en lo que se refiere a los aspectos espaciales y temporales, por lo que la comunicación en determinadas ocasiones podrá sincrónica, es decir establecida de manera simultánea entre emisor y receptor, en un mismo tiempo, a través de escritorios compartidos, mensajería instantánea, chats, videoconferencias o telefonía IP, y en otras será asincrónica, realizada en tiempos diferentes, por lo que el receptor no tendrá conocimiento en tiempo real de la comunicación efectuada por el emisor, llevándose cabo a través principalmente de correos electrónicos, aunque existen otras formas como los foros, los mensajes realizados a través de postings o en pizarras electrónicas que se hacen visibles para el tercero neutral y las partes a través de un procedimiento de validación. No hay, en principio mayores impedimentos que los que pueda plantear la conexión a internet. Nada impide tampoco que las partes puedan utilizar el teléfono en un momento determinado para intentar dialogar sobre las cuestiones que estimen oportunas. Ambos tipos de comunicación, sincrónica y asincrónica tienen sus ventajas y sus inconvenientes, por lo que habrá de determinarse cuál de ellas es más adecuada”.³⁷⁷

Se requiere pues un profundo estudio, ya que habría que examinar las clases de mediación electrónica: hecha de forma totalmente *on-line* y dentro de ésta con contacto personal, a través de terceros, o mixta, en la que se mezclarían sesiones presenciales y *on-line*. A qué tipo de mediación puede aplicarse, cómo decidir si se aplica, cómo controlar su efectivo desarrollo, etc

Entendemos no obstante, que sí podría darse una mediación *on-line* siempre que fuera determinada cómo la mejor opción posible para las partes, pudiendo decidirse según se fuera desarrollando su tránsito hacia una mediación de tipo mixto, con sesiones presenciales, pero siempre dentro de los medios y cauces del procedimiento judicial.

5. *Y llegaríamos a la última fase del procedimiento de mediación judicial, su conclusión.* El procedimiento judicial de mediación puede concluir con acuerdo o no, ya que el procedimiento es en sí mismo un fin, no tiene por objeto llegar a un acuerdo.

Es importante igualmente fijar el contenido del acuerdo, que debería tener unos mínimos coincidentes con los pronunciamientos necesarios para el objeto de la mediación, por ejemplo en el caso de un divorcio: señalar patria potestad, guardia y custodia, régimen de visitas, pensión por alimentos, atribución del domicilio familiar,...debería haber un contenido mínimo legal. Dicho acuerdo sería revisado al igual que el convenio regulador que las partes presentan y que se eleva a la categoría de obligatorio en una sentencia judicial, el convenio de mediación seguiría igual camino.

Una vez concluido el proceso de mediación y alcanzado un acuerdo por todas las partes, el juez es en último extremo quién homologa el mismo, quien vela por su corrección y garantiza su ejecución en caso de incumplimiento, supuesto que en la

³⁷⁷ CARRETERO MORALES, E. “La utilidad de los ODR en los casos de Violencia de Género”, en *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Río de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UER, p. 19 Disponible en: www.redp.uerj.br (Última visita, 3-11-2020).

experiencia de otros países, se determina como un supuesto residual, dado que al ser las partes quienes realmente se obligan, cumplen lo que han acordado. También en el caso en el que no se llegase a un acuerdo, el juez velaría por el cumplimiento de los requisitos igualmente necesarios como guardar la necesaria confidencialidad de lo ventilado en el proceso previo de mediación.

4.2 LOS EQUIPOS TÉCNICOS DE MEDIACIÓN.

La creación de un equipo técnico de mediación, sería fundamental para poder desarrollar el sistema.

A) *El mediador* es la pieza esencial en el proceso de mediación, puede ser uno o varios sería necesario crear en los JVSM, un “equipo técnico de mediación”. Igual que en estos juzgados existen los equipos técnicos psico-sociales, se crearía otro formado por un mediador, un psicólogo y un trabajador social. Siendo como es esencial su figura, en la mediación, en España la única regulación que tenemos está en el “Estatuto del mediador”, en la Ley 5/12 de 6 de julio de mediación, en asuntos civiles y mercantiles, artículos 11 a 15, en cuyo Preámbulo señala la ley que es un “estatuto de mínimos”.

Partiendo de la base de que nos encontramos en la mediación familiar, debemos indicar qué características individuales se deben señalar para un mediador, y las actitudes de éste. Cristina Merino Ortiz, en relación a la figura de la persona mediadora, señala sus características personales, sus funciones, y sus actitudes de un forma muy clara, que seguiremos.³⁷⁸

Las características que definen la figura mediadora, “... surgen de las diversas acepciones de la mediación. Su rol se concreta en la aplicación de técnicas para que las partes en conflicto restablezcan la comunicación, se escuchen mutuamente, recuperen la confianza, para llegar a identificar los intereses y necesidades de cada una de ellas. Pero además de estas características, debe cumplir una serie de funciones, “...que dan contenido a la actividad mediadora. *Comunicación... Cuando los canales de comunicación están interrumpidos o deteriorados, la tercera parte facilitará el restablecimiento de los mismos o creará modos nuevos de comunicación en términos respetuosos y constructivos. * Legitimación. La función de legitimar se entiende como la capacidad de establecer compromisos entre las partes a modo de normas que regulen el proceso y que éstas se respeten a lo largo del mismo... * Facilitación. Esta función supone la capacidad para proponer un proceso estructurado, que a su vez tiene carácter flexible, que ofrezca a las personas enfrentadas una dinámica de abordaje de los asuntos en conflicto mediante una agenda de temas a tratar y una secuencia de fases que son los que dan contenido al proceso.* Entrenamiento. La función que desempeña la persona mediadora ha sido definida por algunos autores (Burton, 1969, Kochan y Lick, 1978) como de educación a las partes que se encuentran sin experiencia en la negociación o con escasas habilidades... *Desarrollo de potencial individual. La persona mediadora ayuda a las partes a identificar y desarrollar sus propios recursos internos, así como a buscar en fuentes externas, con experiencia específica en el asunto, con la finalidad de facilitar la

³⁷⁸ MERINO ORTÍZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Ed. Reus, Madrid 2013, p. 31 a 36.

consecución de opciones de acuerdo aceptables. * Identificación de temas. Se trata de facilitar a las partes la identificación de temas que subyacen al conflicto, de modo que desde la fragmentación del mismo sea más fácil de gestionarlo para tomar decisiones y llegar a soluciones satisfactorias para todas las partes.* Liderazgo positivo. La función mediadora implica habilidades para llevar la iniciativa en el sentido que se promueva la participación de las partes en cuanto a la reflexión, identificación de intereses y necesidades y adopción de acuerdos. Sin embargo, al mismo tiempo que se requiere un rol proactivo supone también una cierta humildad en el sentido de asumir, en ocasiones, una función de aparentar «no saber», de ausencia de conocimiento, que active la participación y responsabilidad de las partes.* Agente de realidad. Ser agente de realidad en un proceso de mediación implica ayudar a las partes a tomar decisiones que se puedan trasladar a acuerdos razonables y viables, llegando a cuestionar las argumentaciones poco realistas o polarizadas”.

Por último sobre las actitudes, Cristina Merino Ortiz analiza la imparcialidad y neutralidad, que ya hemos visto anteriormente, y que haciendo un juicio comparativo con la vía penal, es realmente sorprendente la posibilidad de aplicación de un campo a otro. Así lo señala Julián Ríos, desde el punto de vista penal: “El mediador debe plantearse varios objetivos en la fase de encuentro dialogado: -establecer una buena relación con las partes y entre ellas. - Motivar hacia la mediación. - Asegurarse de la aceptación libre y voluntaria de las partes para iniciar el proceso y de su conocimiento de que lo inician. - Impedir que se ejerza poder. - Delimitar con claridad su rol de mediador, así como los objetivos y las reglas de la mediación. - Mejorar la comunicación entre las partes. - Organizar el orden de la negociación. - Motivar a las partes hacia los acuerdos. - Asesorar ampliamente a las dos partes. - Mantenerse neutral. - Ser siempre imparcial. - Usar la objetividad. - Equilibrar las intervenciones de las partes. - Traducir a las partes las interpretaciones de sus acciones. - Devolver la responsabilidad por el hecho. - Actuar como un agente de la realidad. - Transmitir seguridad. - Preparar el campo para conseguir acuerdos beneficiosos, reales y duraderos para ambas partes. - Paralizar la sesión si ve que es perjudicial para alguna de las partes, o cuando ve necesario hacer un descanso de varios días, antes de retomar la negociación”.³⁷⁹

Expuestas las características, funciones y actitudes que debe tener un mediador, éste parece que debe ser casi un “superhéroe”, pero en realidad, se trata de ofrecer la opción del diálogo y el entendimiento, sobre bases reales, lo que exige dotarse de grandes facultades, y por tanto de una óptima capacitación. Deben poseer capacidad de gestión, de diálogo, de empatía, conocimiento de las diferentes técnicas que puede utilizar, capacidad de trabajo, sentido del humor, aunque éste no es un listado cerrado. Pero sobre todo poseer los mecanismos necesarios para ayudar a las partes a distinguir el conflicto, y superarlo, o al menos atenuarlo. Sus características esenciales serían:

³⁷⁹ RÍOS MARTÍN, J. Y OTROS, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia” (2005-2008).” Publicación del CGPJ, 2013, p. 75 y 76. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-penal/> (Última visita, 3-11-2020).

1. La falta de poder sobre las partes. No toma partido por ninguna de las partes enfrentadas, ni impone una solución, su función es facilitar el diálogo para que los implicados resuelvan su conflicto y acerquen sus posiciones.
2. Los principios de la mediación que le afectarían serían los de neutralidad, imparcialidad y confidencialidad. Estaría, pues, está sujeto a responsabilidad, por lo que es necesario que cuente con un seguro de responsabilidad civil. No se preestablecería un número determinado, en una mediación pueden intervenir uno o más. En violencia de género sería necesario un mediador especializado, expertos en técnicas de negociación y en técnicas de resolución de conflictos. Ayudarían a comprender la posición del otro y encontrar una solución satisfactoria para ambos, conociendo sus necesidades y objetivos. Por eso en esta materia los principios de neutralidad e imparcialidad serían diferentes cuando deba mediar en situaciones asimétricas.
3. No persigue un resultado cualquiera, sino “equitativo”, debe tenerse en cuenta que ni siquiera el resultado está realmente garantizado.
4. Por ello la mediación no es una mera reunión sino que debe prepararse concienzudamente para su desarrollo posterior, y es el mediador quien debe valorar el tipo de mediación que va a utilizar directa, indirecta, a través de ORD, y si va a pasar de una a otra, como hacerlo, prever los posibles cambios etc. Hay varios modelos de negociación con técnicas diferentes como el “Modelo de Harvard”, el “Modelo Transformativo” y el “Modelo Narrativo”,³⁸⁰ quizás el modelo más apropiado para nuestra mediación en violencia sería este último.

La intervención del mediador, no garantiza siempre que el proceso termine con acuerdo, hay situaciones incluso en las que debe poner fin a la mediación si en el transcurso de la misma, por ejemplo observa un desequilibrio de “fuerzas”, que no puede ser corregido, si hay una dinámica de hartazgo, etc.

“Los Tribunales pueden determinar, tras valorar la controversia sometida a su decisión, que un mejor tratamiento y gestión del conflicto se podría alcanzar con la mediación y en tal caso deben tener a su alcance servicios de mediación a los que derivar el asunto. El problema que se plantea es que, hoy por hoy, no hay conexión entre los mediadores suficientemente formados y experimentados y los tribunales, lo

³⁸⁰ RÍOS MARTÍN, J. Y OTROS, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia” (2005-2008).” Publicación del CGPJ, 2013, p. 68 Siguiendo a Julián Ríos Martín, señalaremos brevemente unas notas de cada uno, a) “El Modelo Harvard (Fisher y Uy). Desde esta concepción el conflicto es la manifestación de un problema que es necesario resolver, y que existe debido a una incompatibilidad real o aparente de necesidades o intereses que vinculan irremediablemente la solución a la existencia de un ganador y un perdedor. La mediación desde esta perspectiva tendría por objetivo poner solución a través de la negociación y la satisfacción de los intereses. b) El Modelo Transformativo (Bush y Folger) se orienta eminentemente a la comunicación y a la relación entre las partes. El objetivo de la mediación, según este modelo, no es el acuerdo sino el desarrollo del potencial de cambio de las personas al descubrir sus propias habilidades. Pone el foco de atención en las relaciones humanas con la intención de fomentar el crecimiento personal, favoreciendo el reconocimiento y la revalorización de cada persona. c) El Modelo Narrativo (Sara Cobb) pone su foco de interés en las narraciones de la gente en la mediación, de modo que el objetivo es llegar a un acuerdo, pero con el énfasis puesto en la comunicación y en la interacción de las partes. Este modelo representa de alguna manera una alternativa que integra las ideas de los dos modelos anteriores, toda vez que el proceso de mediación ofrece a los implicados la oportunidad de transmitir sus historias de modo diferente, haciendo posible que se produzca interacción novedosa y orientada al acuerdo”. Este último podría ser el mejor a efectos de mediación en violencia”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/penal/> (Última visita, 3-11-2020).

que está impidiendo que en muchos territorios la mediación se lleve a cabo convenientemente. Un sistema de Justicia eficaz y eficiente precisa de la implementación de servicios de mediación en los Tribunales españoles. Es una necesidad para abandonar la Justicia decisionista y pasar a la Justicia reparadora, para minimizar los impactos negativos de tiempo, coste económico y costes emocionales que los enfrentamientos judiciales producen en los ciudadanos y para agilizar el crédito retenido en las largas contiendas judiciales. En el momento actual se considera como el mejor sistema que en los Tribunales españoles se contara con un panel de mediadores que deberían haber acreditado sus conocimientos y experiencia en el Tribunal, mediadores que deberían asumir el compromiso de administrar las mediaciones en los casos en que proceda por beneficio de justicia gratuita o bien bajo sistema de tarifa y tendrían derecho a que la prestación de servicios de mediación en el entorno de los Tribunales se certificara en todo caso.

La mediación como sistema de Justicia debe estar garantizada para quienes tienen reconocido el derecho a justicia gratuita. Las sesiones informativas sobre mediación deben ser gratuitas para todos los ciudadanos y, si se trata de derivaciones desde los Tribunales, preferiblemente impartidas en sede judicial, en lugar idóneo habilitado al efecto”.³⁸¹

B) *El psicólogo y el trabajador social.* Como ya hemos indicado, es muy importante que haya un equipo especializado, la mediación debe realizarse con plena conciencia de los esenciales intereses en juego, y para ello sobre todo en violencia sobre la mujer debe incluirse además del mediador, un psicólogo y un trabajador social debidamente especializados, aunque sin olvidar nunca que quién dirige la mediación es el mediador, que es quien conoce la técnica elegida que mejor se adapta, y quien evalúa cómo se desarrolla el procedimiento. El psicólogo y el asistente social son elementos de ayuda con los que el mediador cuenta, pero no supone un plano de igualdad, sino que estarían bajo la dirección de éste.

4.3 CONCLUSIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO INTRAJUDICIAL DE MEDIACIÓN CIVIL EN VIOLENCIA.

Es necesario ver la mediación como un proceso a seguir, establecer un procedimiento tasado con una serie de pautas, de pasos, con una estructura determinada prevista en la LEC que a su vez, sea flexible. Si se instaura como un proceso judicial previo, no sería necesario siquiera que se garantizase la suspensión del proceso civil ya que éste iría después si las partes no quieren iniciar la mediación o continuarla, o bien el mediador decide que no se debe seguir. Deben respetarse en ese proceso de mediación todas las garantías de seguridad, preparación y especialización de los operadores que intervengan, y el control del resultado.

Sería necesaria la creación de un equipo multidisciplinar con una alta especialización: mediador, psicólogo, y trabajador social, que interviniese en el proceso civil de

³⁸¹ GONZÁLEZ MARTÍN L.A., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.A., SOTO SOLA, R., SIMÓN RODRÍGUEZ C., “*Protocolo de mediación familiar*”, “*Protocolo de Mediación Civil*”, en “GUÍA PARA LA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL” del CGPJ, 7 de noviembre de 2016.,p 53.Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>(Última visita, 10-11-2020).

mediación, así como la creación de un servicio de supervisión, no del trabajo ni del resultado, sino del desarrollo de estos profesionales, con una formación continua y un espacio en el que intercambiar experiencias, resolver dudas etc.

El proceso de mediación no tendría que tener coste alguno para ninguna de las partes, y ello porque hay un beneficio para todos. Para las partes, porque consiguen avanzar en una nueva relación pacífica, en otro modelo de compromiso respecto a su forma de relacionarse, para los hijos especialmente los menores si los hay, porque se les evitan futuros e interminables procedimientos escalonados según evoluciona el conflicto entre sus padres, y para la sociedad aporta un beneficio inestimable, porque recupera una familia a todos los niveles, evitando la futura conflictividad.

Tendría un control inicial a través de la aceptación no sólo de las partes sino de sus letrados, el MF, el mediador, y por último el juez. Y un control final, también informado por estos y revisado y aprobado por el juez, que concedería la homologación judicial.

La igualdad y seguridad de la mujer debe ser garantizada, como presupuesto básico de inicio del proceso de mediación. Pero lo principal es que debe ser escuchada, debe respetarse su visión, su autonomía, pues lo que busca en el proceso judicial no es lo que recibe. Actualmente se la dirige casi de forma directa al procedimiento penal, pero no se resuelve el conflicto en el que está inmersa, no se le dan recursos para saber gestionarlo. Por ello no debe presumirse “a priori” y de forma imperativa su imposibilidad, no debe presumirse su vulnerabilidad, sino que debe estudiarse su situación, escuchándola y luego tomar la decisión que corresponda, aunque mi opinión personal, es respetar siempre su libertad y capacidad de decisión.

Como nos movemos dentro del ámbito civil, las cuestiones debatidas quedarían siempre incluidas dentro del derecho disponible por las partes, que por otra parte son las que más procedimientos generan y más conflicto crean entre las partes, con el acuerdo también sobre el resto: patria potestad, régimen de custodia, de visitas, pensión de alimentos, elección de colegio, gastos extraescolares...

Provoca algunas dudas el análisis de las fases de este procedimiento, a tenor de las diferentes teorías estudiadas. Entre las más ajustadas y de posible aplicación a esta materia, estaría por citar una importante, la Familiar Terapéutica de Irving y Benjamín 1995, que plantean primero analizar la viabilidad de la mediación y si es posible, pasar a la premediación. Sin embargo entendemos que analizar la viabilidad de la mediación como una cuestión previa a la información de las partes no parece lo más adecuado, ya que primero debería informarse de lo que es la mediación y sus posibilidades, y, a partir de ahí, evaluar el caso concreto con sus circunstancias en la premediación. Como ya hemos indicado el Modelo Narrativo (*Sara Cobb*) también podría ser válido, en todo caso serían los mediadores quienes decidirían cual elegir.

En la mediación hay una interrelación y mezcla entre los distintos modelos, procesos, fines y técnicas. La mediación bien hecha es flexible, y suele arrojar muy buenos resultados. Según el objetivo que se pretenda con la mediación así será el procedimiento elegido, la técnica utilizada y la actuación del mediador. Ahora bien, en el sistema de mediación que propugnamos en violencia de género la mediación, para ser aceptada, debe presentar unos estándares mínimos de actuación, y seguir unos protocolos debidamente organizados.

Por último procede señalar, que se parte de una premisa equivocada sobre el desequilibrio de poder en violencia de género, no en todas las situaciones hay un desequilibrio de poder, y cuando hay un desequilibrio, no siempre éste se inclina en contra de la mujer. Hay situaciones asimétricas, pero ni se producen siempre, ni son iguales, ni su presencia supone la imposibilidad de la mediación, siempre que se valore ésta y se ajuste con las debidas garantías su desarrollo.

5.-VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN.

Desde mi punto de vista las ventajas son absolutas, mientras que los inconvenientes que se ponen de manifiesto se pueden superar sin mayores dificultades, eso sí con medios. Intentaremos examinar estas ventajas e inconvenientes desde el prisma civil, con las inevitables connotaciones penales.

Las ventajas de la mediación se pueden describir desde el ámbito de la víctima, del autor, y de la sociedad.

A) Desde el punto de vista personal de la víctima.

1. *Se utiliza la escucha activa.* Con ella se da respuesta a uno de los más importantes reproches que las mujeres que pasan por los JVSJ hacen, la mujer /víctima se queja continuamente de no ser escuchada en sede judicial, pero se olvida que la víctima no sólo quiere contar los hechos que jurídicamente importan a los operadores jurídicos, sino resolver una situación vital, y evidentemente, esto no entra en la función de los jueces y tribunales, sin que ello suponga postergar a la víctima, y algo tan evidente no es entendido ni por asociaciones de mujeres, grupos de presión, etc. Es incontestable, en todo caso, que el procedimiento judicial no es el lugar para realizar la atención psicológica económica, social, estamos en el proceso civil o penal, lo que se pretende es otra cosa y hay un profundo desconocimiento en la propia crítica. En la mediación, sin embargo, se escucha a la víctima en el lugar con el tiempo y por los profesionales adecuados para ello.

2. *Se recibe una ayuda útil.* La mujer recibe una ayuda externa útil y necesaria, muy diferente a lo que recibe en el procedimiento. El Estado, las organizaciones de mujeres, la LEVD, desde todas las instancias se incide continuamente en la necesidad de información de la víctima, que luego se traduce realmente en la entrega de documentación, folletos informativos, y la completa y exhaustiva lectura de derechos, que se produce al llegar al juzgado, lo que supone entregar una información completa, pero no comprobar que es perfectamente entendida, se requiere algo que los juzgados y tribunales no tienen: tiempo, medios y personal suficiente, entre otros. En la mediación, hay una ayuda real para la mujer, ayuda en la gestión del conflicto también influye en la posición de la otra parte del procedimiento en su pareja/expareja/investigado o condenado.

Por otra parte la información que se traslada a la víctima de violencia desde los medios de comunicación, desde los responsables políticos y sociales no es real, el mensaje es: “denuncia y todo se va a arreglar, no estás sola, denuncia, denuncia, denuncia”, lo que provoca unas expectativas desmedidas e irreales. Se trata de una visión sesgada, ofrecida por las entidades y personas interesadas en la presión cada vez más fuerte sobre la violencia de género, acorde también con nuestra sociedad que genera una proyección, una visión egocéntrica, egoísta e infantil de las cosas. José Ignacio Paz Rodríguez lo señala muy claramente: “Ahora bien, lo que no cabe es pretender que si se denuncia esto se va a arreglar, y ello no es así; el camino es durísimo y lo tiene que recorrer ella, va a tener ayuda, pero no hay soluciones

mágicas”.³⁸²La mediación ofrecería un espacio propio en los juzgados, habilitado especialmente para ello y un tiempo para desarrollar la mediación.³⁸³

3. *Beneficios personales.* Se enseña una nueva visión del conflicto “*inter partes*” y para resolverlo se enseña igualmente a desarrollar habilidades sociales que no se utilizaban o a adquirirlas. Nuestra sociedad ha cambiado tanto desde la publicación de la LIVG, y sin embargo hemos avanzado tan poco, que la mediación supondría también un cambio en nuestra mentalidad a hora de enfrentarnos con las nuevas realidades.

Nuestros juzgados están llenos de conflictos que serían plenamente mediables, puesto que en muchas ocasiones, la queja sobre falta de respuesta a los problemas por las mujeres, se encuentra en que la respuesta es puramente punitiva, y no social, un resultado que no es con frecuencia el deseado. Se evitarían con la mediación, futuros conflictos, quebrantamientos de órdenes y penas de prohibición de alejamiento y comunicación. La mediación aunque sea en el campo civil, y de momento no se extienda al penal, es tan importante que consigue devolver la capacidad de decidir por sí misma a la mujer, decidir sobre su situación, al devolverle confianza y respeto por su capacidad.

4. *No sería necesario ni siquiera llegar a un acuerdo para entender que se ha producido un proceso de mediación con éxito.* Basta con la transformación del conflicto, el hecho de evitar su escalada futura, la mejora de la relación entre las partes o incluso el descubrimiento de una nueva forma de comunicarse, sin agresividad, con respeto. La mediación utiliza mecanismos de desarrollo de habilidades de relación, lo que implica un aprendizaje, adquirir habilidades de relación con “el otro” y en la forma de afrontar el conflicto, puede suponer la mejora de la relación entre las partes o por lo menos la mejora de la comunicación entre ellas.

5. *Prescindiríamos del binomio ganador/perdedor.* Intrínsecamente unido al litigio, y al resultado del juicio. En la mediación no vale cualquier resultado, ni siquiera el hecho de alcanzar uno, pero sí se llega, a él, el mismo debe ser equitativo. Supone un control personal, aunque no sea total del acuerdo, lo que propicia que al no ser impuesto, el un porcentaje de su posterior cumplimiento sea muy alto.

“Nos hemos preguntado muchas veces por qué se le niegan a la mujer maltratada las ventajas indiscutibles que tiene la mediación; y se le niegan por ley de forma rotunda. ¿Una doble discriminación? No sólo es maltratada sino que por serlo se le niegan beneficios. Se le niega la posibilidad de decidir porque la ley decide por ella, con una

³⁸² PAZ RODRÍGUEZ, J.I., Jornadas de Abogados y Abogadas de Violencia de Género, Mesa II, Conferencia: “Asistencia a la víctima y estrategias.” Celebrada en Vigo 23 y 24 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.abogacia.es/.../v-jornadas-de-abogados-y-abogadas-de-violencia-de-gene..> (Última visita, 10-11-2020).

³⁸³MERINO ORTÍZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder.* Ed. Reus, Madrid 2013. p. 26. “En palabras de Bolaños (2008) “la mediación reconoce la necesidad de un tiempo y un lugar para las transacciones familiares. El espacio transicional otorga una dimensión temporal de referencia al espacio transaccional (intercambios de información, negociaciones, acuerdos) y permite ubicarlo en la relatividad de un contexto de avance, de evolución, no de resolución definitiva”.

intención de protegerla. Hemos visto, y comprobado en la investigación, cómo la mediación puede ser un espacio adecuado para las relaciones en las que ha existido violencia a (o al menos un determinado tipo de violencia), pero legalmente y desde círculos diversos se niega tal posibilidad. El planteamiento de fondo es que, mientras se mantengan estos argumentos se le está haciendo un flaco favor tanto a la mujer como a la mediación. A la mujer porque no se le otorga la posibilidad de dirigir su vida o no se le considera suficientemente capacitada para hacerse cargo del proceso. Es cierto que en situaciones de violencia grave, puede ocurrir que la mujer no se encuentre en condiciones psicológicas de abordar lo que implica una mediación, sin embargo, el problema es que no sólo se le niega en ese momento; sino que se le niega por ley para siempre porque las leyes existentes no hacen especificaciones contextuales, sino que prohíben sin graduar niveles de violencia ni opciones de intervención. No se reconoce la posibilidad de que la mujer consiga recuperarse a sí misma (su autoestima, su autoconcepto, su libertad...) y decida libremente gestionar sus conflictos con su expareja en un proceso de mediación, ni en ese momento puntual ni en el futuro. Las leyes no establecen momentos temporales para la prohibición. Nos preguntamos si ésta es la mejor forma de ayudar a la mujer a recuperar las riendas de su vida. Entendemos que se le hace un flaco favor a la mediación porque no se le concede el espacio que es suyo, sino que se le limita y empobrece mermando sus posibilidades”.³⁸⁴

B) Desde el punto de vista personal del victimario. El hombre adquiere un nuevo papel en el proceso, donde se le ayuda a comprender la situación en la que se encuentra, y también a recibir asistencia si la necesita. Se le ayuda a expresar su situación, incluso en los acuerdos a los que se llegue, en su caso cabe señalar condiciones, como sometimiento a tratamiento para recuperarse de las adicciones que en su caso tenga, con un seguimiento y control, tratamiento psicológico, etc. El hecho de ser partícipe del acuerdo supone que ha intervenido y también que asume un compromiso.

C) Desde el punto de vista de la sociedad. La mediación, redundando en beneficio del conjunto de la sociedad, con familias mucho más contentas y equilibradas, lo que tiene su traducción global en toda la sociedad. Se rebaja la tensión y, por lo tanto, todos ganan.

De la mediación se habla en general como un método rápido, flexible y económico, en el que las partes ven satisfechos intereses y necesidades que con un juicio se demorarían muchísimo en el tiempo; baste decir que los equipos técnicos psicosociales en familia están colapsados.³⁸⁵ Esta afirmación es incorrecta, si bien la mediación familiar en violencia (y también en general), podría ser más rápida que un juicio, y más flexible, nunca va a ser más económica, lo será a largo plazo, pero a corto plazo, supondría un gran esfuerzo para el Estado que debería destinar muchos

³⁸⁴ MERINO ORTÍZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*. Ed. Reus, Madrid 2013. p. 204 y 205.

³⁸⁵ En los juzgados de 1ª Instancia de Torrejón de Ardoz, Madrid en el momento de elaboración de este trabajo y modo de ejemplo, cabe señalar que en el año 2019 el tiempo de espera para la realización de un informe psicosocial en esta materia es de más de un año (18 meses de media) desde que se acuerda. Desde la pandemia puede ampliarse hasta 2 años (Datos LAJ). Coslada en el divorcio nº 110/20 del juzgado de 1ª instancia nº 2 de Coslada se informa a las partes que el informe del ETPS va a tardar dos años. (Datos de mayo de 2021).

recursos, y una estudiada planificación; si bien daría respuesta a muchos de los fines que pretendía la LIVG.

Una reivindicación permanente de la sociedad, es el retraso de los juzgados en la resolución de sus asuntos. La justicia hoy en día sufre un importante colapso de los procedimientos ante la falta de medios personales, jueces, fiscales, LAJ, y de medios materiales, de una organización eficiente, y sobre todo de una legislación coherente. Se juzga muchas veces el trabajo de estos operadores jurídicos, pero se desconocen las condiciones penosas en las que lo desarrollan. A largo plazo, en cuanto fuera conocida y efectiva, la mediación supondría la disminución de la carga de trabajo de los juzgados, por su buen funcionamiento, pero no como se pretende realizar ahora.

Buscar inconvenientes de la mediación, produce el curioso fenómeno de conducirnos a encontrar nuevas ventajas, una vez que intentamos desterrar esa mentalidad que trata a las mujeres como seres indefensos, e incapaces de tomar decisiones, se hace visible que los inconvenientes son mínimos y perfectamente gestionables.

1. *La vulnerabilidad de la víctima y la necesidad de seguridad.* En este punto, el debate es tan enconado como grande es el desconocimiento de la realidad. Como hemos repetido, y seguiremos, haciendo, no todas las víctimas de violencia son iguales, es más, cada víctima y situación es realmente diferente. En el proceso previo a la mediación por la que abogamos sería necesario evaluar la situación, con realismo, sentido común, valorando los distintos factores, mediante protocolos de evaluación previa. Las mujeres víctimas de violencia necesitan apoyo, ayuda y respeto, pero también que se les permita ejercer su libertad.

No podemos sostener con carácter general que siempre hay desequilibrio de poder que impide la mediación, pues esto es minusvalorar a la mujer víctima de violencia, que habitualmente sabe perfectamente lo que quiere,

¿Por qué no oír siempre a la mujer sobre la mediación? Por grave que sea el delito, ¿Por qué no saber lo que desea? Siguiendo a Santiago Madrid Liras, éste mantiene al respecto: "... que la mediación, cuando está bien hecha, ofrece una oportunidad de equilibrar las diferencias, de apoyar al débil, de hacer que su voz sea escuchada y tenida en cuenta, de no aceptar imposiciones del fuerte (Munuera y Blanco). En todo caso, la mediación es siempre equidad. A menudo olvidamos este principio que desde aquí defendemos quizás como el más importante de toda mediación. Aún más que la confidencialidad, aún más que la neutralidad, la capacidad del mediador para equilibrar situaciones de desequilibrio entre las partes debe ser una obligación máxima. Sólo así podremos conseguir que el débil se sienta revalorizado (o, como cada vez de manera más frecuente decimos, empoderado) para decir «esto sí y esto no». Y al otro, aún más débil el que acude a la violencia, capacitarle en mediación para escuchar y entender que su voz no la puede imponer con gritos ni formas, y que la voz del otro, de la otra, aunque suene más apagada, vale al menos tanto como la suya. Y sólo empoderando a las víctimas conseguiremos que dejen de verse como tales y alcen su voz frente al agresor para marcar lo que sí están dispuestas y lo que no, lo que sí quieren y lo que no. Y si sentimos o sienten que en el espacio de mediación no se está logrando, siempre tendremos la posibilidad y la obligación de

frenarla y de acudir a nuestro legítimo derecho a juicio. No es la mediación solución a todo ni puede con todo. Pero ayuda”.³⁸⁶

2. *Confundir mediación con terapia.* La mediación no es una terapia, ni un tratamiento psicológico, ni algo pedagógico, es una forma de intentar resolver un conflicto desde el conocimiento, y asumiendo la propia responsabilidad. Lo que sí puede hacer el emprender este camino, es ayudar a tomar decisiones sobre lo que podemos necesitar, en otros ámbitos, por ejemplo comenzar un tratamiento psicológico, de deshabitación a sustancias...etc.

3. *Dificultad de determinar los casos mediables.* El ámbito penal y civil están íntimamente relacionados, y la situación del procedimiento penal condiciona el procedimiento civil. –Siempre, como primer paso es necesaria la voluntariedad de ambas partes, si no hay voluntad se imposibilita la mediación. Ahora bien, puede haber una voluntad de ambas partes, pero un fuerte impedimento cual es el alejamiento y prohibición de comunicación, bien como medida cautelar, bien como pena. En estos casos hay diferentes opiniones: algunos entienden que se podría abrir un espacio de comunicación controlado y seguro en el que se podría mediar; otros entienden que podría darse la mediación indirecta a través del mediador, sin coincidir físicamente en un espacio; y por último otros, entre los que nos encontramos entender que sí hay alejamiento y prohibición de comunicación esta situación impide la mediación, tal y como la estamos tratando. Sí cabría la negociación, como se viene haciendo antes del juicio o en los mutuos acuerdos a los que se pueden llegar, a través de sus letrados, que también sería beneficioso para las partes, pero no el procedimiento de mediación.

La situación del procedimiento penal que vincula al civil, puede situarnos en etapas diferentes, que el hombre esté en una situación procesal de investigado con el procedimiento en tramitación, condenado bien por sentencia firme o recurrida en apelación o con el procedimiento penal sobreseído. Las diferentes situaciones se deben valorar en la “pre-mediación”, es evidente que no cabe ésta si hay un gran desequilibrio de poder: en casos muy graves con víctimas con delitos de agresión sexual, violencia psíquica y maltrato habitual, cuando se determine que la mujer está muy victimizada o anulada, o se detecten dificultades en la comprensión, problemas psicológicos diagnosticados previamente, (sin perjuicio de valorar su tipo y gravedad), cuando no hay colaboración alguna, etc. no se puede establecer un “numerus clausus”. En el caso de sentencia absolutoria firme o procedimiento penal sobreseído con sobreseimiento firme, no serían aplicables las prohibiciones que se dan en esta materia, y por lo tanto cabría la mediación, ya que acudiríamos a las normas generales de un procedimiento común.

4. *La confrontación víctima/agresor.* Partimos de la voluntariedad de ambas partes y la inexistencia de prohibiciones legales, como acabamos de indicar, pero en todo caso

³⁸⁶ MADRID LIRAS, S. “Presentación: debatir sobre mediación en violencia de pareja.” *Revista de Mediación*. Año 4 nº 7 mayo 2011. Disponible en: <https://www.revistademediacion.com/wp-content/uploads/.../Revista-Mediacion-7-01>(Última visita, 3-11-2020).

la mediación debe garantizar de una forma exhaustiva la protección de la víctima. Los detractores de la mediación ven en esta situación un acceso del maltratador a la víctima para hacerle daño de nuevo, pero se trata de nuevo de una simplificación de la situación. Por otra parte, es evidente que ante el mínimo riesgo perceptible no se accedería a dicha reunión, es más, no cabría la mediación, y detectado el mismo una vez iniciada entrarían en juego las garantías necesarias, a establecer en dicho proceso. Por otra parte ya hemos indicado que cuando ambas partes quieren establecer dicho proceso de mediación, sin desear un contacto directo,- posibilidad que también puede darse-, hay medios alternativos a esa presencia física a través de terceros o, como ya indicamos, a través de la mediación indirecta o subrogada, o los ORD. La mediación indirecta supone que ambas partes que voluntariamente quieren acceder a una mediación no se encuentran directamente, sino que lo hacen a través del mediador en sesiones individualizadas. Los ORD, bien gestionados pueden aportar múltiples ventajas, como rapidez, flexibilidad, o reducción de costes económicos. Se trata de un nuevo y amplio campo de posibilidades en el marco del cual se debería estudiar cuál es la más adecuada dentro del proceso de violencia, y seguir en todo momento las propuestas del mediador, si debe ser totalmente por vía electrónica, o alternando vías diferentes, pudiendo siempre el mediador modificar el sistema de acuerdo con los resultados que se van obteniendo.

5.1.- CRÍTICAS Y DUDAS SOBRE LA MEDIACIÓN.

Se critica a la mediación, en relación a su ineficacia sobre la prevención general del delito, y la posible privatización de la violencia familiar. Esta crítica parte de una concepción inexacta que deriva de los prejuicios, de la intolerancia y de la falta total de conocimiento de la mediación. No podemos dejar de insistir en aclarar, que la mediación no es un sistema privado, ni una forma alternativa de justicia, sino un complemento de ésta, un mecanismo más al servicio del ciudadano, y en este caso bajo auspicio judicial, por lo que no hay privatización alguna, ni vuelta al pasado.

La concepción meramente retribucionista, que aboga por el incremento de las penas, en nada beneficia a la víctima del delito, y la tesis que le priva de gestionar sus intereses, recuperar su autoestima, decidir su futuro familiar, tampoco le beneficia en nada. Han transcurrido más de 15 años desde la publicación de la LIVG, y la sociedad es muy diferente, las nuevas tecnologías de la comunicación, las redes sociales, las nuevas formas de comunicación de los jóvenes nada tienen que ver con la sociedad en la que nació. Se trata de una ley que fue totalmente necesaria para lograr la sensibilización de la sociedad con este problema, objetivo que ha conseguido con creces; sin embargo no se ha cumplido el resto de sus aspiraciones, ya que de su proyecto de actuación integral, en lo único que se ha actuado es en el ámbito penal, con una penalidad dura en exceso, que no valora las circunstancias y que no ha conseguido resultados en la disminución de la violencia.

Hay sectores doctrinales que plantean dudas sobre la real inclusión de la mediación dentro del derecho a la tutela judicial efectiva. Y por ello se critica su utilización, se entiende que la mediación no se encontraría dentro de los mecanismos, que el artículo 24 de la CE prevé como acceso al derecho de tutela judicial efectiva. En nuestra posición con respeto y aceptación total a la mediación privada, nos referimos en todo momento de la mediación intrajudicial, “En esta clase de mediación el objetivo – frente a algunas concepciones de la mediación que no compartimos- no es la

disminución de la litigiosidad, sino obtener una resolución jurisdiccional de mayor calidad que satisfaga en lo posible a todos los intervinientes, que repare de manera integral a la víctima y que evite la cristalización del conflicto para el futuro. Se trata de dar una respuesta judicial que tutele efectivamente las pretensiones de las partes, por lo que no nos encontramos ante una fórmula de renuncia a la tutela judicial, como hemos dicho, sino ante otra forma de proveer el amparo de los derechos e intereses caracterizada por un mayor protagonismo e intervención de las personas implicadas y, por ello, de una mayor calidad. La mediación intrajudicial no es por lo tanto una alternativa al proceso sino una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia que implica el que se trabaje para que, incluso dentro de un procedimiento judicial de carácter contencioso, las partes tengan la oportunidad de llegar por sí mismos a una solución consensuada. Hay que advertir, no obstante, que el objetivo primordial de la mediación no es tanto llegar a un acuerdo cuanto ofrecer un instrumento por el que las partes puedan resolver sus diferencias y desavenencias para reducir el conflicto. Alcanzar un acuerdo es el objetivo ideal al que los intervinientes en el proceso han de dirigirse, pero la decisión de no llegar a un acuerdo es igualmente válida”.³⁸⁷

La garantía plena de tutela judicial efectiva está colmada, pero además el CGPJ es un firme defensor de la mediación intrajudicial, por lo que se incluiría en los artículos 117.3 y 4 de la CE.

6.- FUTURO DE LA MEDIACIÓN.

Hemos hablado de un sistema en el que prácticamente todo son ventajas: ¿Por qué no se regula de una forma eficaz y clara? ¿Por qué no se dota de medios a los juzgados para fomentarla? Hay un grave problema, el de la falta de información, lo primero para poder elegir algo, es conocerlo, y para que funcione como una alternativa real en los juzgados y tribunales, debe dotarse de medios materiales y humanos, ya que es evidente que funcionará si se hace bien, en las condiciones y los casos adecuados.

“Cuando las partes están a las puertas de ejercitar un derecho fundamental, pedir la tutela judicial, ojo la mediación no puede servir para desviarlos de esa tutela, esto es importante también, sino al contrario debe estar incorporada en la tutela cuando las partes llegan a la puerta del tribunal entran por esa puerta y es ahí dentro donde deben tener todas las posibilidades que no sea sólo la resolución por la sentencia, tienen que tener incorporada la mediación como una fórmula de justicia. Esto exige instaurar este modelo dentro de los tribunales. Lo que no se conoce no se va a usar”.³⁸⁸ Lo que en este momento existe en relación a la mediación intrajudicial lo es por el interés y voluntad de los jueces, magistrados, LAJ y fiscales que intentan hacer visible esta forma efectiva de justicia.

³⁸⁷ SÁEZ R., SÁEZ C., RÍOS J., OLAVARRÍA T., FÁBREGA C., GALLEGO C., PANTOJA, F., “La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva”, p. 109 y 110. Grupo de Investigación Noviembre de 2010 CGPJ. Disponible en: [https:// www.poderjudicial.es/](https://www.poderjudicial.es/) (Última visita, 10-11-2020).

³⁸⁸ Documental, “¿QUE ES LA MEDIACIÓN?”. Entrevista a Lourdes Arastey, Magistrada del Tribunal Supremo y miembro de GEMME EUROPA @GEMME_EUROPE (Grupo Europeo de Magistrados Pro Mediación), realizado por David Peñaranda, Giovana Reyna y Ángela Jaramillo. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?time_continue=14&v=mVvO9qpDoRo (Última visita, 10-04-2021).

Desde muchos y diferentes ámbitos, entre otros GEMME, se señala que sería necesario dotar en los planes de estudio de las universidades, en la facultad de derecho de un conocimiento de lo que es el conflicto, y su resolución, no sólo del litigio, y por ello de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Así la mediación comenzaría a tener un fuerte aliado como es el abogado, totalmente necesario para el desarrollo de estas medidas. En relación con la mediación y la violencia de género, Castillejo Manzanares, Torrado Tarrio y Alonso Salgado señalan: “En cualquier caso, admitir la mediación en supuestos de violencia de género, debe implicar necesariamente asumir una serie de precauciones como son: la absoluta necesidad de que las y los mediadores se especialicen en este campo y estén sometidos permanentemente a un continuo reciclaje de conocimientos, prácticas ,etc.; la garantía de total seguridad para la víctima, tanto mientras dure el proceso mediador, como con carácter posterior al mismo; y la aceptación preceptiva por parte de la víctima de someterse, con carácter previo a la mediación, a un proceso de empoderamiento, quedando por tanto condicionada su participación, no sólo a su consentimiento personal, sino también al informe positivo del profesional de la psicología que evalúe su estado” .³⁸⁹

El futuro de la mediación tanto a corto como a largo plazo es complicado, se pueden superar, la confusión terminológica, la reticencia de los abogados, y el desconocimiento de los ciudadanos, estos problemas se superan con información, y una divulgación seria y efectiva, pero los grandes escollos realmente son la falta de un compromiso real de los poderes públicos, que es la práctica habitual cuando se trata de la administración de justicia, la gran olvidada en su modernización, agilización y dotación de recursos, teniendo en cuenta que implantar la mediación de una forma correcta supondría unos costes, que parece dudoso que afronte la administración, dada la falta de voluntad real que parece reiterarse desde el poder ejecutivo.

Por otra parte dada la actual corriente punitiva de nuestra sociedad, reivindicar hoy en día la mediación, la justicia restaurativa, es arriesgado, y realmente revolucionario, cuando nos encontramos ante una ola petición de agravamiento de las penas y cuestionamiento de las resoluciones judiciales, si no están en la onda de los lobbys de presión, que es alentada sin pudor por buena parte de los medios de comunicación, y algunos responsables políticos. Y todo ello, a pesar que el Parlamento Europeo, en la Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) concluye con una serie de recomendaciones para impulsar la mediación.³⁹⁰

³⁸⁹ CASTILLEJO MANZANARES R., TARRÍO TORRADO, C., y ALONSO SALGADO C., “Mediación en Violencia de Género”, en *Revista de Mediación*, Año 4.Núm. 7, mayo 2011, p. 44. Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion-en-violencia-de-genero/> (Última visita, 10-11-2020).

³⁹⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)) que concluye con una serie de recomendaciones: Pide a los Estados miembros que intensifiquen sus esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación en litigios civiles y mercantiles, también mediante campañas de

El brutal impacto del Covid-19 en nuestra sociedad, va suponer en la mediación un duro golpe, antes de haber iniciado siquiera su camino. Ahora bien, como planteaba el profesor Francisco Javier Gorjón Gómez,³⁹¹ y entendemos plenamente aplicable a la mediación, “Tenemos un importante problema de percepción, no se percibe la justicia restaurativa, hay que situar esta dentro de las políticas de bienestar social. Los valores de la justicia restaurativa deben saber venderse, por ejemplo, el importante capital humano, estructural y relacional, la riqueza de los distintos procesos, modelos e ideas aplicables, la posibilidad de hablar el idioma de la sociedad; así como los valores intangibles en las dimensiones personales, familiares, comunitarias y legales que entre otros serían: la autonomía, confianza, reparación del daño, seguridad jurídica, empoderamiento...se incluiría así a los ciudadanos en la justicia”.

“DE LEGE FERENDA”.

Los acontecimientos se han sucedido, y no para bien. El 16-01-19, se publicó el “Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, elaborado por el Ministerio de Justicia, abriendo a continuación un período de consultas, tras una lectura del mismo, compartimos las conclusiones de la asociación GEMME, que había señalado casi de modo pionero la necesidad de introducción de un procedimiento legal de mediación

información adecuadas, ofreciendo a los ciudadanos y a las personas jurídicas información adecuada y completa en relación con el objeto del procedimiento y sus ventajas en términos de ahorro de tiempo y dinero así como para mejorar la cooperación entre los profesionales de la justicia con este fin; subraya, en este contexto, la necesidad de intercambiar las mejores prácticas en las diferentes jurisdicciones nacionales, con el apoyo de medidas adecuadas a escala de la Unión, para favorecer la concienciación en relación con la utilidad de la mediación; Pide a la Comisión que estudie la necesidad de desarrollar normas de calidad a escala de la Unión para la prestación de servicios de mediación, en particular normas mínimas que garanticen la coherencia, teniendo en cuenta al mismo tiempo el derecho fundamental de acceso a la justicia, así como las diferencias locales respecto a la cultura de la mediación, como medio para seguir fomentando el uso de la mediación; Pide, asimismo, a la Comisión que estudie la necesidad de que los Estados miembros creen y mantengan registros nacionales de procedimientos de mediación, que podrían ser una fuente de información para la Comisión y que también podrían ser utilizados por los mediadores nacionales para beneficiarse de buenas prácticas en toda Europa; subraya que todo registro debe crearse respetando plenamente el Reglamento general de protección de datos (Reglamento (UE) 2016/679)(13) ; Solicita a la Comisión que realice un estudio detallado sobre los obstáculos que dificultan la libre circulación de los acuerdos de mediación extranjeros en la Unión y sobre las diversas opciones para fomentar el uso de la mediación como una manera sólida, asequible y eficaz de resolver los litigios internos y transfronterizos en la Unión, teniendo en cuenta el principio del Estado de Derecho y la continua evolución internacional en este ámbito; Pide a la Comisión que, en el marco de la revisión de la normativa, busque soluciones que permitan ampliar eficazmente el ámbito de la mediación también a otras cuestiones civiles o administrativas, si procede; hace hincapié, no obstante, en que debe prestarse atención especial a las repercusiones que pudiera tener la mediación sobre ciertas cuestiones de carácter social, como el Derecho de familia; recomienda, en este contexto, a la Comisión y a los Estados miembros, que establezcan y apliquen salvaguardas adecuadas en los procedimientos de mediación a fin de limitar los riesgos para las partes más débiles y protegerlas contra todo posible abuso de procedimiento o posición por las partes más poderosas, así como a facilitar datos estadísticos relevantes exhaustivos; subraya, además, la importancia de garantizar el respeto de los criterios de equidad en materia de costes, en particular para proteger los intereses de los colectivos desfavorecidos; señala, no obstante, que la mediación puede perder su atractivo y valor añadido en caso de introducirse normas demasiado estrictas para las partes.

³⁹¹ GORJÓN GÓMEZ, F.J., “*Los intangibles de la mediación en el proceso de reparación de las víctimas del delito*”. Conferencia impartida el día 20-09-18, en el Congreso Internacional de Justicia Restaurativa una justicia para las víctimas, Universidad Carlos III Getafe 20 y 21 de septiembre de 2018.

en la LEC, aplicable además al ámbito civil de la violencia de género. “Es un anteproyecto que no plantea una regulación integral de la mediación. Solamente, como su propio nombre indica, pretende dar un impulso a la Ley de Mediación del año 2012, sobre asuntos civiles y mercantiles. Tiene, por tanto, un campo de juego limitado a la mediación civil y mercantil, y por otro, solo se limita a reformar algunas normas procesales con el confesado propósito de potenciar, favorecer, promover, promocionar, en definitiva, impulsar, la mediación civil y mercantil, tanto en su esfera extrajudicial como intrajudicial”.³⁹²

Las expectativas, tras la lectura del anteproyecto, fueron poco esperanzadoras, no aportaba prácticamente nada al desarrollo e impulso de la mediación como pretendía indicar. El anteproyecto se compone de una exposición de motivos y tres artículos: el primero modificaría la la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, de 1996, el segundo la LEC y el tercero la Ley de Mediación para Asuntos Civiles y Mercantiles de 2012. En la exposición de motivos se reproducen los errores más frecuentes en cuanto al desconocimiento de la mediación, vuelve a plantear la mediación sólo como un mecanismo alternativo a la justicia, y se refiere a ella como un sistema para desatascar los juzgados, cuando ya hemos visto que no lo es, y nunca debería realizarse un acercamiento a la mediación desde este punto de vista, ya que la convertiría en un fracaso; y por último, consagrando otro estereotipo, afirma que la mediación se encuentra obstaculizada en España por nuestra cultura, afirmando a renglón seguido que “continúa siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad”. ¿Cómo puede pretenderse hacer operativa una institución, si se mantiene su desconocimiento? Así mismo, se cae de nuevo en la asimilación a la “vieja e inútil” conciliación, se quiere instaurar una “obligatoriedad mitigada de mediación extrajudicial como presupuesto procesal previo, y luego introducir la mediación intrajudicial por derivación judicial, lo que supone otra vez alejar al ciudadano de la percepción de la mediación como algo dentro del proceso, válido y eficaz.

Sobre dicho anteproyecto, la asociación GEMME realizó las siguientes conclusiones: “1. Resulta imprescindible incluir la mediación entre las políticas públicas sociales, con dotación presupuestaria suficiente. 2. La cultura de paz ha de inculcarse desde la escuela, promoviendo la gestión pacífica de los conflictos tanto como la educación en igualdad, ambos pilares fundamentales para prevenir la violencia.3. La redacción del anteproyecto en algunos puntos supone un importante retroceso respecto de experiencias que ya se están llevando a cabo.4. No es hora ya de proyectos sino de efectiva implantación que, de seguro, se conseguirá aunando esfuerzos entre todos los agentes implicados. Para ello, deviene imprescindible el compromiso real de las administraciones públicas competentes; sólo así se logrará generar confianza en la ciudadanía hacia este modo de resolución de conflictos y, en general, hacia los ADRs, normalizando su utilización.5. Las propuestas que se realizan en este documento intentan mejorar el texto de la futura ley, de modo que se cumplan los objetivos pretendidos, desde la perspectiva constructiva que caracteriza siempre la actuación de

³⁹² MEJÍAS GÓMEZ J.F., “Una opinión constructiva sobre el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, *Revista, Mediación es Justicia*, en Estado de la mediación, 4 de enero de 2019, p. 1. Disponible en: <https://mediacionesjusticia.com/2019/01/04/una-opinion-constructiva-sobre-el-anteproyecto-de-ley-de-impulso-de-la-mediacion/> (Última visita, 07-04-2021).

GEMME España. Se ofrece, al efecto, la máxima colaboración posible y el alto grado de compromiso e implicación con la mediación que establecen nuestros estatutos”.³⁹³

El 21-01-19, se publicó en el BOE la Orden JUS/57/2019, de 22 de enero, por la que se creaba el Foro para la mediación, este foro se ha creado como un órgano colegiado con el carácter de grupo de trabajo con las funciones que se describen en el artículo 2º de la citada orden y que son: -Asesorar al Ministerio de Justicia en el diseño, desarrollo e implantación de mecanismos de mediación en el marco normativo español. - Contribuir a la evaluación y seguimiento en la aplicación de la normativa de mediación. - Efectuar propuestas en materia mediación, a iniciativa propia o a petición de los Departamentos ministeriales que así lo soliciten a la Presidencia del Foro. - Proponer medidas de educación que tengan como objetivo informar, orientar y sensibilizar a la sociedad sobre los valores de la mediación como método idóneo para la resolución de conflictos entre los ciudadanos. - Proponer medidas formativas, que redunden en la calidad de los servicios de mediación.- Impulsar la coordinación entre la iniciativa pública y privada en materia de mediación. - Aprobar, en su caso, su Reglamento interno de funcionamiento. 8. Potenciar el intercambio y la difusión de buenas prácticas de mediación. En ese momento esperábamos que tal iniciativa pudiera realmente a dar frutos en este campo,...Seguimos esperando.

El 15 de diciembre de 2020, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, con ambiciosos objetivos en el orden civil, como el de impulsar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos por parte de la ciudadanía, así como la descongestión de la administración de justicia. Tiene como finalidad incorporar la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, o “Directiva de mediación” a un mayor nivel que el que ha supuesto la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

De su lectura se desprende que el legislador, sigue en la línea de crear normas incluyendo figuras jurídicas sin un detenido estudio, (“la persona conciliadora”, “el experto independiente”, “el tercero neutral”) sin una exposición clara y pensada, sin establecer como introducirlas en la sociedad, sin un plan para su puesta en funcionamiento, y lo que es más importante, no aclara la forma en la que va a dotar de medios esa reforma, si va a tener una dotación presupuestaria. Por otra parte se vuelve a la reforma a través de disposiciones finales, de múltiples e importantes leyes. Se pretende presentar los ADR como un requisito de procedibilidad, para iniciar el procedimiento, incluida la mediación, obligar no sólo a la sesión informativa previa, sino a realizar el procedimiento, lo que es tanto como condenar al fracaso esta opción antes incluso de implantarla.

En relación con el Anteproyecto, GEMME se ha pronunciado claramente:

“-La incorporación de los MASC en el sistema de justicia de nuestro país es positiva, siempre que no se vincule única y exclusivamente con una coyuntural situación.

-Para lograr una justicia eficaz, eficiente y sostenible, deben conjugarse los distintos métodos de solución de controversias sin confundir conceptos y finalidad. Es fundamental que se clarifique esta cuestión y distinguir los instrumentos de solución de conflictos de los que no lo son en el texto del Anteproyecto; de lo contrario, tanto los

³⁹³ Propuestas de GEMME España. Anteproyecto de ley de Impulso a la Mediación, p. 19 y 20. Disponible en <https://www.mediacionesjusticia.compresidencia@mediacionesjusticia.com>.

profesionales como la ciudadanía seguirán considerando el proceso judicial como primera opción y el requisito de procedibilidad que se establece se convertirá en un mero trámite. -En lo que se refiere a la mediación, el texto del Anteproyecto supone un retroceso respecto de los avances ya logrados durante años. Aun cuando se remita a su regulación separada, con la reforma que realiza el no considera el valor que por sí mismo tiene este método, lo que se muestra contradictorio con el espíritu de la norma (avanzar en democracia y hacia la cultura del acuerdo y lograr la cohesión social), con legislaciones autonómicas mucho más avanzadas y con las recomendaciones europeas en la materia.

-El texto del Anteproyecto podría mejorarse regulando con claridad la mediación intrajudicial/intraprocesal.

-En cualquier caso, es fundamental introducir la educación en gestión de conflictos para que se produzca verdaderamente el cambio de perspectiva que se pretende, sobre todo cuando la imagen que se proyecta a la ciudadanía desde las propias instituciones es de confrontación”.³⁹⁴

De esta forma, lo único que se va a conseguir es complicar más aún el acceso a la justicia. Por otra parte, las nuevas tecnologías son importantes, útiles y necesarias, pero como en muchos aspectos de la vida, en la justicia, hay muchas actuaciones que son y deben seguir siendo presenciales, para garantizar la tutela judicial efectiva. Si se sigue así se volverá a cometer el enorme error de legislar sin conocer, sin medios y sólo pensando en bajar el número de procedimientos de los juzgados, pensando en disminuir la litigiosidad, sin tener en cuenta que la mediación y los demás ADR, no son sustitutivos de la justicia, sino deben formar parte de ella, pero siempre de forma reglada, y con las debidas garantías.

³⁹⁴ Propuestas de GEMME España al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, p. 27 y 28. Disponible en: <https://mediacionesjusticia.com/category/reflexiones> (Última visita, 11-07-2021).

CONCLUSIONES.

I

Fue totalmente innovador mezclar conceptos civiles y penales tal y como hizo en su momento la LIVG, el legislador introdujo en la legislación penal, conceptos civiles, necesarios por el especial ámbito competencial que se atribuyó a los juzgados de instrucción de violencia sobre la mujer.

Para que funcionaran correctamente, se alteraron las normas generales de competencia civil en materia de familia. La competencia objetiva para el conocimiento del procedimiento civil, ahora pasaba por la previa atribución de la competencia del procedimiento penal, por lo que el JVSM fuera competente, era necesario que existiera un procedimiento penal iniciado y vigente. La competencia territorial, también se vió alterada por la competencia penal, sin que se siguieran en este caso las normas de competencia territorial establecidas en la LEC. La competencia funcional determinó que el JVSM asumiera sus competencias con exclusión del resto. Sin embargo no se alteraron las normas de atribución de la competencia internacional, y por ello se sigue exigiendo para que se intervenga por estos juzgados que los tribunales españoles sean competentes para ello.

El problema más importante en esta materia, ha surgido con el planteamiento de múltiples conflictos de competencia. Estos conflictos retrasan enormemente los procesos de familia, y lo que se había inicialmente previsto, como un criterio competencial para acelerar los procesos, ha terminado convirtiéndose en un problema, que determina un peregrinaje judicial del procedimiento, en muchas ocasiones innecesario. En relación a los conflictos de competencia que puedan producirse entre los juzgados, de 1ª instancia/familia y los de JVSM, es de aplicación la doctrina del TS, expuesta en relación al artículo 49 *bis* de la LEC.

Como hemos visto, hay una casi total similitud de competencias y procedimientos entre los JVSM y los juzgados de familia, partiendo que la LIVG, no creó un nuevo orden jurisdiccional, sino que estos nuevos juzgados funcionan en el ámbito penal como juzgados de instrucción de violencia. En relación al ámbito civil, ya podemos contestar a las preguntas que nos hicimos al iniciar este capítulo ¿El JVM, funciona como un juzgado de familia de violencia? La respuesta debe ser positiva, y, ¿En igualdad de condiciones?, Aquí la respuesta debe ser negativa, ya que no coinciden exactamente las competencias de un juzgado de 1ª instancia en materia civil de familia, o un juzgado especializado en familia (artículo 748 de la LEC), y un JVSM (artículo 87 *ter* nº 2 de la LOPJ), existe especialmente un proceso muy controvertido y discutido como es la sustracción internacional de menores.

Respecto de esta última competencia, su atribución es difícil de mantener a favor de los JVSM, a mi juicio no es competencia de estos juzgados, ya que la atribución legal de la competencia se hace a los juzgados de 1ª instancia, según lo dispuesto en el artículo 778 *quáter* 2 de la LEC, por lo que para realizar esta atribución a los JVSM, sería necesaria una modificación de la LEC.

El DIPr, es de una gran complejidad técnica, tanto a nivel de su estudio como de su aplicación, lo que debería llevar a una necesaria y muy cualificada especialización de los órganos encargados de su aplicación. Las normas de competencia internacional no son alteradas por lo dispuesto en el artículo 87 *ter* nº 2 de la LOPJ. Cuando hay un elemento extranjero en la relación, y el JVSM, es el órgano competente para conocer es necesario determinar el derecho aplicable, a la materia civil de la que se está

conociendo, y el procedimiento, para lo que se acude al DIPr. En violencia de género el DIPr debe probarse, y si no se hace en la forma legalmente determinada, se aplicará el derecho español. Por otra parte, la aplicación de las normas de DIPr no es frecuente en nuestros juzgados.

II

En nuestra legislación se establece la posibilidad de adopción de medidas civiles, en la vía penal, cuando se trata de garantizar la protección a la víctima del delito, a través de diferentes procedimientos. Refiriéndonos en concreto a la violencia de género, existen tres vías diferentes de adopción medidas civiles, en el procedimiento penal: a través de la LECr, de la LIVG, o a través del artículo 158 del CC, vías que no se han coordinado por el legislador, ni en su regulación, ni en la posibilidad de su elección aunque su objetivo sea el mismo.

Es más hay una confusión en cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas civiles adoptadas en violencia de género en los procedimientos penales, y frente a las múltiples posibilidades que se ofrecen, en realidad como medidas netamente civiles que se adoptan en el procedimiento penal, están las que se establecen en la OP, la prevista en el artículo 64.2 de la LIVG, y las que se puedan adoptar a través del artículo 158 del CC. El resto son medidas cautelares penales con un contenido civil, pero que se adoptan, y continúan en el procedimiento penal. Esta situación crea importantes disfunciones, y hace que una medida de protección, ágil, completa, y eficaz, sea elegida de forma rotunda sobre las demás: la OP del artículo 544 *ter* de la LECr.

Las razones de la utilización de la OP, como base principal de protección, están en sus garantías, claridad, eficacia y conocimiento por todos los operadores jurídicos, lo que le aporta un plus de seguridad. La OP es el “buque insignia” de la protección en sede de violencia de género, la medida más utilizada, más importante, ofrece una protección rápida, inmediata e integral, ya que confiere a la víctima un “estatuto integral de protección” que incluye no sólo las medidas establecidas en el auto, sino además un amplio abanico de otras medidas laborales, administrativas y sociales.

Las medidas civiles acordadas pueden tener después una continuidad, o cesar, dependiendo de la actuación de la parte en favor de quién se dictaron, o bien las deja caducar, o interpone el correspondiente procedimiento civil.

La OEP, es un avance en la protección de la víctima, también desde el punto de vista de violencia de género, pero lo es sólo a efectos penales, no abarca aspectos civiles, para que estos se lleven a efecto, se deben seguir los cauces generales de los procedimientos civiles a nivel de derecho europeo, por lo que la OP dictada en España, únicamente tiene posibilidades de seguir en la protección penal, en el ámbito europeo, no en la parte civil.

El objetivo de las medidas civiles, acordadas en el ámbito penal, no es resolver un procedimiento de familia anticipado del que se carecen de datos suficientes, sino resolver de forma inmediata la situación creada con la máxima seguridad para la víctima, sus hijos, y con pleno respeto a las garantías legales que le corresponden al investigado.

Hay múltiples medidas cautelares aplicables, pero la adopción de cualquier medida restrictiva de derechos supone la necesidad de observar en todas las debidas garantías, por ello es tan importante la intermediación, para valorar el riesgo, también a la hora de adoptar las medidas civiles.

III

En relación al interés superior del menor, se ha evolucionado de un concepto jurídico totalmente indeterminado a determinarse, y estar presente en cada resolución que le afecta. No hay resquicio en la protección del menor, tanto en la determinación de las medidas civiles como penales. Cuando éste ha sido víctima de la violencia, tanto directa como indirecta, o puede estar en riesgo, la sensibilidad que existe en todos los operadores jurídicos, supone que al saltar unos mínimos indicadores de alarma, se proceda a la inmediata protección.

La patria potestad, que en principio parece una materia clara, no lo es tanto y actualmente, de acuerdo con la legislación vigente, cuando los progenitores no encuentran puntos de acuerdo en determinadas cuestiones objeto de la misma, acuden de forma inmediata a la vía judicial, aumentando aún más la litigiosidad. En violencia es importante su determinación por cuanto se trata de evitar que se utilicen a los menores en ocasiones como un medio de obstaculizar el desarrollo de la vida de la madre, en las decisiones en las que es necesario el consenso de ambos. La patria potestad se proyecta en violencia de género tanto en el campo civil como penal, en este último llegando a pronunciamientos en sentencias penales. Ha sufrido una importante evolución, y de no acordarse prácticamente su privación, se ha comenzado a valorar ésta, solicitarse y acordarse en los distintos juzgados y tribunales.

IV

La evolución del sistema de guarda, con carácter general, ha pasado de un sistema de GyC exclusiva, casi siempre a favor de la madre, a un sistema de GyCc, que se convierte ahora en el más beneficioso para el menor, y al que se tiende con carácter general.

El TS ha venido reiterando la bondad objetiva de este sistema, como hemos visto en sus resoluciones. Y si bien puede ser un régimen muy beneficioso, considero, que no tiene porqué ser determinado siempre como el método a seguir, depende del interés del menor. La evolución de la sociedad y de las resoluciones judiciales, tienden al mismo. Pero al igual que un péndulo, hemos pasado de no acordar la GyCc en casi ningún procedimiento, a que se pretenda una guarda de este tipo de forma general. Así pasamos de un extremo a otro, sin parar en el centro, y las primeras consecuencias ya las estamos viviendo. Tras la adopción de un sistema de GyCc, la familia reevalúa su situación, sus necesidades y se empiezan a plantear modificaciones de medidas para pasar a una GyC individual, que también en un alto porcentaje vuelve a ser materna.

La valoración del caso concreto, es esencial para la determinación de la GyC en general, pero más en una situación en la que existe violencia de género. No debería nunca generalizarse en esta materia, ya que cada caso es diferente, no todos son supuestos de una violencia habitual, o hechos extremadamente graves, en los que no cabría ni plantearse la posibilidad de una GyCc y menos exclusiva, tal y como se expone por algunos autores, como si toda la violencia de género fuera igual. Por otra parte, los JVSJM, se han convertido en el rompeolas de las situaciones de crisis personal, familiar y social, y generalizar sin más, e imponer no es la solución. No se deben adoptar prohibiciones automáticas, como se pretenden imponer, sin evaluar los hechos y sus circunstancias. Respecto de la GyCc, la prohibición legal de la custodia compartida en violencia es clara, tanto en derecho civil común, como en la regulación

autonómica. Ahora bien, podemos preguntarnos, a la vista de todas las modificaciones legales en relación a los menores, y primando “el interés superior del menor”, ¿Debería ceder la prohibición legal, si fuera necesaria la atribución de la GyCc o incluso la exclusiva al padre (prohibida en algunos sistemas autonómicos)? La jurisprudencia en cada caso lo determinará. Es cierto que este tipo de GyC sería muy difícil de adoptar en la práctica, por cuanto una OP o una sentencia condenatoria firme implicarían la prohibición de comunicación y de acercamiento, por lo que sus posibilidades de funcionamiento efectivo se restringirían.

Es necesario coordinar y unificar la legislación común y autonómica, para evitar que se produzca en la regulación de la GyCc modelos diferentes, como existen ahora, y como pretendía el Anteproyecto de ley de corresponsabilidad parental, adoptar una norma consensuada por todos, que se configuraría como una "norma marco", de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución, y con un "carácter supletorio", según la regla general prevista en el artículo 13.2 del CC, sin perjuicio de la "aplicación preferente" de las especialidades aprobadas por las Comunidades Autónomas en las que exista un Derecho Civil Foral propio.

V

Respecto del Rv, indicar que no deben prohibirse éstas, sólo por el hecho de existir un procedimiento de violencia de género, ni siquiera, una sentencia condenatoria, ya que puede suponer la violación del principio de interés superior del menor, según el cual es esencial la valoración de cada caso concreto.

Los PEF, necesitarían una regulación a nivel estatal, uniforme para todas las CA, en un sistema de mínimos a cumplir, ya que cada PEF según las diferentes CA, tiene un nivel diferente de posibilidades de intervención. Algunos funcionan como un mero lugar de entrega y recogida, mientras que otros tienen una importante dotación de profesionales y medios, y por lo tanto económica. Sería necesario realizar un estudio para que todas las poblaciones importantes, tuvieran un PEF que evitara las numerosas listas de espera.

Respecto del CoPa, debería realizarse un estudio serio, para valorar su introducción o no, en nuestro sistema jurídico de familia, coherente con nuestros procedimientos, y valores, estudiando cual sería su contenido, naturaleza jurídica, actuación control, evitando que las experiencias piloto, se conviertan en una especie de experimentos en cada juzgado sin ningún criterio; puesto que su funcionamiento de esta forma, nos lleva a una gran inseguridad jurídica, y desigualdad.

El CoPa, no tiene ningún punto en común con la mediación. Ni en sus principios, características, tipo de intervención, u objetivos, y se dirige sólo a un tipo de familia, la especialmente conflictiva, y lo hace con un fin determinado: aliviar la enorme sobrecarga de trabajo que este tipo de procedimientos suponen. Lo único que compartirían ambos instrumentos es el intento pacificador de las relaciones familiares, eso sí, desde una actuación muy diferente. La mediación pretende que las propias partes redimensionen el conflicto, con ayuda de un tercero, y encuentren la solución, el CoPa es un tercero que va a marcar e imponer con ayuda del juez, las pautas, dentro de un procedimiento, que presenta una litigiosidad extrema. El CoPa, como un experto en problemas de familia, podría tener encaje en un equipo de mediación, pero su figura como tal no creo que deba promoverse, en las condiciones actuales.

Por último, respecto a la situación vivida durante la declaración del Estado de alarma, si bien formalmente, como ha resuelto el TC, las resoluciones no fueron las debidas,

en cuanto a la adopción del mismo, lo cierto es que era una situación totalmente excepcional, desconocida hasta ese momento. Se mantuvo el derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24 de la CE, para todos los ciudadanos, y ello, porque los juzgados y tribunales, LAJ, fiscalía, abogados y procuradores, siguieron funcionando en lo que consideramos “los servicios esenciales de la justicia” que afectaban a nuestra libertad y seguridad. No hubo una “total paralización de hecho”, se interpusieron denuncias y continuaron los servicios, con la profesionalidad demostrada de los que “a pie de guardia”, garantizaban nuestros derechos, con medios tecnológicos escasos, y cierta descoordinación.

Frente a la creencia en general de paralización total de la justicia, en sus casas, los operadores jurídicos siguieron trabajando, y esta dedicación, supuso un importante paso adelante, cuando se levantó el estado de alarma. Lo que si se paralizó es “la actividad normal” del juzgado, de los tribunales en lo no esencial, por la paralización de plazos, pero paralización de la actividad normal no es suspensión. En relación a la estancia y Rv los criterios judiciales fueron dispares, pero aquí por primera vez, sorprendentemente, y con carácter general, funcionó la responsabilidad de los padres, que velaron por la salud, y seguridad de sus hijos y de los demás, poniendo por delante el “interés superior del menor”, al que venimos refiriéndonos. También se debe señalar la gran labor de los abogados de familia, que aconsejaron a sus clientes, atendiendo a miles de consultas, de padres que bien, pretendían realizar los regímenes de visitas y estancias, o denunciar el incumplimiento, en la contención y valoración de la situación que se vivía.

VI

La justicia restaurativa es una nueva forma de justicia, con fundamentos teóricos sólidos, que está ya implantada en importantes países y pretende reorientar el litigio y resolverlo. Trata de dirigir hacia un derecho penal que se centre en recuperar y valorar a la víctima y tratar al delincuente para que se reinerte, de un modo real, sin que ello suponga la ausencia de retribución por el hecho delictivo. Da la espalda a un modelo adversarial para centrar sus esfuerzos en un modelo de avance y comunicación.

En el ámbito civil sería denominada como ADR. No se trata en ningún caso, de adoptar una perspectiva “buenista idealista, o bucólica” del conflicto, como se critica por algunos autores, sino todo lo contrario, adoptar una perspectiva realista, seria y beneficiosa para todos, que afronta una visión de la persona desde un punto de vista real y la enfrenta con sus miserias, y también con sus extraordinarios valores, lo que supone todo un reto en la sociedad actual, puesto que hoy es muy difícil que se acepte la necesidad de asumir las consecuencias de los actos, de asumir la propia responsabilidad.

La mediación forma parte de una nueva forma de justicia, de hacer ésta real y efectiva, no es algo en lo que se cree o no, supone fundamentalmente la satisfacción de las partes en la resolución de su conflicto.

La mediación intrajudicial debe ser introducida de forma seria, regulada en una ley que establezca un procedimiento, y unos requisitos de mediación intrajudicial para poder acudir a él, introduciendo tal vía en cada uno de los procedimientos existentes, civil, penal contencioso-administrativo y laboral, ya que en principio, todas las materias son susceptibles de mediación.

La gran aportación de la mediación, es la comunicación, favorecer la posibilidad de entendimiento, y esto no es en absoluto negativo para la víctima de violencia de género. Y sí, bien con carácter general, todas las materias son mediables, entendemos que no ocurre así en violencia de género, en esta materia habría que distinguir en primer lugar entre el ámbito penal y el civil, valorar y analizar cada caso concreto que se sometería a mediación. Con su desarrollo e implantación, se efectuarían las correspondientes determinaciones, seleccionando en principio las que son más fáciles de adaptación, como por ejemplo la materia civil de familia.

Es un gran avance, puesto que supone otra forma de analizar el conflicto entre las partes, y de gestionarlo. Por lo que si llega a buen puerto, resuelve realmente sus problemas, pero incluso de no hacerlo, supone un avance en el conocimiento de otra forma de afrontarlo. La mediación nos recuerda que necesitamos ayuda para superar el conflicto, y nos permite no afrontarlo solos, proporciona una ayuda importante con herramientas para saber gestionarlo, y buscar soluciones.

Muchas veces, se afirma que “la justicia no da respuesta”, pero realmente en muchas ocasiones, lo se busca con ahínco por los ciudadanos, es explicar lo que pasa, el problema real, buscan una ayuda, una solución, que no es función de la justicia.

Intentar poner de acuerdo a las partes no es mediación, genera una pequeña área de negociación, pero no es mediación. Acudir a la mediación no garantiza en ningún caso la resolución del conflicto, es un camino, un medio para poder llegar a ella, pero no garantiza que por acudir a mediación se resuelva el mismo. Sí pueden llegarse a resolver parcialmente algunas de las cuestiones planteadas, y permite además que afloren situaciones que inicialmente no se habían contemplado y que pueden plantearse con motivo de la mediación. La mediación no persigue cualquier resultado, sino uno equitativo, por lo que generalmente, el acuerdo obtenido no será fuente de conflictos en el futuro. En la mediación, hay múltiples escuelas y técnicas diferentes, pero todas buscan un mismo objetivo, analizar y avanzar en la solución del conflicto, ayudando a las partes a tal fin, para que sean ellas las que lleguen o al menos avancen en una solución.

Los inconvenientes en violencia de género de la mediación, ya analizados, son perfectamente salvables. La mediación en violencia de género sería siempre intrajudicial, y no sólo no debería estar prohibida sino regulada de forma exhaustiva. Debiendo en un primer estadio derivarse los procedimientos penales que se archivan a mediación civil, intrajudicial, siendo la SIP obligatoria. Para el impulso de la mediación deberían crearse en los JVSJM “equipos de mediación”, al igual que actualmente existen equipos psicosociales. En el ámbito de nuestro estudio la mediación sería familiar, en principio más fácil puesto que no se ventila un posible reconocimiento de hechos penales, y por ello no entraría en juego la protección de la presunción de inocencia. Entendemos que la mediación que podría aceptarse en violencia de género, primero en el ámbito de familia, al estar presente una parte que tiene la condición de “víctima”, siempre se produciría dentro del cauce intrajudicial, con el control y garantías que ofrecen los jueces y tribunales, no en procedimientos al margen de este control y con una regulación y garantías especiales.

La LORPM sí posibilita la mediación cuando el autor es un varón menor infractor, tanto en la vía penal como en la civil.

La LIVG fue en el año 2004, un hito, un punto de inflexión para el necesario cambio en la consideración de la violencia sobre la mujer, pasando de una situación privada sin importancia, a un acto de agresión que afectaba a todos. Logró su principal propósito: sensibilizar a la sociedad, y tuvo que imponerse de forma rotunda y contundente.

Ahora bien, transcurrido el tiempo, no debe asustarnos la necesidad de reflexionar sobre su contenido, revisarla y mejorarla. *Introducir la mediación, en violencia de género no es una claudicación, sino un tremendo avance.* Desde la experiencia diaria, fundamentalmente el fondo del conflicto de la violencia de género en nuestro país, está condicionado por múltiples problemas, dificultades económicas, múltiples adicciones, a drogas, alcohol, incluso a las nuevas tecnologías, patologías mentales, y una enorme y preocupante falta de habilidades de relación interpersonales, y esto no se arregla únicamente con el litigio, una sentencia penal, las prohibiciones de alejamiento y comunicación y en el ámbito civil con la prohibición de la mediación, y en breve tiempo, con la prohibición del Rv.

Proteger a la víctima, siempre, pero tal y como indican los psicólogos, tomar decisiones por ella, la sobreprotección es siempre negativa, la mujer no es una persona discapacitada, y debe asumir sus decisiones y responsabilizarse de ellas como primer paso para ese “empoderamiento”. Por otra parte, no siempre la víctima se halla en una posición de desigualdad, de hecho ésta tendrá que ser un factor de evaluación y examen en la mediación, no de prohibición. Lo contrario a la victimización es la responsabilidad.

Después de ver qué es la justicia restaurativa y los ADR, sólo nos cabe preguntar ¿Por qué no se han instaurado hace tiempo? ¿Cuál es el problema para que no se instaure la justicia restaurativa? Los problemas son varios e importantes: la confusión terminológica, la falta de compromiso de los poderes públicos, el miedo de los propios operadores jurídicos, el más absoluto desconocimiento a nivel general, la corriente punitiva en la que estamos inmersos, y la dinámica social en la que legislan prácticamente los grupos de presión a través de los medios de comunicación.

“De lege ferenda”, el futuro de la mediación, no es halagüeño. El nuevo anteproyecto de ley, vuelve a no afrontar una regulación seria e integral, un procedimiento legal como otros, una inclusión en la ley, y ofrece de nuevo una visión al ciudadano que aparta la mediación de la jurisdicción, lo que supone abocarla de nuevo al fracaso, si no se ofrece la mediación como parte de la justicia, nada podremos hacer por su implantación.

A ello se une, la nueva visión que desde el Ministerio de Justicia se ofrece para el futuro de la mediación. Ante la pandemia, se mira otra vez a la mediación como elemento de descongestión de la administración de justicia, pero esta vez con un *plus* negativo, se pretende hacer previamente obligatoria, y sancionar a las partes, si el resultado luego coincide con el judicial y no hubo acuerdo. Es lamentable ver como se renuncia a las bases rectoras e indispensables de la mediación, equiparándola a una nueva y absurda conciliación que además penaliza a los ciudadanos.

Pero, es más, en el nuevo “Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia”, se incluye la mediación, olvidando el Anteproyecto que hacía referencia a ésta, y estableciendo una serie de mecanismos, que nada van a ayudar ya que se presentan sin un estudio real, serio, y seguramente sin dotación presupuestaria, como ya ha pasado. Una regulación que nada va a mejorar, y si va a introducir más confusión, como ha sucedido los últimos años.

La prohibición de la mediación, supone una contradicción con uno de los principios más importantes de la LIVG, “*la educación en la prevención de conflictos*”. Debería introducirse en la LEC un procedimiento de mediación referido al derecho de familia, siempre intrajudicial y aplicable a los procedimientos civiles de violencia de género, estableciendo las especialidades necesarias respecto de este último.

COROLARIO.

La lucha de las mujeres por sus derechos, ha existido siempre. Pero su conquista ha sido resultado de una laboriosa y tenaz reivindicación que especialmente cristalizó a lo largo del S. XIX, y el S. XX y que ha supuesto, la igualdad de derechos con los hombres, aunque no para todas las mujeres. Aún quedan millones de mujeres en todo el mundo que no tienen esa igualdad, y por ello es necesario continuar exigiendo la misma, que afecta a países tan diferentes, como Afganistán, Irán, Nigeria, India, o Japón, y así podríamos hacer un largo y triste recorrido de países donde las mujeres aún no han conquistado sus legítimos derechos.

Afortunadamente España, es un país en el que la igualdad se ha logrado, y el reto que se plantea ahora, es el de realizar unas políticas en relación a determinadas disfunciones que aún existen, (obligatoriedad del permiso por paternidad, ayudas a la maternidad, educación de calidad, políticas reales de conciliación familiar...) pero esto sería tema para otra tesis.

LIVG fue necesaria. Antes de esta ley, no había ninguna sensibilidad en relación a las situaciones de maltrato que sufrían las mujeres, que se resolvían a través de los antiguos “juicios de faltas”, y en los que apenas se tenía control de lo que ocurría, de la reiteración de la agresión, y de su intensidad, de su vulnerabilidad. Así, con esas circunstancias, se ocurrían situaciones como el caso de D^a Ángela Carreño, que dio lugar a la condena a España por la CEDAW. Con la LIVG, se pretendía que estas situaciones no se volvieran a producir, lo que se ha logrado, ya que de hecho hoy en día, los hechos que dieron lugar a esa condena, serían casi imposibles, gracias a la regulación y sensibilidad vigente.

Pero, como en la mayoría de problemas que abordamos en nuestro país, hemos pasado “de la nada al todo” sin parar en el punto medio. No caben las generalizaciones que se están realizando, ni una bofetada es el inicio de una espiral de violencia, que ya no va a cesar y se va a incrementar, como se mantiene fervientemente por algunos grupos, (ya que puede serlo, o no), ni tampoco se debe dejar ésta sin sanción, eso sí proporcional y acorde con el hecho. No son comparables un hecho puntual y leve, generalmente en una situación de crisis sentimental, económica o familiar, con una situación de maltrato grave, ya sea puntual o habitual, cada uno debe valorarse en sus términos y obtener una respuesta proporcionada.

Si seguimos perdiendo el contacto con la realidad, si seguimos sin aceptar que no hay una sola visión de la violencia sobre la mujer, y que ésta depende de cada situación y de cada mujer, caeremos en un profundo error, y aún más al pretender aplicar únicamente el derecho penal, la vía más equivocada a mi juicio. Y ello porque el proceso judicial no es una panacea, una garantía de seguridad absoluta, porque ésta no existe, como tampoco la total previsibilidad del comportamiento humano, afortunadamente.

Podemos concluir tras el examen realizado, que cada resolución que se dicte debe siempre valorar el caso concreto. Cada familia es un mundo, y algunas varios, por lo tanto cada sentencia, cada auto, cada resolución, debería responder a esas necesidades, ser “un traje a medida para ella”, y más en violencia de género.

No se deben adoptar prohibiciones automáticas, como se pretenden imponer y, de hecho, ya se han acordado, como la prohibición “*ab initio*” del Rv con carácter general, que ya se ha regulado en el CC.

No comparto la necesidad de tales prohibiciones, es más, creo que van directa y frontalmente en contra de ese “interés superior del menor” que tanto hemos invocado en multitud de normas, y que consideramos un principio informador del derecho de familia. Suprimir el régimen de visitas o una determinada forma de custodia, sin valorar la situación existente, es un error. Los menores que viven separados de sus progenitores y familiares, tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de forma regular, siempre que ello no resulte perjudicial a sus superiores intereses, debiendo prestarse especial atención en los casos en que se pueda presumir la existencia de violencia de género en el seno familiar, o cualquier otra situación que pueda suponer que los menores estén sufriendo cualquier tipo de abuso. La radicalización nunca es buena, y menos cuando los especialistas en familia y menores, reiteran que lo fundamental en la actuación respecto de éstos es la valoración del caso concreto.

El objetivo de la LIVG se mantiene. Siempre que una materia se especializa, se produce una sensibilización y se le dota de medios, por lo que su funcionamiento siempre va a ser mejor. Esto no supone que deba ser inamovible, sin posibilidad de cambios, como lo serían en un primer e importante paso, ampliar su contenido a la violencia doméstica, y eliminar la prohibición de la mediación.

BIBLIOGRAFÍA.

ABRIL PÉREZ DEL CAMPO, C., “La coordinación de parentalidad. Prevención de la violencia de género en las crisis de pareja. Coordinador/a de parentalidad”, en *Boletín N° 7 de Violencia de Género. Comisión de violencia de género*, 11 de febrero de 2019. Disponible en: [https:// www.juecesdemocracia.es](https://www.juecesdemocracia.es)

ALHAMBRA PÉREZ, P., “Al cumplirse 10 años de la Ley Orgánica 1/2004, ¿cuáles son, a su juicio, sus aspectos positivos y los mejorables? Encuesta Jurídica”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18781, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2014. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

ARRIETA OUVIÑA, V., “Víctimas especialmente vulnerables y justicia restaurativa”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/73066, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2017. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

AZAUSTRE GARRIDO, M.D., “Análisis de anomalías en las distintas fases de procedimientos de Derecho de Familia”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/73194, Ed. Jurídica Sepín, septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

BLANCO ANES, J. A., “Cuestiones Competenciales del Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, en la Web, PorticoLegal.Derecho Español en Internet. Disponible en: <https://www.porticolegal.com>

BOADO OLAVARRIETA, M., “La privación de la patria potestad como medida penal y civil”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 47, de 1 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.jcly.es>

CAMPO IZQUIERDO, A. L., “La figura del Coordinador de Parentalidad. Dudas sobre el Coordinador de Parentalidad”, en “*Revista Derecho de Familia, Tribuna*”, de 04 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://elderecho.com/dudas-sobre-el-coordinador-de-parentalidad>

CAMPOY MIÑARRO, M., “Cuestiones Periféricas de Derecho de Familia”, en el Curso sobre “Procesos de Familia. Especial referencia a problemas transfronterizos”, celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, los días 4 y 5 de julio de 2016. Disponible en: <https://www.fiscal.es>

CAÑADAS LORENZO, M. J., “Cuestiones Civiles relacionadas con la Violencia de Género en los procedimientos de familia”, en Jornadas sobre “Violencia de género a la luz de las últimas reformas. Algunos problemas prácticos”, celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid, los días 4 y 5 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.fiscal.es>

CAÑADAS LORENZO, M. J., “La Incidencia de la Violencia de Género en la Sustracción Internacional de Menores”, en el VII Congreso sobre Violencia

Doméstica y de Género, celebrado en Madrid, los días 18 y 19 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, en *Revista Española de Derecho Internacional (REDI), Sección ESTUDIOS*, Vol. 68/2, Ed. Marcial Pons, julio-diciembre 2016, Madrid. Disponible en: <https://www.revista-redi.es>

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Divorcio internacional y actividad notarial”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/74621, Ed. Jurídica Sepín, septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

CARRETERO MORALES, E. “La utilidad de los ODR en los casos de Violencia de Género”, en *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636*. Disponible en: <https://www.redp.uerj.br>

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes matrimoniales y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas” en *Revista El Notario del Siglo XXI*, N° 94, diciembre de 2020. Disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista>

CASADO CASADO, B., “Custodia Compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, en *Diario La Ley*, N° 9177, Sección Dossier, Ed. Wolters Kluwer, de 13 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

CASO SEÑAL, M., “Problemas procesales derivados de las medidas civiles acordadas en la orden de protección desde la perspectiva de un Juzgado de Familia”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/2718, Ed. Jurídica Sepín, noviembre de 2005. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

CASTILLEJO MANZANARES R., TARRÍO TORRADO, C., y ALONSO SALGADO C., “Mediación en Violencia de Género”, en *Revista de Mediación, ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, N° 7, Ed. IMOTIVA, Madrid, 7 de mayo de 2011. Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion/>

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género”, en *Diario La Ley*, N° 8882, Sección Tribuna, Ed. Wolters Kluwer de 15 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*. Ed. La Ley, grupo Wolter Kluwer, Madrid 2011.

CERVELLÓ DONDERIS, V., Y COLÁS TURÉGANO A., “Mediación y violencia de género en menores de edad: un enfoque educativo”. Disponible en: https://www.oijj.org/sites/default/files/oijjconf2014_cervello_colas.pdf

CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. J., “¿Hacia una mutación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer? De la violencia de género a un género de violencia”, en *Diario La Ley*, Nº 90003, 6429/2017, Sección Tribuna, Ed. Wolters Kluwer, de 19 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

DANDURAND, Y. “Manual sobre programas de justicia restaurativa. Serie de Manuales de Justicia Penal”, Ed. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, (UNODC), Viena 2006. Disponible en: <https://www.unodc.org>

DEL MORAL GARCÍA, A., “Perspectivas de la mediación en el ámbito penal reflexiones de un fiscal”, en la Revista *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*”, Nº 36 de 2008. Disponible en: <https://www.dialnet.unirioja.es>

DEL MORAL GARCÍA, A., “Actualidad y futuro de la Mediación penal”, en la Revista *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*”, N.º 41 de 2010, ISSN 1130-8893. Disponible en: <https://www.dialnet.unirioja.es>

DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del artículo 44.5 de la LO 1/04”, en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en derecho procesal civil y mercantil. Especial Mediación del Colegio de Abogados de A Coruña*. Disponible en: <https://practicadetribunales.laley.es>

DEL POZO PÉREZ, M., «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?», en *La mediación en materia de familia y Derecho penal: estudios y análisis*, (Coord.), Martín Diz, F. Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011. ISBN 978-84-8408-600-0

DEL RIQUELME HERRERO, P., “Mediación Penal: marco conceptual y referentes. Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales y de mejora y fortalecimiento de la mediación penal”. En la Web, EUROsocial II, Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), julio de 2013. Disponible en: <http://www.eurosociasocial-II.eu> También disponible en: <https://www.comjib.org>

DE LA TORRE LASO, J., “La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial”, en *Diario la Ley* Nº 8993, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer de 5 de Junio de 2017. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

DE LA TORRE LASO, J., “Reflexiones sobre los puntos de encuentro familiar como recurso de prevención e intervención ante las situaciones de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: P/DOCT/22610, Ed. Jurídica Sepín, noviembre 2017. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

DÍAZ VELAZQUEZ, A., “Violencia de género y guarda y custodia compartida”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/22896, Ed. Jurídica Sepín, junio de 2017. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

DÍAZ VELÁZQUEZ, A., “Concurrencia de competencias entre el juez de violencia y el juez de familia” en *Diario La Ley, Derecho de familia*, Nº 12, Ed. Wolters Kluwer, cuarto trimestre de 2016. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

DÍEZ PERALTA, E., “Los derechos de la mujer en el Derecho Internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional, REDI*, vol LXIII, nº 2, 2011. Disponible en: <https://www.revista-redi.es>

DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia Restaurativa en violencia de género sí, mediación no”, Blog de justicia restaurativa, 9 de abril de 2018. Disponible en: [18..http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es/2018/04/justicia-restaurativa-en-violencia-de.html](http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es/2018/04/justicia-restaurativa-en-violencia-de.html).

DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia Restaurativa un derecho más de todas las víctimas”, Blog de justicia restaurativa, 23 y 28 de abril de 2018. Disponible en: [18..http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es/2018/04/justicia-restaurativa-en-violencia-de.html](http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es/2018/04/justicia-restaurativa-en-violencia-de.html).

DOMINGO MONFORTE, J. e, IGLESIAS PÉREZ, N., “Las cargas familiares ante los nuevos modelos de unión y de familia”, en *Diario La Ley, Sección Tribuna*, 27 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

DUTREY, Y., “La ley aplicable a los divorcios con elemento extranjero”, en *Diario digital Confilegal*, de 7 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://confilegal.com/20160508-la-ley-aplicable-los-divorcios-elemento-extranjero/YolandaDutey>

ESPINOSA CALABUIG, R., “Freedom, Security & Justice: European Legal Studies”. Rivista Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia nº 3, 2019. Disponible en: <https://www.elea.unisa.it/handle/10556/3899>.

ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia mayo de 2008.

FERNÁNDEZ GIL, C. “Cuestiones prácticas sobre Jurisdicción Voluntaria”, en las Jornadas de especialistas sobre el orden civil, celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid los días 27 y 28 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/99797/Pon>

FORCADA MIRANDA, F. J. “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/15(Parte II)”, en *Revista Bitácora Millennium, Derecho internacional privado*, Nº 3, Ed. Tirant Lo Blanch 2016. Disponible en <https://www.millenniumdipr.com/ba-39-el-nuevo-proceso-espanol-de-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional-la-decidida-apuesta-por-la-celeridad-y-la-novedosa-circular-de-la-fiscalia-6-2015-parte-ii>

GALDEANO SANTAMARÍA A. M., “El estudio comparativo de la orden de protección y las medidas cautelares de alejamiento de los artículos 544 *ter* y 544 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en Formación continuada de la Fiscalía General del Estado, 2013. Disponible en <https://www.fiscal.es>

GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Víctimas de Violencia de Género”, en Jornadas sobre protección y tutela de las víctimas, celebradas en la Fiscalía General del Estado, Madrid, los días 23 y 24 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.fiscal.es>

GARCÍA FIGUEROA, A., “Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación, Un apunte de teoría del Derecho para la crisis del COVID-19”, en “*Revista Almacén de derecho*”, Ed. Mirada 360°, Madrid 8 de abril, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org>

GARCÍA VILLALUENGA, L., “Mediación Civil. Mediación intrafamiliar”, Publicaciones del CGPJ. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 19, año 2006. Disponible en: <https://www.google.com/search?client=firefoxbd&q=las+competencias+civiles+de+los+juzgados+de+violencia+sobre+la+mujer+Regina+Garcimartin+montero>

GÓMEZ CAMPELO, E., *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*. Ed. REUS S.A. Zaragoza, 2008.

GÓMEZ COLOMER, J. L.(coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Ed. Universitat Jaume I, Server de comunicació i Publicacions, D.L.,Castellón, 2007.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Divorcio Transfronterizo, Ley Aplicable”, Academia de Derecho Europeo (ERA). Disponible en: <https://www.eracomm.eu/>

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores” en *Diario La Ley*, Nº 9600, Sección Tribuna, Ed. Wolters Kluwer de 24 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

GONZÁLEZ MARTÍN L.A., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.A., SOTO SOLA, R., SIMÓN RODRÍGUEZ C., “Protocolo de mediación familiar”, “Protocolo de Mediación Civil”, en la “Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial” del CGPJ, de 7 de noviembre de 2016. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/>

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A., “Preguntas y respuestas, la orden de protección”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18842, Ed. Jurídica Sepín, abril de 2008. Disponible en: <https://www.sepin.es>

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A., “Orden de protección: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y caracteres”. *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.:SP/DOCT/18842, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2014. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

GONZÁLEZ SANCHEZ, J.A., “Contenido de la orden de protección”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18871, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2014. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A., “Duración de la orden de protección”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18872, Ed. Jurídica Sepín, diciembre 2014. Disponible en: <https://www.sepin.es>

GONZÁLVEZ VICENTE, P., Coordinadora la Encuesta Jurídica “¿Suple la exploración judicial el informe psicosocial?”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/174670, Ed. Jurídica Sepín, septiembre de 2018. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

GORJÓN GÓMEZ, F. J., Congreso Internacional de Justicia Restaurativa una justicia para las víctimas, Universidad Carlos III Getafe 20 y 21 de septiembre

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 7ª edición, Ed. Colex, Madrid 2012.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “Encuesta Jurídica. ¿Cuáles son, a su juicio, sus aspectos positivos y los mejorables? Al cumplirse 10 años de la Ley Orgánica 1/2004”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18781 Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2014. Disponible en <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “Guarda y custodia compartida: supuestos de exclusión en los casos de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/73299, Ed. Jurídica Sepín, abril de 2018. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “Cuestiones prácticas que suscita la aplicación de las medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/988, Ed. Jurídica Sepín, enero de 2011. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

HERNÁNDEZ RAMOS, C., MAGRO SERVET, V., y CUÉLLAR J.P., *Mediación Penal un visión práctica de dentro hacia fuera*. Ed. Club Universitario, San Vicente, Alicante, 2012.

HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Algunas cuestiones polémicas en el Derecho de Familia” en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/83692, Ed. Jurídica Sepín, diciembre 2019. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

IBORRA GRAU, C., “Mediación civil y mercantil: luces y sombras”, en *Revista Derecho Mercantil*, N° 20, de 1 de enero de 2014 Disponible en: <https://www.elderecho.com/tribuna/m>

LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., “La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja?”, en *Revista de Mediación familiar*, año 4, N° 7, mayo 2011. Disponible en: <https://www.revistademediacion.com>.

LOPEZ ORDIALES, J.J., “Problemas actuales del Derecho de Familia, sobre todo a la luz de las últimas reformas legales y jurisprudenciales. Jornadas de especialistas en el orden civil, celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, los días 24 y 25 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.fiscal.es>

LÓPEZ ORDIALES, J.J., “Intervención del Fiscal en los Procesos de Familia”, en las Jornadas de especialistas en el orden civil, sobre “Procesos matrimoniales”. Celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos, en Madrid los días 19 y 20 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.fiscal.es>

LÓPEZ MUELAS, L. Y ZABALGO P., “La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU”, en *Diario La Ley*, N° 9443, Sección Tribuna, Ed. Wolters Kluwer de 25 de Junio de 2019. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

LOZANO, M.D., exposición en I Congreso de la Infancia y la Adolescencia, celebrado en Madrid los días 25 y 26 de marzo de 2021, “*El porqué de la especialización en materia de familia*”, día 25-03-2021, Canal 2 (4:05) Disponible en: <https://web.icam.es/I-congreso-de-la-infancia-y-adolescencia>

MADRID LIRAS, S., “Presentación: debatir sobre mediación en violencia de pareja.” “*Revista de Mediación*”, año 4 N° 7 mayo 2011. Disponible en: <https://revistademediacion.com/>

MAGRO SERVET, V., “El régimen de visitas en el Derecho de Familia y su relación con la violencia de género”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/3686, Ed. Jurídica Sepín, mayo de 2008. Disponible en: <https://www.sepin.es/home/>

MAGRO SERVET, V., “Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas y respuestas”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/17324, Ed. Wolters Kluwer, diciembre de 2009. Disponible en: <https://www.sepin.es/home/>

MAGRO SERVET, V., “Preguntas y Respuestas...Competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden civil”, *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/118781, Ed. Wolters Kluwer, diciembre de 2014. Disponible en: <https://www.sepin.es/home/>

MAGRO SERVET, V., “Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género”, en *Diario La*

Ley N° 8638, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 4 de noviembre de 2015. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

MAGRO SERVET, V., “Casuística sobre la violencia de género y la declaración del estado de alarma a raíz del Coronavirus”, en *Diario La Ley* N° 9604, Sección Doctrina, de 30 de marzo de 2020. Disponible en <https://www.diariolaley.es>

MAGRO SERVET, V. “La Ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus” en *Diario La Ley*, N° 9618, Sección plan de Choque de la justicia, Ed. Wolters Kluwer, de 22 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

MARÍN VELARDÉ, A., CABEZUELO ARENAS, MORENO MOZO, F., (Directores). *Familia y Derecho en la España del Siglo XXI, Libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*. “Aspectos civiles de la violencia de género”, Domingo Bello Janeiro. Ed. Reus, Madrid 2021.

MARÍN VELARDÉ, A., CABEZUELO ARENAS, MORENO MOZO, F., (Directores). *Familia y Derecho en la España del Siglo XXI, Libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*. “De la patria potestad a la responsabilidad parental”, José María de la Cuesta Sáenz. Ed. Reus, Madrid 2021.

MARTÍN DIZ, F., “Mediación Electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación”. *Práctica de Tribunales. Revista especializada en derecho procesal civil y mercantil. Especial Mediación*”. Colegio de Abogados de A Coruña. Disponible: <http://practicadetriboales.laley.es>

MARTÍN MOLINA, A., “Problemática sobre el derecho de visitas”, *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/83048, Ed. Jurídica Sepín, octubre de 2019. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-doméstica>.

MARTÍNEZ DERQUI, F. J., “La valoración del riesgo de las víctimas de violencia de género. Análisis de la situación actual. Medidas de Protección”, Ponencia en el III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ DERQUI, F.J., “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del juzgado de violencia sobre la mujer”. Ponencia en: Intercambio de experiencias y unificación de criterios. Fase de instrucción y órdenes de protección”. *Cuadernos digitales de formación, nº 25-2010*. CGPJ, Madrid 2011. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/Temas/Formación>

MATEO BUENO F., “Estado de Alarma: recopilación por provincias de los acuerdos adoptados por los juzgados de familia”. Disponible en: <https://www.mateobuenoabogado.com/coronavirus-covid-19>

MARTÍNEZ DEL MORAL, J. “La actuación de oficio del juez en casos de violencia de género; el artículo 158 del Código Civil”, en *Diario La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores (Protección del menor en situaciones de violencia de género)*, N° 12, 2016. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

MARTÍNEZ GARCÍA, E., BORGUES BLÁZQUEZ, R., Y SIMÓ SOLER, E., “Inteligencia artificial y perspectiva de género en la justicia penal” en *Diario La Ley*, Nº47 Ed. Wolters Kluwer, de 20 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

MEJÍAS GÓMEZ J. F., “Una opinión constructiva sobre el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, en *Revista, Mediación es Justicia*, en Estado de la mediación, 4 de enero de 2019.

Disponible en: <https://mediacionesjusticia.com/2019/01/04/una-opinion-constructiva-sobre-el-anteproyecto-de-ley-de-impulso-de-la-mediacion/>

MEJÍAS, J. F. “Mediación en tiempos de Covid-19. Reflexiones de un magistrado”. Exposición Disponible en <https://mediacionesjusticia.com/mediacion-en-tiempos-de-covid-19-reflexiones-de-un-magistrado>.

MERINO ORTÍZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*. Ed. Reus, S.A. Madrid 2013.

MOLINA CABALLERO, M.J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Jurisdicción de Menores y Mediación”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos, ISSN 1695-0194. RECPC 17-24(2015)–Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-24.pdf>

MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

NICOLÁS LAZO, G., Estudios de Jurisprudencia. “Análisis de la jurisprudencia del TSJC sobre la guarda conjunta en supuestos de violencia de género en Cataluña” Smarteca. Actualidad Civil n.º 2, febrero 2018, Nº 2, 1 de feb. de 2018, Editorial Wolters Kluwer. Disponible en <https://www.elnadvocades.cat/downloads/201802>

O`CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*. Editorial La Ley, Getafe Madrid, 4ª edición 2004.

OLIVERAS JANÉ, N. “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, en *Diario La Ley* Nº 9334, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 10 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.laley.es>

ORTEGA CALDERÓN J. L., “Reflexiones sobre las limitaciones de la patria potestad con ocasión de la comisión de los delitos de violencia de género”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/81158, Ed. Jurídica Sepín, febrero de 2019. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

ORTEGA CALDERÓN J. L., Régimen de estancia, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la LO8/21 de 4 de junio”, en *Revista jurídica El Derecho*, 10 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.elderecho.com>

ORTEGA GUERRERO I., “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea” en *Revista de Psicopatología clínica legal y forense* Vol. 2 nº 3, Ed. Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense Sociedad Española de Psiquiatría Forense, 2002. Disponible en: <https://www.dialnet.unirioja.es>descarga>artículo>.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Las uniones de hecho no registradas en relación al Reglamento Europeo 1104/2016”, en *Ibide*, Instituto de Derecho Iberoamericano, 19-06-2019. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/las-uniones-hecho-no-registradas-relacion-al-reglamento-europeo-11042016/>

ORTOLÁ DINNBIER, J.G., “Los Puntos de Encuentro Familiar como recurso de protección de menores”, 2 de abril de 2015. Disponible en <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/los-puntos-de-encuentro-familiar-como-recurso-de-proteccion-de-menores/>

ORTÍZ PRADILLO, J.C. Y OTROS. *El derecho y la economía las mujeres y la igualdad de género*, Ed. Lex Nova, Madrid 2011.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “La alta conflictividad en las relaciones paterno o maternofiliales en la ejecución de los procesos de familia”, *Boletín nº 7 / 2019, Comisión de violencia de género. Prevención de la violencia de género en las crisis de pareja*. Coordinador/a de parentalidad. Disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es>

ORTUÑO MUÑOZ, P., “La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (Comentario a los arts. 233-13 y 236-3 CCCat.)”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18072, Ed. Jurídica Sepín, diciembre de 2013. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

PAZ RODRÍGUEZ, J. I., Jornadas de Abogados y Abogadas de Violencia de Género, Mesa II, Conferencia: “Asistencia a la víctima y estrategias” Celebrada en Vigo 23 y 24 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.abogacia.es/.../v-jornadas-de-abogados-y-abogadas-de-violencia-de-gene...>

PERAL LÓPEZ, M. C., “Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas, comunicaciones y estancias”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/22800, Ed. Jurídica Sepín, julio de 2017. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

PERAMATO MARTÍN T., “Diez años de la Ley Integral. Objetivos conseguidos y retos pendientes tras la ratificación del Convenio de Estambul y a la luz de otros documentos internacionales”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18558, Ed. Jurídica Sepín, julio de 2014. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

PERAMATO MARTÍN, T., “La orden de protección”, *“Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial”*, en *Manuales de Formación Continuada*, Ed. CGPJ, Madrid, 2009. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

PÉREZ GÁMEZ, F. J., “Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis”, en *Diario La Ley*, Ed. Wolters Kluwer de 13 de mayo de 2010. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

PÉREZ MARTÍN, A.J., “Tendencias jurisprudenciales de Familia en las resoluciones de las Audiencias Provinciales”, en *Revista jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/22843, Ed. Jurídica Sepín, febrero de 2017. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-doméstica/>

PÉREZ-SALAZAR, RESANO, M., “Cuestiones clave en materia de familia y violencia: cuestiones de competencia, medidas civiles de la orden de protección y guarda y custodia compartida”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/22842, Ed. Jurídica Sepín febrero de 2017. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

PEREZ-SALAZAR, RESANO, M., Exposición realizada en El 6º Encuentro Profesional de Coordinadores Parentales, “La judicatura apuesta por la coordinación de parentalidad”, webinar organizado por GEMME, celebrado el 12 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.mediacionesjusticia.com/cronica-parentalidadWebinar.org>

PÉREZ VALLEJO, A. M. “Estudio jurisprudencial sobre las medidas urgentes de protección de menores (ex art. 158 CC)”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref. SP/DOCT/106613, Ed. Jurídica Sepín, junio de 2020. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica>

PRIETO ANTONA, S., “Medidas cautelares: 544 LECRM, 64 a 66 y 69 LO 1/200 ARTÍCULO 158 CC”, VII Congreso del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género, celebrado los días 18 y 19 de octubre de 2018. Disponible en: www.poderjudicial.es > stfls > CGPJ > FICHERO

RAMOS PÉREZ, M.E., Ponencia: “El Conflicto y Sistemas de Gestión de Conflictos”, desarrollada en la I JORNADA DE MEDIACIÓN, celebrada en Sevilla los días 22 y 23 de octubre de 2017, organizadas por el CGPJ y el Colegio de Abogados de Sevilla. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

REYES CANO, P., “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, en *Revista de la Universidad de Granada*, Nº 51, Ed. Universidad de Granada, 9 de mayo de 2017. Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es>

REY GONZÁLEZ, P., “Estado de alarma: ¿se incurre en incumplimiento de la resolución judicial que regula las medidas de los progenitores para con los menores si no se cumple en sus propios términos?”, en *Diario La Ley*, Nº 9607, Sección Tribuna, Ed. Wolters Kluwer, de 3 de Abril de 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laley/>

RÍOS MARTÍN, J. Y OTROS, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia” (2005-2008). Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/>

RÍOS MARTÍN, J.C. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias del diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed Colex, Madrid, 2008.

RÍOS MARTÍN, J.C., “Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/>

ROCA TRÍAS E., “Familia y Constitución”, publicación de la Facultad de Derecho de la UAM, AFDUAM. Disponible en: <https://www.afduam.es>

RODRÍGUEZ RUIZ, R., “La modificación de medidas definitivas en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, en la web ICAHuelva, *Artículos Doctrinales ICAHuelva*, 15-01-2018, p. 1. Disponible en: <https://www.icahuelva.es>.

ROMERA ANTÓN, C., “Justicia Restaurativa; Modelo de Mediación en el ámbito penal, encaje en el procedimiento tradicional y relación de los distintos operadores jurídicos con el proceso de mediación”. Disponible en: <https://www.fiscal.es>

ROMERO GONZÁLEZ, R., “Algunos problemas en torno a la guarda y custodia de los menores...”, año 2009. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2ª edición, Ed. Dykinson, Madrid 2007.

SÁEZ R., SÁEZ C. RÍOS J. OLAVARRÍA T, FÁBREGA C., GALLEGOS C., PANTOJA F., “La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva”, Grupo de Investigación Noviembre de 2010, CGPJ. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

SALES PALLARÉS L, y MARULLO C., *Una trilogía inacabada: menores, violencia de género y secuestro interparental*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XIX-XX, 2019, 2020.

SANTANA PÁEZ, E., Curso virtual “El juez en el espacio judicial europeo”, Juez y Derecho de Familia en la UE. Bruselas II bis: Reglamento 2201/2003 competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y responsabilidad parental. Protección de menores: Convenios de la Haya; La Red Internacional de Jueces de La Conferencia de la Haya. Red Europea de Formación Judicial (REFJ), Ed. 2011. Disponible en: <https://www5.poderjudicial.es/cvcc11-12/CVCC12-06-ES.pdf>

SANTANA PÁEZ, E. “El Coordinador de Parentalidad designado por el Juez en una resolución para un supuesto familiar concreto: ¿Qué beneficios aporta a las partes, al proceso y a los operadores jurídicos? ¿Con qué dificultades y obstáculos se

encuentra?”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/82860, Ed. Jurídica Sepín, noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.sepin.es/violencia-domestica/>

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., El papel del juez en la mediación civil y penal”. Conferencia sobre “Mediación”, impartida en las “Jornadas de Mediación CGPJ/Abogacía Española”, celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de octubre 2017. Disponible en Ponencias de las jornadas: <https://www.icava.org>

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J, PORRES GARCÍA I., Y SÁNCHEZ RECIO, M., “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito” en *Revista de Victimología | JOURNAL OF VICTIMOLOGY Online* Disponible en: <https://www.revistadevictimologia.com>

TERRATS RUIZ, G. y CARMONA i ALGUERÓ A., “Características del rol del coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones”, en *Revista de Mediación*, año 2019. Disponible en: <https://www.revistademediacion.com>

TOLEDO LARREA, J.A., *Mecanismos del Derecho internacional privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica usuarias de los recursos integrados de acogida y protección*. Ed. Universidad de Córdoba, Córdoba 2015.

TORRES ROSSELL, N., “¿Era necesario y útil el nuevo procedimiento en derecho de familia?”, en *Diario La Ley*, Nº 9656, Sección plan de Choque de la justicia, Ed. Wolters Kluwer, de 18 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.diariolaley.es>

URRAZA ABAD, J., “Infracciones penales derivadas de crisis familiares: preguntas más relevantes”, en *Revista Jurídica Sepín, Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/8333, Ed. Jurídica Sepín, febrero de 2019. Disponible en: <https://www.sepin.es/home/>

UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “Problemas prácticos: La determinación del sistema de guarda y custodia más respetuoso con el interés del menor (La corresponsabilidad parental), fijación de una pensión de alimentos adecuada, la protección del interés de las personas con discapacidad inmersas en estos procedimientos”, Ponencia en el curso, “Procesos matrimoniales. Resoluciones sobre guarda y custodia”, celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos en Madrid, los días 19 y 20 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.fiscal.es>

UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “Procesos matrimoniales. Resoluciones sobre guarda y custodia. Criterios de determinación de la pensión alimenticia para los hijos menores. Pericial Psicosocial. Maternidad subrogada”. Criterios del Tribunal Supremo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “Problemas prácticos: La determinación del sistema de guarda y custodia más respetuoso con el interés del menor (La corresponsabilidad parental), fijación de una pensión de alimentos adecuada, la protección del interés de las personas con discapacidad inmersas en estos procedimientos”. Ponencia, en el

curso “Los procesos matrimoniales. Resoluciones sobre guarda y custodia”, celebrada en el Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 19 y 20 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

VAQUERO LÓPEZ, C., “Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2018, Vol. 10, Nº 1. ISSN 1989-4570 – Disponible en: <https://www.uc3m.es/cdt> - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>

VAQUERO LÓPEZ, C., “Cuestiones prácticas sobre el sistema de Derecho internacional privado Europeo en materia de disolución del vínculo matrimonial, en *Diario La Ley*, Ed. Wolters Kluwer. Disponible en: <https://www.diariolaley.laley.es/>

VALL RIUS, A. Y GUILLAMAT RUBIO A., “Mediación y violencia de género una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal”, en *Revista de Mediación. ADR, Análisis y Resolución de conflictos* Nº 7. Disponible en: <https://www.revistademediacion.com>

VAN WESEMAEL L., “Guardian ad Litem” El puente entre el menor, el juez y los progenitores la experiencia en Holanda”. Boletín nº 7 / 2019, “*Comisión de violencia de género. Prevención de la violencia de género en las crisis de pareja. Coordinador/a de parentalidad*”. Disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es>

VENTURA FRANCH. A, *Derecho a la Protección Social de las Víctimas de la Violencia de Género. Estudio Sistemático del Título II de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género de Acuerdo con la Distribución Territorial del Estado*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

VELILLA, ANTOLÍN, N., *Así funciona la Justicia. Verdades y mentiras en la Justicia española*. Ed. Arpa&Alfil Editores SL. Barcelona, 2021

ZABALGO P., “La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU”. Disponible en: <https://www.palomazabalgo.com/patria-potestad-y-custodia/>

<p><i>Circulares. Guías especializadas, Protocolos y Conclusiones. Seminarios, Jornadas, Encuentros, Congresos y Cursos.</i></p>

CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

Disponibles en: <https://www.fiscal.es>

CIRCULAR Nº 1/1998, de la FGE, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

CIRCULAR N° 3/2003, de la FGE, de 18 de diciembre, sobre “Algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección”.

CIRCULAR N° 4/2005, de la FGE, de 18 de julio, relativa a los “Criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”.

CIRCULAR N° 6/2011, de la FGE, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

CIRCULAR N° 6/2015 de la FGE, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

CIRCULAR N° 9/2015, de la FGE, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

CIRCULAR N° 2/2021, de la FGE, de 30 de abril, sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil.

GUÍAS ESPECIALIZADAS, PROTOCOLOS Y CONCLUSIONES.

Guía Práctica de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Consejo General del Poder Judicial Marqués de la Ensenada, 8-28071 Madrid. El Grupo de Expertos/as está integrado por los/as magistrados/as, Almudena Nadal Siles, Gemma Gallego Sánchez, José María Gómez Villora, Vicente Magro Servet, María Tardón Olmos, M^a José Barbarín, Carmen Zabalegui, Ricardo Rodríguez Ruiz y Miguel Lorente, presidido por M^a Ángeles Carmona Vergara y siendo Vocal del Observatorio, Carmen Llombart. Revisión y reedición, octubre de 2016. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

Guía de buenas prácticas sobre el acceso y la tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia a la luz de la Convención de la ONU y el Convenio de Brasilia” CGPJ. Directores: Pío Aguirre Zamorano, y Manuel Torres Vela. Coordinación Rocío Pérez-Puig González. Depósito Legal: M-10.489-2011 Ed. Lual Ediciones, S. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-discapacidad/Documentos-de-interes/Guias->

Guía para la práctica de la mediación judicial intrafamiliar de 7 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

Protocolo para la Implantación de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica. CGPJ, de 3 de junio de 2004. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica. Disponible en: <https://www.violenciagenero.igualdad.gob.es/>

Conclusiones disponibles en: <https://www.fiscal.es>

Conclusiones del X Seminario, celebrado en la FGE, Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2014.

Conclusiones del XII Seminario, celebrado en la FGE, Madrid, los días 7 y 8 de noviembre de 2016. Conclusiones del XIII Seminario, celebrado en la FGE, Madrid los días 23 y 24 de octubre de 2017.

Conclusiones del XIV Seminario, celebrado en Segovia, los días 13 y 14 de noviembre de 2018.

Conclusiones del XV Seminario, celebrado en Ciudad Real, los días 7 y 8 de octubre de 2019

SEMINARIOS, JORNADAS, ENCUENTROS, CONGRESOS Y CURSOS.

Seminarios de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer.
Disponibles en: <https://www.fiscal.es>

Seminario sobre instrumentos auxiliares del derecho de familia. Organizado por el CGPJ, celebrado en Madrid del 17 al 19 de febrero de 2010. Disponible en: [https://www.icab.cat/files/242-212696-DOCUMENTO/seminario sobre instrumentos](https://www.icab.cat/files/242-212696-DOCUMENTO/seminario%20sobre%20instrumentos)

Seminarios-Talleres de la Asociación de Mujeres Juristas Themis, “Custodia Compartida”, Las Navas del Marqués, Ávila, 27 y 28 de noviembre de 2015.

Jornadas de Unificación de criterios en materia de violencia género, celebradas en Madrid, del 4 al 6 de octubre de 2017, CGP. Organizadas por el Observatorio contra la Violencia de Género. Formación continúa en violencia de género del CGPJ. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es>

Encuentro con la Abogacía especializada en Derecho de Familia y Gabinetes técnicos de psicología jurídica del menor y forense. Organizado por el CGPJ, dentro del Plan Estatal de Formación 2017, (EN17096) celebrado en Madrid del 9 al 11 de octubre de 2017. Disponible en <https://www.poderjudicial.es>

Encuentro sobre prevención de la violencia de género en las crisis de pareja, coordinador/a de parentalidad. Organizado por Juezas y Jueces para la democracia y UNAF, celebrado en Madrid, 12 de noviembre de 2018.

6º Encuentro Profesional de Coordinadores Parentales. “La judicatura apuesta por la coordinación de parentalidad”, webinar organizado por GEMME, celebrado el 12-12-2020. Disponible en: [https:// www.mediacionesjusticia.com/cronica-parentalidad](https://www.mediacionesjusticia.com/cronica-parentalidad).

II Congreso Altántico Tricontinental de Mediación. Mediación y convivencia: sí y más. Organizado por GEMME, y la Universidad de La Laguna, celebrado en Las Palmas de Gran Canaria, del 25 al 27 de octubre de 2018.

Disponible en: <https://www.mediacionesjusticia.com/2018/02/27/ii-edicion-del-congreso-atlantico-tricontinental-de-mediacion/>

IV Simposio Tribunales y Mediación. Congreso Intercontinental “Pulso al impulso de la Mediación en el nuevo escenario post pandemia”. Celebrado on line, del 21 al 25 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.mediacionesjusticia.com/simposio@mediacionesjusticia.com>

Congreso Internacional de Justicia Restaurativa una justicia para las víctimas, Universidad Carlos III, celebrado en Getafe, los días 20 y 21 de septiembre de 2018. Conferencia impartida el día 20-09-18, por Francisco Javier Gorjón Gómez, profesor de la Universidad autónoma de Nuevo León, Méjico.

I Congreso de la Infancia y Adolescencia, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la Plataforma Derecho & Familia, y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, celebrado en Madrid, los días 25 y 26 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.web.icam.es/I-congreso-de-la-infancia-y-adolescencia>.

Curso de Formación Continua en materia de Violencia de Género, del CGPJ celebrado en Madrid los días 5 y 6 de octubre 2017. “Cuestiones a debatir en las Jornadas sobre unificación de criterios en materia de violencia sobre la mujer”. Disponible en: <https://www.prontuario.org>

Páginas Web consultadas.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 24 de septiembre de 2004 Núm. 2-4 Disponible en: <https://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Pop>

Documento Marco de Mínimos para asegurar la calidad de los puntos de encuentro familiar”, elaborado por acuerdo de Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias, de 13-11-2008. Disponible en: <https://www.reicaz.org/agrupol/sfamilia/minimpef.pdf>

“A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Year of publication: 2018 en www.hcch.net”. (Traducción: Análisis estadístico de las aplicaciones hechas en 2015 bajo la Convención de la Haya de 25-10-1980, sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores. Año de publicación, 2018 Disponible en: <https://www.hcch.net>).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

Disponibles en: <https://www.poderjudicial.es>

Estadística Judicial, Boletín nº 43 del CGPJ.

Estadística del CGPJ. Datos sobre Violencia sobre la mujer.

Protocolos de evaluación. La Mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva. Grupo de Investigación Noviembre de 2010 Consejo General del Poder Judicial.

Normas de reparto de asuntos civiles de la Comunicad de Madrid. Clases de reparto de los juzgados de familia de Madrid.

Justicia restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)

Recopilación de criterios de de la Sala I en recursos por interés casacional y en procedimientos de tutela civil y derechos fundamentales.

PORTAL EUROPEO DE e-Justicia/ NORMAS EUROPEAS.

Disponibles en:

https://ejustice.europa.eu/content_law_apllicalbe_to_divorce_and_legal_separation-356-es.do

https://ejustice.europa.eu/content_law_apllicalbe_to_divorce_and_legal_separation-356-es.do?member=1

<https://eurlex.europa.eu/legaconten/ES/TXT/?qid=1564827173053&uei=LEGISSUM:4353120>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/uri=LEGISSUM:122194>

https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-es.do?member=1

Informe del Parlamento Europeo de 15-01-2021. Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Disponible en: <https://www.Europarl.europa.eu>

PORTAL WEB DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID.

Disponibles en:

<https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Infancia-y-familia/Puntos-de-Encuentro-Familiar-PEF->

<https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/InfanciayFamilia/EntidadesyOrganismos/Puntos%20Encuentro%20Familiar/ficheros/FolletoPEF>

OTROS SITIOS WEB CONSULTADOS.

Documental "Que es la mediación". Entrevista a Lourdes Astarey, realizado por David Peñaranda, Giovana Reyna y Ángela Jaramillo. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?time_continue=14&v=mVvO9qpDoRo

Mediación Penal: Marco conceptual y referentes. Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales de mejora y fortalecimiento de la mediación penal. Eurosocial Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), julio de 2013. Disponible en: <https://www.eurosocial-II.edu> www.comjib.org

Manual de Programas de Justicia Restaurativa. Serie de Manuales sobre Justicia Penal. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Oficina de las Naciones Unidas". Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York 2006. Disponible en: <https://www.unodc.org>

Manual de Legislación de la ONU sobre violencia contra la mujer. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División para el Adelanto de la Mujer" del año 2010. Disponible en: <https://www.un.org>

PEF: Documento Marco de Mínimos para asegurar la calidad de los puntos de encuentro familiar", elaborado por acuerdo de Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias, de fecha 13-11-2008 Disponible en: <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/minimpef.pdf>

Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Disponible en: <https://www.violenciagenero.igualdad.gob.e>

GEMME.

GEMME España. Anteproyecto de ley de Impulso a la Mediación. Propuestas de Gemme España. Disponible en: <https://www.mediacionesjusticia.compresidencia@mediacionesjusticia.com>.

Justicia Restaurativa y violencia de género: posibilidad, error o acierto. Disponible en: <https://www.justiciarestaurativa.es/>

Justicia Restaurativa en violencia de género si, mediación no. Disponible en: <https://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es/2018/04/justicia-restaurativa-en-violencia-de.html>

GEMME España. Aportes de GEMME España al Anteproyecto de Ley Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Disponible en: <https://www.mediacionesjusticia.com/category/reflexiones>