

LA ORDEN DE PROTECCIÓN A MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA MACHISTA: REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDA QUE INCORPORA

THE PROTECTION ORDER FOR CHILD VICTIMS OF GENDER-BASED VIOLENCE: REGULATED SAFEGUARD MEASURES AND THEIR IMPLEMENTATION

Cristina Font Fernández¹ , Carolina Villacampa Estiarte¹ , Claudia Torres Ferrer¹
¹ Universitat de Lleida, España

Recibido: 02/12/2021; Aceptado: 30/05/2022

Resumen

Las personas menores han sido las grandes olvidadas en la regulación e imposición de medidas de protección a mujeres víctimas de violencia machista en el ámbito doméstico. Este estudio realiza un análisis jurisprudencial para conocer en qué sentido resolvieron las Audiencias Provinciales catalanas los recursos de apelación contra decisiones sobre órdenes de protección incorporando medidas dirigidas a la salvaguarda de menores durante el año 2019. El análisis desvela posibles vulneraciones de sus derechos, tanto por su condición de víctimas de violencia machista como por su condición de niñas y niños. Partiendo de ahí, se proponen cambios para aumentar la efectividad de dichas medidas, dotándolas de una orientación que propicie la integridad tanto física como psicológica de las y los menores, alejándoles de la violencia y de sus perpetradores.

Palabras clave: orden de protección; menores; violencia machista; medidas civiles; violencia de género.

Abstract

Children have been the forgotten ones in the implementation of protective measures for victims of male domestic violence so far. This study carries out a case law analysis to find out how Catalan second instance courts decided on issues concerning protective orders directed to minors throughout the year 2019. The analysis shows potential violations of their rights, both as victims of male violence and as minors. Thus, proposals are introduced in order to improve the effectivity of such measures, giving them an orientation based on favouring the kids mental and physical integrity by keeping them away from violence and its perpetrators.



SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.
3. RESULTADOS.
 - 3.1. Resultados de tipo cuantitativo.
 - 3.1.1. *Indicadores sobre el procedimiento y la decisión de la Audiencia Provincial.*
 - 3.1.2. *Las medidas penales y civiles adoptadas.*
 - 3.2. Resultados de tipo cualitativo.
 - 3.2.1. *Autos en los que no se llega a resolver sobre la OP total o parcialmente.*
 - 3.2.2. *El interés superior del menor frente a principios específicos del procedimiento penal: presunción de inocencia y última ratio.*
 - 3.2.3. *Valoración de los requisitos de otorgamiento de la OP: fumus commissi delicti.*
 - 3.2.4. *Valoración de los requisitos de otorgamiento de la OP: periculum in damnum.*
4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.
5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION.
2. OBJECTIVES AND METHODOLOGY.
3. RESULTS.
 - 3.1. Quantitative results.
 - 3.1.1. *Indicators on the procedure and the decision of the Provincial Court.*
 - 3.1.2. *The criminal and civil measures adopted.*
 - 3.2. Qualitative results.
 - 3.2.1. *Court orders which do not reach a decision on the Protection Order in whole or in part.*
 - 3.2.2. *The best interest of the child versus the criminal procedure's specific principles: presumption of innocence and last ratio.*
 - 3.2.3. *Assessment of the requirements for granting the PO: fumus commissi delicti.*
 - 3.2.4. *Assessment of the requirements for granting the PO: periculum in damnum.*
4. CONCLUSIONS AND PROPOSALS.
5. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

La violencia familiar o doméstica aparece cuando, a raíz de una situación de violencia machista en el ámbito de la pareja, la mujer es agredida y alienada de su entorno junto a los miembros vulnerables de la familia, principalmente menores, pero también personas mayores, dependientes y/o incapaces¹. En este proceso, las niñas y los niños pasan a ser víctimas de la violencia ejercida sobre sus madres, puesto que esta es ejercida de rebote sobre ellas y ellos².

Atendiendo a la gravedad de los daños psicológicos que supone para los infantes la exposición a la violencia machista dirigida a sus madres³, organismos como la ONU⁴ o el Consejo de Europa⁵ instan a que se les considere víctimas de esta violencia a todos los efectos, puesto que les perjudica de forma personal y directa aunque las agresiones no vayan dirigidas a ellos/as. En España, sin embargo, no se concedieron la totalidad de los derechos de las víctimas a los y las menores expuestos a violencia machista en el ámbito doméstico hasta la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, LEVD) y la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia⁶. Desde ese momento, no es necesario acreditar la concurrencia de maltratos físicos y/o habituales contra los y las menores para que se les considere víctimas, debiendo ser escuchados en aras de determinar su interés y protegerlos con primacía.

De conformidad con la regulación actual, la protección a la infancia frente a la violencia machista en el ámbito familiar se da, generalmente, a través de medidas de naturaleza civil. Aun así, el proceso se lleva a cabo ante órganos penales y, en algunas ocasiones, se introducirán también medidas penales, aunque no sea lo más habitual. Recordemos que, a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, son los Juzgados de Violencia contra la Mujer (en adelante, JVM) los competentes para la instrucción y procesamiento de los delitos de violencia machista, inclusive las decisiones sobre medidas preventivas y de protección. Así pues, serán estos, o los Juzgados de Guardia en su defecto, los que se encargarán de adoptar dichas medidas.

El principal instrumento utilizado en estos casos es la orden de protección a las víctimas de violencia doméstica (en adelante, OP), introducida en la LECrim en virtud de la Ley 27/2003, de 31 de julio. Las medidas que pueden integrar la OP son de carácter civil, penal y, en determinados casos, incluso social y asistencial, siendo su finalidad la de proteger a las víctimas de represalias y nuevas agresiones y facilitar la ratificación de la denuncia. El apartado 7 del artículo 544 ter LECrim establece un listado abierto de estas medidas, donde

¹ Maqueda Abreu, M.L. (2006). La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 8, nº2, pp. 1-13.

² Gómez Fernández, I. (2018). Hijas e hijos víctimas de la violencia de género. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8. pp. 4 y ss.

³ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género (2015). *Las víctimas invisibles de la violencia de género*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/Las_victimas_invisibles_de_la_violencia_de_genero.pdf; Holden, G.W. (2003). Children Exposed to Domestic Violence and Child Abuse: Terminology and Taxonomy. *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6(3), pp. 151-160; Patró, R. y Limiñana, R.M. (2005). Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas. *Anales de psicología*, vol. 21, nº 1, pp. 11-17.

⁴ Comité de los Derechos del Niño de la ONU. Observación general nº 13 (2011) sobre el derecho de los niños y las niñas a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13).

⁵ Consejo de Europa. Resolución 1714 (2010).

⁶ Múrtula Lafuente, V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Madrid: Dykinson, pp. 23-31.

encontramos la atribución del uso de la vivienda familiar y el establecimiento de los regímenes de guarda y custodia, de visitas, de comunicación y estancia y la atribución de prestaciones alimentarias. Otras posibles medidas son la prohibición de salida del territorio nacional, de expedición de pasaporte o la exigencia de autorización judicial previa para realizar cualquier cambio de domicilio del o de la menor.

Las medidas que integra la OP tienen un límite temporal de 30 días, prorrogables por el Juzgado instructor. Sin perjuicio de lo anterior, la realidad es que suelen trascender el mes de vigencia, ya que suelen verse prorrogadas hasta la fecha de celebración del juicio ante el JVM, que suele fijarse más allá de un mes después. En ocasiones, incluso se acabarán decretando las medidas establecidas como definitivas en el procedimiento de separación o divorcio, ya que las partes pueden solicitar que las medidas temporales relativas a las y los menores devengan definitivas. Si el Juzgado en cuestión no llega a resolver explícitamente sobre las mismas, se entienden prorrogadas automáticamente por aplicación supletoria del artículo 772 LEC⁷. Es por ese motivo que resulta indispensable realizar una valoración adecuada del riesgo al que están expuestas las y los menores como víctimas directas de la violencia machista, con el fin de brindarles una protección adecuada desde el primer momento, al decidir sobre la OP, cumpliendo así con el principio de primacía de sus intereses.

Desafortunadamente, a menudo los poderes públicos no actúan de conformidad con esta máxima, priorizando los derechos del acusado frente los del niño, cuya voluntad muchas veces no será escuchada o resultará insuficientemente valorada, como se verá en posteriores líneas. Aunque la tendencia haya empezado a cambiar, hasta hace poco los tribunales penales venían aplicando una regla no escrita según la cual se mantenía el contacto entre agresores e hijos/as después de una denuncia por violencia machista, siempre y cuando los/las menores no hubieran sido agredidos/as directamente y ello con independencia de que se negaran a mantener la relación con el progenitor⁸. Eso se acordaba debido a que, en el momento de adoptar una medida cautelar, los tribunales suelen considerar que es necesario acreditar una situación de peligro grave para la integridad de los/as hijos/as. Extraer una conclusión de tal calibre cuando el o la menor no ha sido objeto de agresiones suele resultar incompatible con la inmediatez de la OP⁹, especialmente si no se cumple con el derecho del niño a ser escuchado. Obrando así, los órganos penales dan prevalencia a facultades derivadas de la autoridad parental, los mal llamados “derechos parentales”, que tienen naturaleza de derecho-deber¹⁰, por delante de los intereses y derecho de la infancia, infringiendo el principio de primacía de esta última. Recientemente, los tribunales están optando por una solución intermedia: el establecimiento de visitas tuteladas en Puntos de Encuentro. Si bien esta solución garantiza la integridad física de los y las menores, la salvaguarda de su bienestar psicológico puede verse igualmente afectada por este tipo de visitas.

Junto con la aplicación judicial de la referida regla tácita, otro aspecto de carácter estratégico-procesal que puede suponer un obstáculo para la efectiva protección de la infancia tiene que ver con el hecho de que, en muchas ocasiones, la representación de la víctima

⁷ Múrtula Lafuente, V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. op. cit. pp. 58-67.

⁸ Gómez Fernández, I. (2018). *Hijas e hijos víctimas de la violencia de género*, op. cit., p. 26

⁹ Peral López, M.C. (2019). *La práctica judicial en los delitos de malos tratos. Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas* [Tesis doctoral]. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/pdfs/Tesis_7_Practica_Judicial_Delitos_Malos_Tratos.pdf

¹⁰ Peral López, M.C. (2019). *La práctica judicial en los delitos de malos tratos. Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*. op. cit., p. 210

propone no solicitar la suspensión del régimen de visitas a los hijos e hijas debido a la valoración negativa de estas solicitudes por parte de los Juzgados¹¹. Resulta también perjudicial la deficiente tarea que realizan en la práctica algunos equipos psicosociales de los JVM, puesto que pocas veces entran a valorar la situación de violencia que puede estar sufriendo el o la menor y, menos aún, recomiendan la suspensión o limitación del régimen de visitas con el padre agresor¹². Estos hechos dificultan que se solicite la suspensión de los regímenes de visitas con padres violentos y, en caso de que se realice, obstaculiza su éxito, mientras que favorece el establecimiento de visitas tuteladas en Punto de Encuentro.

2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Dado que las OP se dictan por parte de órganos jurisdiccionales de naturaleza penal, responden a la actual política legislativa que lleva al necesario recurso al orden jurisdiccional penal para proteger a las víctimas de violencia familiar. Hasta el momento se ha prestado más atención a la aplicabilidad de las medidas de tipo penal o de cualquier naturaleza jurídica integradas en la OP respecto de la madre. No obstante, aún no se había analizado en qué términos los órganos jurisdiccionales de segunda instancia abordan la implementación de medidas de naturaleza civil en situaciones de violencia machista donde intervienen menores. Teniendo en cuenta dicho vacío, el objetivo principal de la investigación era conocer como están obrando las secciones penales de las Audiencias Provinciales catalanas en sus resoluciones de los recursos de apelación relacionados con la OP donde la seguridad y el bienestar de los y las menores está en juego. Para averiguarlo se analizarán los hechos, indicios, pruebas y principios que se están teniendo en cuenta para decidir si concurren los requisitos del artículo 544 ter LECrim y qué medidas conviene implantar para proteger a los menores, definiendo de forma general como se está llevando a cabo la acción correctora de las Audiencias Provinciales (en adelante, AP) respecto a la decisión sobre la OP tomada por el Juzgado a quo.

Debido a que los JVM no están obligados a remitir sus sentencias al CENDOJ, como sí lo están las Audiencias Provinciales, el análisis se basará en las resoluciones de estas últimas, recopilando una compilación de 40 autos de las provincias de Barcelona, Tarragona y Lleida que resuelven recursos de apelación recientes, del año 2019. En todos ellos se recurre la atribución o denegación de la OP por parte del JVM o los Juzgados de Guardia que incluyen medidas civiles relacionadas con menores de edad. El estudio se centra en Catalunya dado que, como se desarrollará más adelante, esta es la comunidad en la que se deniegan más OP a nivel estatal, mientras que la elección temporal se debe a que la investigación se lleva a cabo a lo largo del año 2020, por lo que la jurisprudencia de 2019 es la más reciente del momento.

Los datos obtenidos se analizarán a través de los métodos cuantitativo y cualitativo. Para llevar a cabo el primero de ellos, el análisis cuantitativo, una vez obtenida la relación de autos, se elaboraron dos tablas para la recogida de datos que pueden verse en el apartado de resultados. La primera de ellas contiene una serie de datos generales que sirven para caracterizar las resoluciones analizadas, permitiendo la comparación entre ellas. La segunda contiene información sobre el tipo de medidas adoptadas en cada uno de los autos. A partir de

¹¹ Cerrillos Valledor, A. (2012). *Práctica Judicial de la Violencia de Género en los Procesos de Familia* [Conferencia]. El Derecho ante la violencia machista contra las mujeres: avances y retos. Bilbao, 20-21 de septiembre de 2012. Disponible en: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/vcm_sensibilizacion_prevenccion/es_def/adjuntos/jornada.01.ponencia.Angela.Cerrillos.pdf

¹² Cerrillos Valledor, A. (2012). *Práctica Judicial de la Violencia de Género en los Procesos de Familia*, op. cit., p. 3

estas tablas se extrajo información estadística descriptiva resumiendo los resultados cuantitativos del estudio. Hay que tener en cuenta que trabajamos con una muestra reducida de datos recogidos a partir de resoluciones en segunda instancia, pues los autos de los JVM y de los Juzgados de Guardia no se publican. Este hecho dificulta la investigación y hace que hayamos de ser cautelosas al hacer generalizaciones, pues analizar únicamente autos de segunda instancia supone dejar de lado muchos casos en que las víctimas no elevan la pretensión por falta de recursos materiales y/o de información sobre las posibilidades de seguir con el procedimiento o por falta de predisposición psicológica, entre otros. Además, gran parte de los hechos establecidos y de los razonamientos esgrimidos en primera instancia se pierden al ser abreviados durante la redacción de los autos en segunda instancia. Aun así, los datos extraídos nos permiten dar una idea general sobre la deriva que toman las decisiones de las Audiencias al decidir sobre la OP.

Por otro lado, la parte cualitativa de la investigación se llevó a cabo a través de la metodología del análisis temático¹³, siguiendo las fases que lo componen, es decir, la familiarización con los datos, la generación de códigos iniciales, la búsqueda y revisión de los temas y la definición y asignación de nombres a cada uno de ellos¹⁴.

Finalmente, cabe resaltar que al momento de redacción de esta publicación aún no se encontraba vigente la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Esta norma, la aprobación de la cual celebramos, modificó el apartado séptimo del art. 544 ter LECrim, relativo a las medidas civiles que puede integrar la OP, añadiendo el imperativo de suspender las visitas y comunicaciones en caso de que se dicte una OP con medidas penales y haya indicios fundados de que los menores hayan presenciado, sufrido o convivido con la violencia. Así las cosas, es posible que en caso de repetir el presente análisis con jurisprudencia posterior a dicha ley se obtuvieran resultados distintos.

3. RESULTADOS

3.1. Resultados de tipo cuantitativo

3.1.1. Indicadores sobre el procedimiento y la decisión de la Audiencia Provincial

Con el fin de llevar de cabo un análisis cuantitativo que pudiera resultar útil para entender el funcionamiento de las Audiencias Provinciales catalanas al resolver OP que afecten a menores, la [tabla 1](#) extrae indicadores que reflejan el papel que asumen los distintos agentes involucrados en una solicitud de OP que concierne a menores de edad. Estos indicadores se agrupan en tres secciones, representativas de tres momentos procesales distintos. En primer lugar, encontramos los hechos denunciados, donde se explicita el tipo de violencia en el que se enmarcarían, es decir, violencia física, psicológica o sexual, y el sujeto pasivo de las agresiones. En segundo lugar, dentro de la fase de instrucción, se indica si se han adoptado o denegado las medidas de la OP respecto a la madre y los/las menores, qué parte ha recurrido la decisión y

¹³ Guest, G., Mcqueen, K.M. y Namey, E.E. (2012). *Applied Thematic Analysis*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: Sage Publications.

¹⁴ Braun, V. y Clarke, V. Using Thematic analysis in Psychology. *Qualitative Research in Psychology*, 3 (2), pp. 77-101.

cual se ha opuesto al recurso. Finalmente, en la fase de apelación, indicamos el género con el que se identifica el o la ponente, el género mayoritario de la sala, la provincia a la que pertenece la Audiencia, en cuantos párrafos de extensión se ha desarrollado el razonamiento y el resultado de este. Estos puntos se comentarán posteriormente, en los epígrafes 3.1.1. a 3.1.3.

Tabla 1. Indicadores del funcionamiento de las Audiencias Provinciales al resolver OP relativas a menores

Núm. Rec.	Hechos		Fase de instrucción				Fase de apelación				
	Tipo de violencia*	Sujeto pasivo	OP a madre	OP a menor/es	Recurrente	Oposición al recurso	Género ponencia	Mayoría género en sala	Provincia	Párrafos extensión razona	Resultado
245/2019			Deniega	Adopta	Padre	MF	M	M	Barcelona	4 a 7	Deses.
463/2019	VF	Menor		Deniega	Madre		M	M	Barcelona	4 a 7	Deses.
65/2019			Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	M	F	Barcelona	1 a 3	Estima
470/2019	VP	Madre y menores	Adopta	Deniega	Madre y pare	MF a ambos y madre al del padre	F	F	Barcelona	8 o +	Deses.
266/2019	VF y VP	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	F	Barcelona	4 a 7	Deses.
276/2019	VF y VP	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	F	Barcelona	1 a 3	Estima
204/2019	VS	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF	M	M	Barcelona	4 a 7	Estima
436/2019	No V - abandono familia	Menor	presunta agresora	Adopta	Madre*		F	F	Barcelona	1 a 3	Estima
140/2019	VF	Menores		Deniega	Madre	MF	M	M	Barcelona	4 a 7	Deses.
258/2019	VP	Madre y menor	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	M	M	Barcelona	4 a 7	Deses.
322/2019	VF, VS y VP	Madre y menores	Adopta	Adopta	Padre		F	M	Barcelona	1 a 3	Deses.
784/2019	VF	Madre	Adopta	Adopta	Padre		F	F	Barcelona	4 a 7	Deses.
450/2019	VF y VP	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	F	Barcelona	1 a 3	Deses.
454/2019	VF	Madre	Adopta	Adopta	Padre y MF		F	F	Barcelona	1 a 3	Deses.
460/2019	VP	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	F	Barcelona	1 a 3	Estima
417/2019	VF y VP	Madre	Adopta	Deniega	Madre	MF	F	F	Barcelona	4 a 7	Est. ½
168/2019	VF	Madre y menores	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	M	M	Barcelona	4 a 7	Deses.
208/2019	VF	Madre y menores	Deniega	Deniega	Madre y MF	Padre	M	M	Barcelona	8 o +	Deses.
977/2019	VP	Madre y menores	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	F	Barcelona	8 o +	Deses.
876/2019	VS	Menor		Adopta	Padre		M	M	Barcelona	4 a 7	Est. ½

Núm. Rec.	Hechos		Fase de instrucción				Fase de apelación				
	Tipo de violencia*	Sujeto pasivo	OP a madre	OP a menor/es	Recurrente	Oposición al recurso	Género ponencia	Mayoría género en sala	Provincia	Párrafos extensión razona	Resultado
838/2019	VF y VP	Madre y abuela	Adopta		Padre	MF y madre	F	F	Barcelona	8 o +	Deses.
270/2019	VF y VP	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	M	M	Barcelona	4 a 7	Deses.
436/2019	VF	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	F	Barcelona	1 a 3	Deses.
1024/2019	VF	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	F	Barcelona	4 a 7	Deses.
1004/2019	VP	Madre	Deniega	Deniega	Madre		F	F	Barcelona	1 a 3	Deses.
1027/2019	VP	Abuela y menor	Adopta	Adopta	Padre	MF	M	F	Barcelona	4 a 7	Deses.
769/2019	VF y VP	Menor		Adopta	Padre		M	F	Barcelona	4 a 7	Deses.
1148/2019	VF y VP	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	M	M	Barcelona	4 a 7	Deses.
1224/2019	VF	Madre	Adopta	Adopta	Padre		F	F	Barcelona	4 a 7	Deses.
556/2019			Adopta	Adopta	Padre	MF	F	F	Barcelona	4 a 7	Deses.
326/2019	VF y VP	Menor	presunta agresora	Adopta	Madre	MF y padre	M	F	Lleida	8 o +	Deses.
408/2019	VF y VP	Menor	presunta agresora	Adopta	Madre	MF y padre	M	F	Lleida	8 o +	Deses.
462/2019	VF y VP	Madre y menor	Adopta	Adopta	Madre y padre	MF, madre y padre	F	F	Lleida	8 o +	Deses.
535/2019	VF y VP	Madre y menor	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	F	Lleida	8 o +	Estima
554/2019	VF y VP	Madre y menor	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	M	Tarragona	8 o +	Deses.
546/2019	VF y VP	Madre y menor	Deniega	Deniega	Madre	MF y padre	F	M	Tarragona	8 o +	Deses.
636/2019	VF y VP	Madre y menor	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	M	Barcelona	4 a 7	Deses.
1320/2019	VF	Menor	Deniega	Deniega	Madre	MF	F	M	Barcelona	4 a 7	Deses.
1126/2019	VF	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF y madre	F	F	Barcelona	4 a 7	Deses.
1111/2019	VF y VP	Madre	Adopta	Adopta	Padre	MF	F	F	Barcelona	4 a 7	Deses.

* Tipo de violencia presunta: VP = Violencia Psicológica, VF = Violencia Física, VS = Violencia Sexual

Los resultados cuantitativos aquí resumidos nos muestran, primeramente, cual fue el tipo de violencia denunciada. Es importante mencionar que, aunque en algunos casos se denuncie tan solo una modalidad, es muy posible que la realidad material sea otra. Como es sabido, los insultos, las amenazas, el acoso, etc. configuran el primer peldaño en la escalada de la violencia. Por esa razón, aunque no hayan sido denunciadas, no podemos descartar que agresiones como estas se hayan dado en la generalidad de los casos, aunque únicamente

conste violencia física, que es la modalidad más denunciada. La sigue de cerca la violencia psicológica y, finalmente, la violencia sexual, que se denuncia muy poco, pues únicamente se identificó en 3 resoluciones. Creemos que este hecho podría venir motivado por diversos factores como la falta de concienciación sobre la importancia del consentimiento sexual dentro de las relaciones estables de pareja, la vergüenza por haber sufrido este tipo de agresiones, el sentimiento de culpabilidad en caso de que la víctima haya sido un miembro vulnerable de la familia o la consideración de los hechos como pertenecientes a la esfera estrictamente íntima y privada de la pareja.

El sujeto pasivo de la mayoría de las agresiones había sido la madre, en 28 de los casos, seguida de cerca por los menores a su cargo, en 20 de ellos. Se observó también en un par de ocasiones como la abuela también había sido víctima de violencia en su posición de persona vulnerable y/o dependiente de la mujer agredida, y como tan solo en 8 ocasiones se denunciaron agresiones dirigidas a menores.

En todas las Audiencias Provinciales estudiadas se detectó un porcentaje de desestimación de los recursos muy alto, alrededor del 80%. Estas decisiones vienen apoyadas por el Ministerio Fiscal (en adelante, MF), que se opuso a la totalidad de los recursos, tanto si habían sido interpuestos por la defensa como por la acusación, con una única excepción en la que había sido instado por esta última. Teniendo en cuenta que la mayoría de los recursos analizados fueron interpuestos por el agresor, es lógico que el MF únicamente sea parte recurrente en 2 de ellos y que, en cambio, se oponga a la mayoría de apelaciones, puesto que la figura del MF debe preservar el interés público y, en especial, el de los menores. Aun así, y teniendo en cuenta que se detecta una postura casi permanente de oposición a los recursos, también podría entenderse que lo que se pretende desde Fiscalía es desincentivar la apelación en los procedimientos por OP. Por otro lado, únicamente recurrió dos resoluciones, una juntamente con la madre y la otra juntamente con el padre. Tratándose de supuestos de violencia machista con menores involucrados/as, consideramos que Fiscalía debería de mantener una marcada posición de defensa de los intereses de la infancia que, desafortunadamente, no hemos detectado.

Observamos también como en el 75% de los autos la parte recurrente había sido la defensa, es decir, que en la mayoría de procedimientos que llegan a segunda instancia la OP ha sido otorgada por el JVM o por el Juzgado de Guardia. En contraposición al elevado porcentaje de denegación de OP en Cataluña en 2019¹⁵, resultaba un dato sorprendente, pues aquel año se denegaron un 73,9% de solicitudes y, aun así, nuestro análisis identificaba un 75% de recursos interpuestos por el acusado, mostrándose disconforme con otorgamientos de la OP. Parece ser que los acusados son los más proclives a interponer un recurso de apelación si no están de acuerdo con la OP acordada contra ellos, pues solo en 12 de los 40 casos han sido las víctimas las recurrentes. Este dato no sorprende demasiado teniendo en cuenta la situación de excepcional vulnerabilidad psicológica, económica y social en la que suelen hallarse las víctimas de violencia machista. Esta situación no solo dificulta la predisposición de tirar adelante con la denuncia, sino también la voluntad de recurrir en segunda instancia las decisiones tomadas sobre la base de esta.

¹⁵ Bodelón, E., Barcons, M., Ortiz, L., Pisonero, A., Murillo, E. y Naredo, M. (2019). *Anàlisi jurídica de les ordres de protecció a Catalunya des d'una perspectiva de gènere*. Observatori Català de la Justícia en Violència Masclista. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/pub/infpro/2019/219734/proteccioCatalunya.pdf>

3.1.2. Las medidas penales y civiles adoptadas

En la [tabla 2](#) resumimos las medidas de protección adoptadas para cada OP analizada, diferenciando entre medidas penales o civiles en primera o segunda instancia. Entre las medidas penales encontramos la orden de alejamiento y prohibición de comunicación con la mujer, la orden de alejamiento respecto a la o el menor y, separadamente en este caso, la prohibición de comunicación con el/la mismo/a menor. En relación con los menores hemos separado la orden de alejamiento de la prohibición de comunicación puesto que, en algunas ocasiones, únicamente se decretó orden de alejamiento físico, mientras que se seguía permitiendo la comunicación telemática. En relación con las medidas civiles, había la posibilidad de que se suspendiera la patria potestad del padre, que se otorgara la custodia exclusiva a la madre y que se modificara el régimen de visitas con el padre no custodio. Así, el régimen de visitas establecido podía ser más o menos restrictivo, diferenciando entre visitas con pernocta, sin pernocta, supervisadas en Puntos de Encuentro o, directamente, suspendidas. Finalmente, también se incluye si se estableció la obligación de pagar una pensión de alimentos a cargo del padre no custodio y si se otorgó el uso de la vivienda familiar a la madre custodia.

Tabla 2. Medidas penales y civiles adoptadas a través de la OP

Instancia	M. Penales			Medidas Civiles							
	O. Alejamiento y P. comunicación: mare	Orden de alejamiento: menor/es	Prohibición de comunicación: menor/es	Suspensión Patria Potestad del padre	Guarda y custodia exclusiva madre	Régimen de visitas padre: con pernocta	Régimen de visitas padre: sin pernocta	Régimen de visitas padre: supervisadas	Régimen de visitas padre: suspensión	Pensión de alimentos a cargo del padre	Vivienda familiar para madre y menor/es
									X		
									X		
	X				X			X		X	
	X										
	X										
	X				X			X		X	X
	X				X			X		X	X
	X				X	X				X	X
	X			X			X			X	X
		X	X	X							

tancia	M. Penales			Medidas Civiles							
	O. Alejamiento y P. comunicación: mare	Orden de alejamiento: menor/es	Prohibición de comunicación: menor/es	Suspensión Patria Potestad del padre	Guarda y custodia exclusiva madre	Régimen de visitas padre: con pernocta	Régimen de visitas padre: sin pernocta	Régimen de visitas padre: supervisadas	Régimen de visitas padre: suspensión	Pensión de alimentos a cargo del padre	Vivienda familiar para madre y menor/es
	X	X	X		X			X	X	X	X
	X	X	X		X			X	X	X	X
	X										
	X										
	X				X		X			X	X
	X				X		X			X	X
	X				X	X				X	
	X				X	X				X	
	X				X			X		X	X
	X										
	X										
	X	X	X								
	X	X	X								
		X	X	X					X		
				X					X		
	X										
	X										
	X				X			X		X	X
	X				X			X		X	X
	X				X			X		X	X
	X				X			X		X	X

tancia	M. Penales			Medidas Civiles							
	O. Alejamiento y P. comunicación: mare	Orden de alejamiento: menor/es	Prohibición de comunicación: menor/es	Suspensión Patria Potestad del padre	Guarda y custodia exclusiva madre	Régimen de visitas padre: con pernocta	Régimen de visitas padre: sin pernocta	Régimen de visitas padre: supervisadas	Régimen de visitas padre: suspensión	Pensión de alimentos a cargo del padre	Vivienda familiar para madre y menor/es
	X				X				X	X	X
	X				X				X	X	X
	X										
	X										
	X										
	X										
	X						X			X	
	X						X			X	
	X				X				X		
	X				X				X		
		X									
		X									
		X						X			
		X						X			
	X	X	X								
	X	X	X								
	X	X	X								
	X				X	X				X	X
	X				X	X				X	X
	X				X	X				X	X
	X				X	X				X	X
	X				X	X				X	X

Instancia	M. Penales			Medidas Civiles							
	O. Alejamiento y P. comunicación: mare	Orden de alejamiento: menor/es	Prohibición de comunicación: menor/es	Suspensión Patria Potestad del padre	Guarda y custodia exclusiva madre	Régimen de visitas padre: con pernocta	Régimen de visitas padre: sin pernocta	Régimen de visitas padre: supervisadas	Régimen de visitas padre: suspensión	Pensión de alimentos a cargo del padre	Vivienda familiar para madre y menor/es
	X				X	X				X	X
	25	8	6	3	14	4	3	7	6	15	12
	20	5	3	1	11	3	2	5	6	11	9

* NC = No Constan

Analizando cuales habían sido las medidas adoptadas, dentro del ámbito penal detectábamos una enorme diferencia entre las medidas adoptadas respecto a la madre y aquellas decretadas a favor de los y las menores. Así, en un 83,3% de los autos en los que constaban las medidas tomadas, estas protegían penalmente a la madre en primera instancia, mientras que en relación con los menores este porcentaje se reducía al 26,7%. En llegar a la segunda instancia, el porcentaje decaía proporcionalmente, situándose en un 66,67% en el caso de las mujeres y en un 16,66% en el caso de las hijas y los hijos.

En relación con las medidas civiles, destacamos primero la falta de datos en este ámbito, pues nos encontramos con 18 autos en los que estas no se llegaron a concretar. Aun así, detectamos una mayoría de casos donde se otorgaba la guarda y custodia en exclusiva a la madre, concretamente del 63,64% en primera instancia y del 50% en segunda. Aunque no se trate de cifras nada desdeñables, es necesario recordar que estamos hablando de agresiones machistas ocurridas en hogares donde conviven menores y que, por tanto, estos generalmente habrán devenido víctimas directas por el hecho de haberla presenciado. Es por eso por lo que consideramos que este porcentaje podría e, incluso, debería ser más alto en caso de que se individualizara la situación de especial vulnerabilidad psicológica y emocional de los menores, separándola de la situación personal de su madre. En supuestos como estos, una custodia compartida seguramente dejaría a las y los menores alejados de la protección de su madre durante intervalos de tiempo mucho más amplios que con la custodia exclusiva, hecho que podría hacer peligrar su integridad. El establecimiento del régimen de visitas, por otro lado, ofrecía una protección suficientemente adecuada a la mayoría de niñas y niños que presuntamente habían vivido situaciones de violencia, pues los regímenes más frecuentemente establecidos fueron la suspensión total de las visitas y el establecimiento de visitas supervisadas en el Punto de Encuentro. No obstante, en 5 de los 22 casos en los que constaban las medidas acordadas, se permitían visitas con el padre sin supervisión, y en 3 de ellos se incluía pernocta. Si relacionamos el establecimiento del régimen de visitas con los y las menores con las órdenes de alejamiento y prohibición de comunicación respecto a la madre, veremos como pocas veces prima la seguridad de esta última. Durante una visita de las hijas e hijos con el padre agresor, este puede extraer información sobre la situación de la madre, sus relaciones, etc. para posteriormente vulnerar la orden de alejamiento y/o la prohibición de comunicación con ella, poniendo en riesgo su integridad. Aun así, tan solo en 3 de los casos analizados se suspendió el régimen de visitas estableciéndose una orden de alejamiento respecto a la madre, contribuyendo así a un cumplimiento efectivo de esta última.

Centrándonos ahora en las medidas económicas y materiales, en una amplia mayoría de casos se acordaban prestaciones alimenticias para los hijos e hijas, y lo mismo sucedía en el

caso de la atribución del uso de la vivienda familiar. Así, extraemos de este apartado que desde la judicatura se vela, generalmente, por las necesidades materiales vitales de las víctimas, tales como la vivienda y el sustento. Aun así, poniendo este dato en contraposición con el resto de medidas y con el porcentaje general de denegación de OP en Cataluña, no es difícil concluir que podrían estarse descuidando necesidades de los y las menores de edad, especialmente aquellas relacionadas con el bienestar psicológico y el desarrollo personal, en pro de preservar su integridad física. Al hacer la correlación entre el tipo de violencia padecida y las medidas adoptadas llegamos a esta misma conclusión: en los casos en los que las agresiones se dirigían directamente a los menores se suspendían las visitas o se establecían visitas supervisadas en el Punto de Encuentro, mientras que en el resto de casos se descuidaba la violencia psicológica que les supone el mero hecho de presenciar agresiones hacía su madre, de modo que debían mantener la relación con el presunto agresor aun ostentando la posición jurídica de víctimas directas de violencia machista.

3.2. Resultados de tipo cualitativo

3.2.1. Autos en los que no se llega a resolver sobre la OP total o parcialmente

Tratándose de recursos que versan sobre medidas civiles de carácter temporal integradas en OP, algunos de ellos no llegan a ser resueltos por entenderse que han perdido su vigencia al llegar a la apelación. Por este motivo, el recurso 245/2019 se desestimó íntegramente por pérdida de objeto, al tratarse de una OP donde únicamente se adoptaban medidas civiles. Desafortunadamente, el problema de decisiones como esta es que la realidad material es muy diversa, de modo que, como avanzábamos en la introducción de este estudio, las medidas provisionales de la OP suelen prolongarse durante meses como consecuencia de dilaciones indebidas en los tribunales civiles¹⁶. Así, se excluye la posibilidad de recurrir una decisión que posiblemente tendrá efectos durante mucho más tiempo del previsto en la ley.

Sin embargo, el supuesto más habitual es aquel en el que las AP declaran la falta de competencia para resolver las medidas civiles integradas dentro de la OP. Cuantitativamente, esta situación se da en 11 de los 40 autos analizados, es decir, en un 27,5% de los casos. La justificación de esta decisión es homogénea: se considera que los pronunciamientos de naturaleza civil no son recurribles ante la jurisdicción penal porque corresponden a la jurisdicción civil y, por lo tanto, siguen sus propias normas procesales. Así, la mayoría de Audiencias que descartan poder resolver sobre medidas civiles recurridas junto con la OP interpretan que estas medidas son análogas a las previstas en los Códigos Civiles y, por ende, les son aplicables los artículos 771.4 y 772 LEC. El artículo 771 versa sobre las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad del matrimonio, divorcio o separación y el 772 trata la confirmación o modificación de estas medidas una vez admitida la demanda. Tanto en un caso como en el otro se establecen que no son decisiones recurribles.

Del mismo modo, el recurso 1148/2019 decidía que, en virtud del artículo 49 bis LEC, «los recursos contra las decisiones de naturaleza civil recaídas en sede del Juzgado de Violencia sobre la Mujer deben ajustarse a las exigencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil», interpretación extraída del apartado 5 del artículo, que dice que los JVM ejercerán las

¹⁶ Cerrillos Valledor, A. (2012). *Práctica Judicial de la Violencia de Género en los Procesos de Familia*, op. cit., p. 2

competencias en materia civil siguiendo los procedimientos y recursos previstos en la LEC. Por consiguiente, al no tratarse de un recurso procesalmente posible de acuerdo con los artículos de la LEC anteriormente referidos, se desestima el recurso en relación con las medidas civiles. El recurso 556/2019, por su lado, utilizaba el artículo 82 de la LOPJ, regulador de las competencias de las AP, para llegar a la misma conclusión. En el apartado 1.3º del artículo se dice que las secciones penales de la AP conocerán los recursos de resoluciones dictadas por los JVM en materia penal, y el apartado 2.4 establece que las secciones civiles conocerán de los recursos en materia civil. Así, en esta resolución se consideraba que el recurso, al tratar únicamente sobre las medidas civiles adoptadas dentro la OP, no podía resolverse siguiendo las normas de la LECrim y, por tanto, desestimaba el recurso por falta de competencia objetiva.

Finalmente, en algunas ocasiones, como por ejemplo el recurso 838/2019, la AP no llega a pronunciarse sobre las medidas civiles adoptadas, aunque la orden recurrida las integrara. De esta forma, entendemos que está descartando implícitamente tener competencia para resolver sobre este tipo de medidas. Este comportamiento se repite en otros autos, como el recurso 276/2019 o el 204/2019, en los que se estima el recurso interpuesto por el presunto agresor dejando sin efecto la OP, aunque solo en lo relativo a las medidas penales. Entendemos pues que las medidas civiles se mantienen, ya que la Audiencia interpretaría que las medidas civiles no pueden recurrirse, de conformidad con la LEC, aunque no llega a explicitarse que así sea.

Por otro lado, hay AP que no cuestionan su competencia para resolver sobre las medidas civiles dentro la OP. A diferencia de los casos anteriores, entran a resolver sobre el conjunto de medidas de la OP sin diferenciar entre medidas penales y civiles. Ello sucede, por ejemplo, en los recursos 463/2019, 470/2019 y 266/2019. Esta posibilidad ya se advertía por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial¹⁷, desde el cual afirman que el auto en el que se adopta una OP es una resolución penal y, por lo tanto, su revisión ha de ser conforme a los recursos establecidos en la LECrim, en lugar de la LEC. En este sentido, sería de aplicación el artículo 766.2 LECrim, que dice que contra el auto en fase de diligencias previas del procedimiento abreviado puede interponerse recurso de reforma y, subsidiaria o directamente, recurso de apelación. Consideramos que esta disparidad de criterio debería ser subsanada, pues negando la posibilidad de recurrir las medidas civiles se están afectando los derechos de las víctimas a la tutela judicial efectiva y a ser tratadas con igualdad ante la ley.

3.2.2. El interés superior del menor frente a principios específicos del procedimiento penal: presunción de inocencia y última ratio

Tratándose de resoluciones penales que afectan a los derechos de las personas involucradas, entre las cuales hay menores, es necesario que estas integren una adecuada ponderación entre distintos principios que pueden resultar opuestos. La más relevante es aquella que se hace entre el principio de primacía del interés de los y las menores y el principio de presunción de inocencia del procedimiento penal. Al decidir sobre la OP puede entenderse que entran en conflicto, puesto que algunos tribunales consideran que las medidas

¹⁷ Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (2005). 73 Criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género. Seminario de formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2005. Pp. 4, 41. Disponible a <https://www.icab.cat/ca/actualitat/noticies/noticia/Acords-dels-magistrats-de-les-audiencies-provincials-sobre-les-competencies-en-materia-de-violencia-de-genero/>

provisionales de la OP limitan los derechos de los acusados antes que su culpabilidad sea probada.

Tratándose de Audiencias penales, algunas de ellas dan primacía a la protección de la presunción de inocencia aplicando el principio de especialidad, puesto que el interés superior del menor es de aplicación general, mientras que la presunción de inocencia es específica. En este sentido se expresan los recursos 414/2019 y 463/2019. En este último se establece que «independientemente del principio general del interés prevalente del menor, el investigado conserva intacto su derecho a la presunción de inocencia lo que obliga en el caso de dudas valorativas a adoptar la decisión menos onerosa». Esta resolución, que también aplica el principio de última ratio o de intervención mínima del derecho penal, afirma que la protección del menor podría darse por vía del artículo 544 quinquies, artículo que permite la adopción de medidas civiles y que se considera menos restrictivo de los derechos del acusado. Las decisiones tomadas en este sentido dejan a menores sin protección en aras a preservar los derechos del acusado, aunque la afectación que a estos últimos suponen las medidas de la OP no sea tan clara. En los recursos 270/2019 y 1024/2019 se afirma que el establecimiento de una medida provisional como es la OP no desvirtúa la presunción de inocencia, ya que no supone una condena. Es por ello que no se exigen pruebas de culpabilidad. Tan solo se requiere constatar la existencia de indicios de comisión de un delito.

Por el contrario, en los recursos 140/2019, 208/2019 y 326/2019 no llega a ponderarse entre el interés superior del menor y los principios penales de presunción de inocencia o de última ratio, pues estos últimos son aplicados directamente. Ello se debe a que las medidas de la OP no se entienden conjuntamente, como un todo, por parte de los tribunales, sino que son divididas en medidas penales –generalmente dirigidas a la madre- y medidas civiles –que afectan sobre todo a los hijos e hijas-. Al establecer que no tienen competencia para decidir sobre las medidas civiles, olvidan completamente a los y las menores en la decisión sobre la OP. Así, se ven privadas de su posición de víctimas directas de la violencia, establecida por ley. Por lo tanto, dejan de ser principales sujetos que proteger y pasan a ser víctimas secundarias, cuya protección dependerá de lo que se decida respecto a su madre. Debe tenerse presente que, con interpretaciones como estas, se está dejando de lado la primacía de sus intereses como menores y como víctimas de violencia machista.

Finalmente, nos encontramos con una única resolución, el recurso 1027/2019, donde se establece que el interés superior del menor tiene primacía sobre los derechos e intereses de los progenitores. Así, la sección veintena de la AP de Barcelona afirmaba que «la adopción de medidas afectantes a los hijos menores, si extraordinaria importancia tienen los derechos o intereses de los padres biológicos, más prevalente, primordial y preferente debe ser el interés de los menores, (...), un interés superior, jurídicamente más digno de protección que los deseos y conveniencias de los padres». Lamentablemente, aun tratándose de 40 supuestos en los que se hallan involucradas víctimas de violencia machista menores de edad, este es el único ejemplo donde se produce un razonamiento de este calibre.

3.2.3. Valoración de los requisitos de otorgamiento de la OP: fumus commissi delicti

Llegado el momento de valorar el primero de los requisitos de otorgamiento de la OP, es decir, la existencia de indicios de uno o más delitos de violencia machista, nos encontramos con situaciones y aproximaciones diversas, dependiendo de la posición de la sala y de los supuestos de hecho concretos. Así, mientras que en la mayoría de casos se dará por sentado que concurren indicios de delito por el mero hecho de que no se haya sobreseído el

procedimiento, en otros los hechos serán analizados con mayor detenimiento, llegando a requerir que estos resulten, en cierto modo, probados.

En el caso de los sobreseimientos, es ejemplar el recurso 65/2019, procedimiento donde se había dictado una orden de protección en primera instancia que terminó siendo revocada en fase de apelación. La OP incluía medidas penales de protección a la madre y a la abuela y medidas civiles respecto a las dos hijas menores. Las medidas civiles eran bastante restrictivas, pues otorgaban la guarda y custodia exclusivas a la madre y establecían dos horas de visita supervisada con el padre, en fines de semana alternos, junto con una pensión de alimentos a cargo de este último. El padre interpuso recurso de apelación, al cual se opusieron el MF y la representación de la madre, pero el recurso acabó prosperando puesto que se había decretado el sobreseimiento provisional de la causa. Según datos del CGPJ¹⁸, el año 2019 se decretó el sobreseimiento provisional del 37,70% de las denuncias por violencia machista. Esta situación se da cuando la jueza o el juez, aun apreciando indicios de delito, considera que éstos no están suficientemente acreditados para seguir adelante con el procedimiento. Es de esperar, pues, que un porcentaje tan alto de procedimientos por violencia machista en el ámbito doméstico terminen en sobreseimiento, ya que la falta de testigos y otras pruebas es una característica intrínseca de este tipo de delitos. Por un lado, suelen darse en el ámbito privado, y de otro son situaciones envueltas de emociones cruzadas que dificultan la toma de declaraciones suficientemente incriminatorias por parte de las víctimas. Frecuentemente intervienen la vergüenza, el sentimiento de culpa, la dependencia emocional y/o material, etc., de modo que no es fácil obtener indicadores claros sobre la situación real de violencia y sumisión. En el caso que nos ocupa, esto supone un problema añadido, puesto que el sobreseimiento no solo afecta a la madre y la abuela, víctimas consideradas “principales” por ser beneficiarias de las medidas penales. También se está dejando sin las medidas civiles de protección a las menores que, como ya sabemos, son también presuntas víctimas directas de la violencia machista. En este caso, como hemos visto, las medidas civiles eran muy restrictivas –permiten tan solo dos horas de visita en un Punto de Encuentro en semanas alternas- de modo que entendemos que las agresiones denunciadas debían ser graves. Aún así, el procedimiento principal fue sobreseído, la OP revocada y el principio de interés superior de los menores, obviado, puesto que la seguridad y el bienestar de las hijas no fueron tomados en cuenta.

Como ya avanzábamos anteriormente, las declaraciones de las víctimas son uno de los indicios más reveladores que permitirán adoptar una OP. Es positivo observar cómo, sin perjuicio de las dificultades para lograr que se escuchen a los y las menores en procedimientos penales de urgencia como estos, en alguno de los casos analizados se llegaba a producir la escucha. Así, en los recursos 322/2019, 463/2019, 462/2019 y 1111/2019 se tomó declaración a las hijas e hijos en sede judicial, aunque dándoles diversos grados de importancia y credibilidad. Mientras que en los procedimientos 322/2019, 462/2019 y 1111/2019 el relato de violencia hecho por los menores se consideraba suficiente para seguir con el procedimiento y confirmar la OP, en el recurso 465/2019 se daba mayor peso a las contradicciones existentes en el relato del niño, presunta víctima de agresiones físicas por parte de su padre que constaban en informes médicos. En este caso, se estableció que la falta de claridad en el relato del menor podía provenir de una deficiente relación con el padre,

¹⁸ Consejo General del Poder Judicial (2019). *Informe sobre Violencia de Género. Año 2019*. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2019>

haciendo una desagradable referencia indirecta al Síndrome de Alienación Parental (SAP)¹⁹. Se consideraba que esta deficiencia relacional no tenía por qué ser culpa del acusado, es decir, que no tenía por qué originarse en la violencia proferida por este, de modo que no era necesario proteger a su hijo de él. Se dejaba igualmente desprotegida a la menor del recurso 876/2019, pues en su caso únicamente se contaba con el testimonio de referencia de la madre acerca de la agresión sexual padecida por su hija, junto con un informe médico que recogía un estado anímico de miedo, tristeza y enfado, pero no lesiones. Aunque la OP solo recogiera una prohibición de comunicación respecto a la menor, se retocó por considerarse que faltaban indicios suficientes para mantenerla. Teniendo en cuenta la gravedad de las acusaciones y el estado anímico de la menor, confirmado médicamente, la decisión nos parece nuevamente desacertada y prueba como, de nuevo, prevalecen los principios del procedimiento penal frente al del interés superior de los y las menores.

En otros casos, como en los recursos 454/2019, 168/2019, 326/2019 o 408/2019, ya se habían escuchado a las y los menores relatar los hechos previamente, por parte bien de los Mossos d'Esquadra -de modo que constaba en el atestado policial-, o bien de profesionales de la psicología. Observamos como este tipo de declaraciones sí que se consideran indicios suficientes para cumplir con el primer requisito del artículo 544 ter LECrim, ya que constituyen pruebas documentales por sí mismas.

Finalmente, resulta casi imprescindible destacar el recurso 1320/2019, pues se trata de una decisión insólita atendiendo a los hechos e indicios que en ella se relatan. En este caso, aunque la agresividad del padre respecto al menor constara en el atestado policial, aunque este último hubiera relatado violencia física al profesorado de su instituto y aunque constaran evaluaciones psicológicas y médicas donde el menor relataba agresiones, la AP consideró que no había indicios de delito suficientes. Esto se debió a que, al realizar la exploración judicial del menor, este fue poco concreto al detallar las agresiones y situarlas en el tiempo, además de que en una entrevista previa mantenida con el EATAF (Equipo de Asesoramiento Técnico a Familias) había evitado hablar de las agresiones, presuntamente por la ansiedad y el miedo que le generaba el padre. Estos dos hechos fueron suficientes para que la AP desvirtuara la existencia de indicios de delito y dejara sin protección a dicho menor, decisión de dudosa moralidad y que nos recuerda la importancia de la formación específica en violencia machista de todas las personas que intervienen en procedimientos de este ámbito, desde los y las profesionales del EATAF hasta los tribunales.

3.2.4. Valoración de los requisitos de otorgamiento de la OP: *periculum in damnum*

La valoración de la existencia de una situación objetiva de riesgo es el punto donde, habitualmente, suelen explayarse más los tribunales, pues es una decisión que resultará inevitablemente subjetiva²⁰ y, por consiguiente, es necesario justificarla adecuadamente. Para

¹⁹ Para más información sobre el riesgo que supone la aplicación de la teoría de la SAP para la infancia: Goldstein, B. (2017). *Parental Alienation Syndrome: The Hoax that Hurts Children*. NOMAS Task Group on Child Custody. Disponible en: <https://nomas.org/parental-alienation-syndrome-hoax-hurts-children/>

²⁰ Martínez Derqui, J. (2009). La garantía de protección de las víctimas. La valoración del riesgo de las víctimas de violencia de género. Análisis de la situación actual, medidas de protección. *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. La valoración de la situación objetiva de riesgo*. p. 3 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/La-garantia-de-proteccion-de-las-victimas---la-valoracion-del-riesgo-de-las-victimas-de-violencia-de-genero---analisis-de-las-situacion-actual--medidas-de-proteccion>

desarrollar la motivación se utilizan diferentes indicios, siendo los más habituales: informes técnicos o cuestionarios de valoración del riesgo que informen de la peligrosidad del acusado, declaraciones prestadas por las partes u otros testigos, antecedentes penales del presunto agresor, incidentes que hayan ocurrido desde la interposición de la denuncia, la gravedad de los hechos denunciados, la situación habitacional actual de las partes y la relación entre ellas.

De entre ellos, hemos observado cómo se da una importancia destacable a la convivencia de las partes y a la relación entre ellas desde que se solicitara la protección. Generalmente, si hace tiempo que no viven juntas y desde la denuncia no se han reportado nuevos incidentes entre ellas, se denegará la solicitud, como sucede en los recursos 470/2019, 276/2019, 204/2019, 460/2019, 1004/2019 y 546/2019. Si a esta situación se le suma el hecho de que el acusado no tenga antecedentes penales por hechos violentos y/o que el cuestionario de valoración policial del riesgo haya resultado en peligrosidad baja, es casi seguro que no se acordará la OP, independientemente de tipo de violencia denunciada. Por otro lado, si se comprueba que siguen viviendo conjuntamente la OP se adoptará más fácilmente, como sucedía en los recursos 258/2019, 326/2019, 554/2019 y 1111/2019. En casos como este se pone de manifiesto la peligrosidad que comporta que las víctimas sigan conviviendo con su agresor, sobre todo si también hay menores. Resulta necesario, por tanto, recurrir a las medidas civiles y asistenciales que posibilita la OP.

Que hayan ocurrido incidentes des de la presentación de la denuncia es, como decíamos, un indicador muy importante en la valoración del riesgo. Esta valoración, sin embargo, dependerá en gran medida de la actitud de los tribunales frente a la violencia machista. Mientras que habrá tribunales que se limitaran a comprobar que no consten nuevas denuncias, otros darán más importancia a la realidad material y escucharán a las partes para saber de la existencia de nuevos incidentes, como sucedía en el recurso 266/2019. Adoptar esta última postura es imprescindible si se quiere proteger adecuadamente a las víctimas, dado que los procedimientos por violencia machista en el ámbito familiar son complejos y, como es sabido, se denuncia un porcentaje muy bajo de agresiones²¹.

También es considerado un factor de riesgo relevante el hecho de que el agresor sea consumidor habitual de alcohol, pues hemos detectado que este hecho se destaca en 5 de las resoluciones analizadas (recursos 470/2019, 258/2019, 769/2019, 1224/2019, 1111/2019), considerándolo un factor de riesgo por la posible pérdida de control y los estallidos de violencia de los agresores alcohólicos. Aun así, no en todas ellas se acaba adoptando la OP, pues este indicio se combina con otros que pueden hacerla decaer.

Se valora también un riesgo más elevado en el caso de las víctimas que denuncian lesiones y amenazas graves avaladas por atestados policiales o informes médicos (recursos 450/2019, 1148/2019 y 1224/2019), o en el caso de que se trate de situaciones de violencia continuada en el tiempo con menores convivientes en el domicilio (recursos 454/2019 y 168/2019). Aun así, desafortunadamente, las hijas y los hijos menores aparecen más bien poco en la valoración del riesgo objetivo, pues esta suele centrar-se en la violencia física dirigida a la madre, y no en la violencia psicológica que sufren los y las menores convivientes y ella misma. Ejemplo de ello es el recurso 636/2019, donde tras mencionar que en el último incidente las agresiones físicas habían sido dirigidas también al hijo menor de la mujer, la AP establecía que era necesario mantener la OP «al menos mientras el acusado no mantuviera una conducta

²¹ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género (2015). *Sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/Inhibicion_Denunciar_VictimasVG.pdf

adecuada con su pareja», obviando la posición de víctima del menor, merecedor de la misma consideración y protección que su madre.

Por último, los antecedentes penales por violencia machista son también determinantes para la valoración del riesgo, puesto que la reincidencia del acusado da a entender que los hechos podrían repetirse fácilmente (recursos 436/2019, 270/2019). Mientras que en el primer caso la peligrosidad se hacía evidente por la reiteración en las agresiones y por el hecho de que la mujer y la hija residieran en un lugar protegido, en el segundo se constataba un riesgo alto atendiendo a la gravedad de los hechos, ocurridos delante de los hijos menores, y los antecedentes penales del agresor, que tenían origen en maltratos acaecidos en una relación de pareja previa. En este caso, la AP de Barcelona enunciaba que «esta condena previa pone de manifiesto la concepción que de la relación de pareja tiene el investigado y su talante violento con tendencia a la agresividad en la resolución de conflictos».

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La investigación llevada a cabo en este estudio nos permite afirmar que, aun siendo alarmante la cantidad de infantes que se ven obligados a convivir con la violencia machista, y aunque legalmente se les esté considerando víctimas directas de dicha violencia, los derechos que la ley les otorga siguen sin ser plenamente respetados en el plano material. Como hemos visto, la escucha a los menores a menudo se impide o se ignoran sus resultados, no siendo habitual que se individualice su protección como sujetos principales del procedimiento, sino que se vincula a la de su madre y, en cuanto a la preocupación por su integridad, se da poco peso a la vertiente psicológica y emocional de esta. Estos hechos se revelan al contrastar los porcentajes de otorgamiento de medidas penales dirigidas a las y los menores con los de sus madres, encontrándonos con una diferencia de entre cincuenta y sesenta puntos porcentuales, o al analizar las medidas civiles concedidas. Vemos como el mantenimiento de las visitas, aunque limitadas o supervisadas, se demuestra una prioridad al decidir sobre la OP, y la custodia exclusiva a la madre se da tan solo alrededor de la mitad de los casos. A pesar de remarcar la relevancia de escuchar a las y los menores al establecer las medidas, también es necesario tener presente que, al tomarles declaración, es de vital importancia evitar su revictimización, introduciendo modalidades que la hagan poco intrusiva y eviten la narración reiterada de los hechos. Un método ejemplar en este sentido es la llamada “cámara Gesell”, una sala donde tomar declaración a los menores en un clima de confianza, con una única persona interventora, evitando situaciones demasiado intrusivas, coercitivas o incluso violentas.

Es justo decir que parte de la problemática expuesta en el presente estudio deriva del momento de solicitud de la OP o de interposición del recurso contra su resolución. Hemos comentado como, por un lado, a menudo se descuidan o se omiten agresiones psicológicas en la interposición de la denuncia, mientras que, por otro lado, pocas veces es la parte actora quien interpone recurso de apelación. Para dar una solución, resultaría útil que las víctimas dispusieran de asistencia letrada especializada en violencia machista al interponer la denuncia, con el fin de hacer constar todas las agresiones padecidas, tanto por ellas como por sus hijas e hijos, incluyendo la violencia psicológica y sexual, así como las agresiones ocurridas en el pasado que pudiera destapar situaciones de violencia habitual.

En otro orden de cosas, llama la atención como el papel del MF en este tipo de procedimientos descuida una de sus atribuciones orgánicas, la de velar por los intereses de los menores, en pro, posiblemente, de aligerar la carga de trabajo de los tribunales. Eso se infiere del hecho que la Fiscalía se opusiera a la totalidad de los recursos, con una única excepción, sin hacer diferencias entre recursos interpuestos por la defensa o por la acusación. Si a este

punto le añadimos el elevado porcentaje de denegación de OP a Cataluña y de desestimación de los recursos contra estas decisiones, no es difícil concluir que sería útil promover cursos de formación específica en la Fiscalía y la Judicatura con el fin de mejorar su comprensión de la especialidad y especificidad de tratamiento que merecen los infantes víctimas de violencias machistas. Esta formación debería individualizar los daños que la exposición a la violencia les genera y reforzar su posicionamiento como víctimas directas. También debería potenciarse la asunción de un rol activo de defensa de los y las menores por parte del MF, haciendo uso de la posibilidad de ejercer la acusación junto con las víctimas y posicionándose en defensa de la infancia en la interposición u oposición a los recursos. El proceso de concienciación de estos actores y del resto de personal intervector en violencia machista sobre las necesidades de los menores podría mejorarse, también, a través de la inclusión de nuevos indicadores relativos a su victimización en las estadísticas e informes que se realizan en este campo por parte del Gobierno del Estado, del poder judicial y del MF. Para llevar a cabo más y mejores investigaciones respecto a este extremo, también resultaría útil poner a disposición del personal investigador y de las universidades una mayor cantidad de resoluciones y expedientes relativos a la OP.

Con la misma voluntad de mejorar el funcionamiento de la OP, debería unificarse el criterio en relación con la competencia de las Audiencias Provinciales para resolver sobre las medidas civiles que esta integra. A pesar de las reformas aquí propuestas, y teniendo en cuenta las múltiples problemáticas que supone el tratamiento penal de la violencia machista en el ámbito doméstico, consideramos que sería aún más enriquecedor introducir un cambio de actitud al afrontar estos procedimientos. En primer lugar, la denuncia debería convertirse en potestativa, en lugar de configurarse como condición necesaria para beneficiarse de medidas de protección, modificación ya prevista en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017, pero que aún no se ha llevado a cabo. Adoptar una actitud menos punitivista permitiría poner la seguridad y la recuperación de las víctimas en el centro, eludiendo la rigidez del sistema penal que previamente detectábamos como obstáculo para su protección²², especialmente en el caso de los y las menores, cuyos intereses pasan fácilmente en segundo lugar al colisionar con garantías penales como la presunción de inocencia. Seguramente, y siguiendo con una visión restaurativa de la justicia, desde la asistencia legal y desde los propios tribunales deberían tenerse en cuenta las vías civiles ya existentes para regular la relación de las y los menores con sus progenitores de forma preventiva. La civil es una jurisdicción más habituada a entender la situación familiar de forma holística, y que permite emitir resoluciones más adaptables a las situaciones particulares de cada familia, pues no se halla limitada por la precisión de la tipificación penal. Esta vía también evitaría que las medidas de protección de los y las menores dependieran de la protección de su madre.

Un enfoque como el que aquí planteamos desligaría la protección que se puede brindar a las víctimas de un potestativo procedimiento penal contra el agresor, permitiéndoles decidir autónomamente sobre la conveniencia de denunciar. Seguir un procedimiento penal para resolver situaciones familiares tiene muchas implicaciones personales, de modo que no debe ser una decisión a la que las víctimas se vean legalmente obligadas si lo que quieren es vivir libres de violencia.

²² Villacampa Estiarte, C. (2018). *Política Criminal Española en Materia de Violencia de Género. Valoración Crítica*. València: Tirant lo Blanch.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Bodelón, E., Barcons, M., Ortiz, L., Pisonero, A., Murillo, E. y Naredo, M. (2019). *Anàlisi jurídica de les ordres de protecció a Catalunya des d'una perspectiva de gènere*. Observatori Català de la Justícia en Violència Masclista. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/pub/infpro/2019/219734/proteccioCatalunya.pdf>
- Braun, V. y Clarke, V. Using Thematic analysis in Psychology. *Qualitative Research in Psychology*, 3 (2), pp. 77-101. DOI: <https://doi.org/10.1191/1478088706qp063oa>
- Cerrillos Valledor, A. (2012). *Práctica Judicial de la Violencia de Género en los Procesos de Familia* [Conferencia]. El Derecho ante la violencia machista contra las mujeres: avances y retos. Bilbao, 20-21 de septiembre de 2012. Disponible en: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/vcm_sensibilizacion_prevencion/es_def/adjuntos/jornada.01.ponencia.Angela.Cerrillos.pdf
- Consejo General del Poder Judicial (2019). *Informe sobre Violencia de Género. Año 2019*. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2019>
- Delegación del Gobierno para la Violencia de Género (2015). *Las víctimas invisibles de la violencia de género*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/Las_victimas_invisibles_de_la_violencia_de_genero.pdf
- Delegación del Gobierno para la Violencia de Género (2015). *Sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/Inhibicion_Denunciar_VictimasVG.pdf
- Goldstein, B. (2017). *Parental Alienation Syndrome: The Hoax that Hurts Children*. NOMAS Task Group on Child Custody. Disponible en: <https://nomas.org/parental-alienation-syndrome-hoax-hurts-children/>
- Gómez Fernández, I. (2018). Hijas e hijos víctimas de la violencia de género. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8.
- Guest, G., Mcqueen, K.M. y Namey, E.E. (2012). *Applied Thematic Analysis*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: Sage Publications. DOI: <https://dx.doi.org/10.4135/9781483384436>
- Holden, G.W. (2003). Children Exposed to Domestic Violence and Child Abuse: Terminology and Taxonomy. *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6 (3), pp. 151-160. DOI: <https://doi.org/10.1023/A:1024906315255>
- Maqueda Abreu, M.L. (2006). La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 (2).

- Martínez Derqui, J. (2009). La garantía de protección de las víctimas. La valoración del riesgo de las víctimas de violencia de género. Análisis de la situación actual, medidas de protección. *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. La valoración de la situación objetiva de riesgo*. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/La-garantia-de-proteccion-de-las-victimas---la-valoracion-del-riesgo-de-las-victimas-de-violencia-de-genero--- analisis-de-las-situacion-actual--medidas-de-proteccion>
- Múrtula Lafuente, V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Madrid: Dykinson.
- Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (2005). 73 Criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género. Seminario de formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2005. Disponible en: <https://www.icab.cat/ca/actualitat/noticies/noticia/Acords-dels-magistrats-de-les-audiencies-provincials-sobre-les-competencies-en-materia-de-violencia-de-genero/>
- Peral López, M.C. (2019). *La práctica judicial en los delitos de malos tratos. Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas* [Tesis doctoral]. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/pdfs/Tesis_7_Practica_Judicial_Delitos_Malos_Tratos.pdf
- Patró, R. y Limiñana, R.M. (2005). Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas. *Anales de psicología*, 21 (1).
- Villacampa Estiarte, C. (2018) *Política Criminal Española en Materia de Violencia de Género. Valoración Crítica*. València: Tirant lo Blanch.