

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

Contenido

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 416 DE LA LECRIM INTERPRETACIONES	5
2.1. Cuestiones previas	5
2.2. Análisis y conclusión con relación a cada una de las excepciones a la excepción de la obligación de declarar.....	14
1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.	15
2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.....	16
3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa.....	17
4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.	20
5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.	20
3. PROTECCIÓN DE LAS MADRES Y SUS HIJAS E HIJOS: Reforma del art. 544 ter LECrim.	21
3.1. La modificación efectuada en el párrafo 6º en cuanto a las medidas penales.....	24
3.2. La modificación llevada a cabo en los apartados 3º y 4º del párrafo 7º del art. 544 ter LECrim.	25
4. MODIFICACIÓN DEL ART. 94.4 y 5 DEL CC	31
4.1. Art. 94.4 del CC	31
4.2. Art. 94.5 del CC.	33
5. EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y MEDIDAS CAUTELARES PARA PRESERVAR EL PATRIMONIO DE LOS INVESTIGADOS.....	33
6. MISCELÁNEA JURÍDICA A DEBATE	33
6.1. DELITO DE DENUNCIA FALSA Y FALSO TESTIMONIO. IMPROCEDENCIA DE TRAMITACIÓN POR JUICIO RÁPIDO	34
6.2. DEDUCCIONES DE TESTIMONIO POR DENUNCIA FALSA Y FALSO TESTIMONIO	35
6.3. ALLANAMIENTO DE MORADA Y TRIBUNAL DEL JURADO	36
6.4. DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS DE CONTROL DE PROXIMIDAD. EL DELITO DE INUTILIZACIÓN O PERTURBACIÓN DE FUNCIONAMIENTO DE DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 468.3 DEL CÓDIGO PENAL	36

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

6.4.1.	Necesidad de agotar la investigación y de proponer todos los medios de prueba posibles	36
6.4.2.	Relación concursal entre los delitos del art. 468.2 y 3 del CP	37
6.4.3.	Daños morales a las víctimas a consecuencia del incumplimiento reiterado de las normas de funcionamiento y mantenimiento de los dispositivos	39
7.	CUMPLIMIENTO DE LA INSTRUCCIÓN 1/2015.....	40
8.	CONCLUSIONES:	42

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

1. INTRODUCCIÓN

Los días 15 y 16 de noviembre de 2021, celebramos en Madrid, en la sede la Dirección General de la Guardia Civil, el decimoséptimo Seminario de Fiscales Delegadas/os de Violencia sobre la Mujer, bajo la dirección de la Excm. Fiscal de Sala Delegada, jornadas que fueron inauguradas por el Excmo. Sr. Director Adjunto Operativo de la Guardia Civil D. Pablo Salas y la Excm. Sra. Fiscal General del Estado D^a Dolores Delgado.

En esta ocasión y como consecuencia de las reformas operadas en la LECrim y CC por las LO 8/2021 de 4 de junio, de *Protección a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia*, y la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la mayor parte del debate se centró en esas modificaciones pero, ello no ha significado que no se hayan tratado otras cuestiones que a lo largo de este año han preocupado a los y las compañeras.

Las jornadas se desarrollaron en tres mesas redondas, en las que participaron dos fiscales delegados en cada una, además de la moderadora, y se trataron los ss. temas:

- 1^a mesa redonda: “Nueva redacción del artículo 416 de la LECrim. interpretaciones”.
- 2^a mesa redonda: “Protección de las madres y sus hijas e hijos” (reforma del art. 544 ter LECrim).
- 3^a mesa redonda: “Miscelánea jurídica a debate” en la que se trataron temas de muy diversa índole.

En cada mesa se hizo una breve intervención por cada uno de los/as ponentes que sirvió de introducción al debate en el que participaron todos los y las asistentes.

La primera mesa redonda titulada “Nueva redacción del artículo 416 LECrim. Interpretaciones”, tuvo como integrantes a la Ilma. Sra. Fiscal Delegada de Cáceres y al Ilmo. Sr. Fiscal Delegado de Cantabria, y en ella se abordó la necesidad de establecer criterios orientativos en relación a de las novedades incorporadas por el legislador con relación a la dispensa de la obligación de declarar de los testigos parientes, en concreto, con las 5 excepciones que se han introducido a dicha dispensa. Tras una breve exposición de la regulación en el derecho comparado y de la evolución registrada en nuestro ordenamiento, las diferentes interpretaciones jurisprudenciales y criterios adoptados en la Circular 6/2011 de la FGE y en sucesivas conclusiones de diferentes años a consecuencia del posicionamiento cambiante del TS (este es uno de los temas más recurrentes en nuestras jornadas), se trataron separadamente cada una de esas excepciones, a cuyo fin se trajeron a colación otros perceptos de la LECrim (544 ter) y de la LO 8/2021 (arts. 2 y 11) y otras leyes (Ley 4/2015 *del Estatuto de la Víctima del Delito*) imprescindibles para su adecuada interpretación.

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

En la segunda mesa, integrada por el Ilmo. Sr. Fiscal Delegado de Alicante y la Ilma. Sra. Fiscal Delegada de Jaén, se afrontó el tema de “Protección de las madres y sus hijas e hijos”. La reforma del art. 544 *ter* LECrim en sus párrafos 6 y 7 motivó que, en fecha 14/10/21, se emitiera Nota de Servicio por esta Fiscalía de Sala en relación a la adecuada interpretación de los apartados 2 y 3 del párrafo 7 del art. 544 *ter* y que fue difundida a toda la Fiscalía por parte de la Unidad de Apoyo de la FGE. Con aquella nota, sin embargo, no se pretendió dar solución a todos los problemas que plantea la reforma del precepto ni las obligaciones que, en relación con los menores, se imponen en el ordenamiento a fin de hacer efectivos sus derechos procesales, por lo que, en esta mesa, tras agradecer el esfuerzo de las/os compañeras/os al remitirnos las órdenes de protección acordadas cuando había menores que convivían con su madres, resoluciones sobre las que se está realizando un estudio por esta Unidad, se expusieron y debatieron temas de muy diferente índole: posibilidad de solicitar la distribución de funciones de la patria potestad en el contexto de la orden de protección; la necesaria audiencia de los menores antes de adoptar cualquier medida que les afecte a su esfera personal, familiar y social, en cualquier procedimiento, sin discriminación por razón de edad y garantizando la intervención de expertos cuando por razón de sus circunstancias personales sea preciso a fin de hacer efectiva la audiencia y evitar su victimización secundaria.

También se trataron los presupuestos que la ley exige para el mantenimiento del régimen de visitas preexistente en el contexto de la orden de protección, las dificultades para valorar el superior interés del menor y para evaluar la relación paternofamiliar si no se cuenta con expertos que nos auxilien las guardias, topando de nuevo con la carencia de medios para hacer efectivos los derechos de los menores y garantizar su protección. Se sometieron así mismo a debate, la duración de la medida de suspensión del régimen de visitas en relación con la doble regulación contenida en el inciso último del art. 544 *ter* 7 LECrim y en los arts. 66 y 69 de la LO 1/2004 y, como muy preocupante, el efecto perverso que pueden tener estas normas en las víctimas a la hora de denunciar, solicitar la orden de protección o de declarar en el procedimiento.

Por último, en la tercera mesa redonda titulada “Miscelánea jurídica a debate” en la que intervinieron las Ilmas. Sras. Fiscales Delegadas de Madrid y de Granada, se trató, en primer lugar, sobre la necesidad de no aceptar conformidades en los procedimientos que se incoen por denuncia falsa por reconocimiento de la víctima cuando se ha dictado sentencia condenatoria contra su pareja por los delitos que fueron denunciados y la necesidad de investigar que el reconocimiento no esté viciado. Se abordaron, así mismo, los problemas probatorios a que nos enfrentamos para acusar y conseguir condenas por el delito del art. 468-3 C.P. y su adecuada calificación cuando además de ha incurrido en la conducta del art. 468.2 C.P. Se trató, igualmente, la problemática del homicidio y el auxilio al suicidio y la necesidad de extremar la diligencia en la investigación a fin de evitar la impunidad de auténticos delitos de homicidio o asesinato. Se debatió sobre la dificultad de que existan pronunciamientos

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

condenatorios en abusos sexuales en menores de 16 años por la aplicación laxa de la exención del art. 184 *quater* CP y sobre la necesidad de la modificación de la ley del Jurado para excluir de su competencia el delito de allanamiento de morada. Por último, la Fiscal de Sala expuso la necesidad de adelantar la petición de la constitución de la fianza del art. 589 de la LECrim. al momento en que se pide la prisión provisional a fin de evitar que los investigados hagan desaparecer su patrimonio y por tanto ilusorio el derecho a la indemnización de las víctimas y perjudicados, y a la necesidad de dar cumplimiento a la Instrucción 1/2005 en relación a la remisión de los escritos de acusación y de sobreseimiento provisional por los hechos más graves y hacerlo en el momento en que se preparan los borradores para hacer efectiva la finalidad que se persigue con la supervisión encomendada a esta Fiscalía.

2. NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 416 DE LA LECRIM INTERPRETACIONES

La LO 8/2021 ha modificado no solo el art. 416 sino también el art. 261. Como de la lectura de dichos artículos puede advertirse, además de ciertas correcciones sistemáticas y terminológicas, las novedades más relevantes se derivan de la introducción de cinco excepciones a la dispensa contenida en el párrafo primero, cuatro de ellas coincidentes con las previstas en el artículo 660 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado a finales del pasado año 2020.

La finalidad perseguida por el legislador, según se desprende del Preámbulo de la LO 8/2021, es “proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección”. Sin embargo, el alcance va más allá del objetivo expresado, como veremos a continuación, y ello nos obliga a tener en consideración una serie de cuestiones previas relacionadas con la evolución doctrinal y jurisprudencial en la interpretación de la dispensa.

2.1. Cuestiones previas

Una de las preocupaciones constantes de la Fiscalía General del Estado ha sido la de reprimir con ejemplaridad todo acto de maltrato que afecte a las personas que estén en situación de mayor vulnerabilidad. En este sentido, la Instrucción 3/88 *sobre Persecución de los malos tratos ocasionados a personas desamparadas y de la necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en procedimientos matrimoniales*, dedicaba uno de sus capítulos a “las lesiones y malos tratos a mujeres”, exhortando a los Fiscales a poner todo su empeño para conseguir acabar con estas conductas, para lo cual debe “reprimir con toda ejemplaridad los supuestos de lesiones y malos tratos a mujeres, supliendo con su investigación las deficiencias de pruebas que puedan originarse en estos procesos por los naturales temores con que las mujeres comparecen en este tipo de procedimientos”.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

La preocupación de la FGE y de la Fiscalía de Sala por el enorme espacio de impunidad que se abre con la aplicación del art. 416 de la LECrim y las consecuencias que de ello se derivan-, en concreto la mayor vulnerabilidad a quedan sujetas las víctimas al verse reforzado el agresor en su posición de dominio-, ha determinado su tratamiento en la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer* y, que este, haya sido un tema recurrente en los seminarios de fiscales de especialistas y que haya motivado varias conclusiones al respecto. En concreto en la Circular 6/2011, en relación con la interpretación del art. 416, se dijo que:

- Las relaciones de noviazgo no están incluidas en los supuestos del art. 416 de la LECrim. Tampoco lo están las relaciones conyugales extinguidas por divorcio ni las relaciones de pareja de hecho cuando, en el momento de declarar, ya se ha producido la ruptura de la convivencia por voluntad propia.
- Para poderse acoger a la dispensa del art. 416 de la LECrim., el vínculo familiar o de afectividad que una al imputado y víctima-testigo ha de concurrir en el momento en que es llamada a prestar declaración.
- La víctima-testigo deberá ser informada, expresa y claramente, de la dispensa de la obligación de declarar, cuando proceda, en todas y cada una de las fases procesales y siempre que sea llamada a declarar en la sede judicial (art. 416 y 707 de la LECrim). No obstante, si la víctima acude de forma espontánea a denunciar, no será necesario advertir del contenido del art. 261 de la LECrim. En la propia Circular se valoró que, si la víctima no denunciante espontánea no fue advertida del 261, no se produce una nulidad radical de su declaración sino una anulabilidad porque si advertida del art. 416 en la fase de instrucción ratifica aquella denuncia, quedaría subsanado el defecto.
- En los supuestos en los que la víctima-testigo no haya sido informada, cuando proceda, de la dispensa del art. 416 de la LECrim. en la fase de instrucción, y en el plenario se acoja a tal dispensa, aquella primera declaración carece de efectos, no siendo posible introducirla en el acto del Juicio Oral a través del art. 730 ni 714 de la LECrim. En el supuesto de que informada adecuadamente de la dispensa en la fase de instrucción declare voluntariamente y, posteriormente, en la fase del plenario rectifique aquella primera declaración que fue prestada con todas las garantías, podrán someterse a contradicción ambas de conformidad con el art. 714 de la LECrim. a fin de que el Tribunal pueda ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas.

A partir de ese momento hemos asistido a una evolución en la doctrina del TS reflejada en los dos acuerdos del pleno de 24 de abril de 2013 y 23 de enero de 2018 y en la STS 389/2020 de 10 de julio, del Pleno de la Sala II, doctrina que, obviamente, ha determinado un cambio paulatino en la posición de la Fiscalía.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

Así, tras el Acuerdo del Pleno del TS de 24 de abril de 2013 y la STS 449/15 de 14 de julio, en nuestras Conclusiones de 2016 acordamos y así fue aprobado por el FGE que:

- a) Las relaciones de noviazgo están excluidas del ámbito del Art. 416 de la LECrim., como ya se estableció en la Circular 6/2011.
- b) Quedan igualmente excluidas del ámbito de la dispensa, las víctimas que se hayan personado como acusación particular, siguiendo los criterios marcados por el citado Acuerdo no jurisdiccional y la STS 449/2015 de 14 de julio, aunque en el plenario renuncien a ejercerla, sea cual sea el procedimiento en que ocurra, es decir, Sumario ordinario, Tribunal de Jurado, Procedimiento Abreviado o Juicio Rápido.
- c) Momento en que debe apreciarse la existencia de parentesco a efectos de aplicar el Art. 416 de la LECrim., tendremos que estar al momento en que ocurrieron los hechos, conforme al Acuerdo no jurisdiccional de 2013, aunque cuando declaren ya se haya producido la separación legal o de hecho.
- d) Se reitera la necesidad de que en el escrito de acusación se proponga una prueba amplia que pueda permitir cubrir el vacío de prueba directa que con frecuencia provoca el uso del derecho a la dispensa, teniendo en cuenta la validez de la prueba indiciaria y de que los agentes policiales con frecuencia son no sólo testigos de referencia sino también presenciales.
- e) Se insiste en que la información de la dispensa y sus consecuencias sea clara, así como en la necesidad de indagar sobre las causas que motivan tal postura.
- f) Cuando existan menores víctimas directas o hijos de mujeres víctimas, también tienen derecho a acogerse a la dispensa y, además, deben ser oídos en cuanto el ejercicio del derecho a la dispensa de la madre les afecta, conforme al Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y la reforma de la LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. El interés del menor se erige en el criterio concluyente lo que requiere ser oído. Es fundamental valorar si tiene suficiente madurez, es decir, si es capaz de entender lo que supone la dispensa, aspecto que en caso de duda deberá ser determinado por un experto. Y, teniendo en cuenta que existe o puede existir un conflicto de intereses con sus progenitores, el denunciado y su madre, la denunciante y víctima, será necesario que se le nombre un defensor judicial conforma al art. 26 de la LEVD.
- g) Por último, se acordó elevar al Excmo. Fiscal General del Estado la propuesta de modificación legislativa de los art. 416 y/o 720 de la LECrim, planteando diversas alternativas.

Llegamos así al Acuerdo del Pleno de 23 de enero 2018 y a la STS 205/18 de 25 de abril, que reinterpreta el art. 416 de la LECrim. y, partiendo de estas nuevas pautas así como del análisis de las STS relativas al reconocimiento de la

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

dispensa a los menores como 'derecho subjetivo del testigo pariente' que no queda limitado por razón de la edad, y la interpretación sobre la madurez exigible para el ejercicio de ese derecho por el propio menor (SSTS n.º 209/2017, de 28 de mayo de 2017, y 205/218, de 25 de abril), fue necesario tratar de nuevo la problemática en el seminario que celebramos en ese mismo año y llegamos a las ss. conclusiones:

- A la vista de lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal supremo de 23 de enero de 2018, se trasladará a la Fiscal General del Estado la correspondiente propuesta de modificación legislativa del Art. 416 LECrim, para matizar su ámbito de aplicación y sus efectos o en todo caso, para que se permita recuperar las declaraciones sumariales de las víctimas en el plenario.
- Si la víctima personada, renuncia al ejercicio de la acción penal, recupera la posibilidad de acogerse a la dispensa del Art. 416 LECrim. Los/as Sres/Sras. Fiscales, deberán indagar sobre la causa de este cambio de postura, pero, conforme al Pleno de la Sala 2ª del TS de 23-1-2018, no podrán solicitar la lectura de las declaraciones anteriores ni siquiera cuando se hayan recogido en los términos y con los requisitos del Art. 446 LECrim.
- Cuando el/la víctima/ testigo amparada por el derecho de dispensa sea menor de edad, las/os Sras/Sres. Fiscales, en atención a su edad y grado de madurez, solicitarán que el órgano judicial antes de decidir sobre ello oiga al representante legal del menor, salvo que existan intereses contrapuestos, al Ministerio Fiscal y, en su caso, al propio menor.

Pero, los cambios no quedaron ahí, pues por la Sentencia del Pleno del TS 389/20 ya citada, se estableció que "una vez que este testigo ha resuelto tal conflicto, primero denunciando y después constituyéndose en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley. Si después deja de ostentar tal posición procesal no debe recobrar un derecho al que ha renunciado, porque tal mecanismo carece de cualquier fundamento, y lo único que alimenta es su coacción, como desgraciadamente sucede en la realidad, siendo este un hecho de general conocimiento. Tampoco es posible convertir delitos de naturaleza pública en delitos estrictamente privados, no siendo este ni el fundamento ni la finalidad de la dispensa que se regula en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que de aquel modo los desnaturaliza. Como dice el Tribunal Constitucional no debemos interpretar este precepto con formalismos "desproporcionados", como así lo declaró dicho Alto Tribunal en el caso al que anteriormente nos hemos referido".

El cambio jurisprudencia nos llevó a tratar de nuevo el tema en el Seminario de 2020 y allí acordamos las ss. conclusiones:

- El nuevo Acuerdo del Pleno TS de 10-7-2020 establece que la víctima denunciante que se persona como acusación particular pierde definitivamente el derecho a la dispensa previsto en el Art. 416 LECrim,

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

aunque posteriormente renuncie a ejercer la acusación. Se mantiene el resto de los acuerdos adoptados en esta materia.

- Para que la víctima pueda decidir sobre la dispensa, es imprescindible que reciba la información y asesoramiento adecuado, las/os Sras/es. Fiscales velarán por que la instrucción de sus derechos por el LAJ, conforme al Art. 109 LECrim, incluya información clara de los efectos de la personación, así como de la existencia de oficinas de asistencia a las mismas.
- Momento de aplicación del nuevo Acuerdo: Las/os Sras/Sres. Fiscales atenderán al momento en que la víctima es informada de la dispensa y de sus efectos, con independencia de la fecha de comisión de los hechos delictivos o de la incoación del proceso.
- Para considerar que una víctima está personada las/os Sras/Sres. Fiscales atenderán, con independencia de la personación formal con letrado y procurador, al momento en que aquella, debidamente asistida y asesorada por Letrado, designado al efecto conforme al Art. 20.6 LO 1/2004 y, una vez informada de sus derechos al amparo del Art. 109 LECrim., manifieste su voluntad de participar en el procedimiento o realice actos que exterioricen de forma inequívoca esa voluntad como solicitar prisión, pedir diligencias o formular escrito de acusación. Este criterio es especialmente aplicable a las DU y JR, donde se produce una gran flexibilidad y concentración de trámites.
- Cuando se tramiten Diligencias Previas, Sumario Ordinario o tribunal de Jurado es necesario la personación formal mediante abogado y procurador.

Por otra parte, y en atención a las especiales circunstancias que concurren en las víctimas de violencia de género se acordaron otras conclusiones que conviene traer a colación:

- La exclusión de la dispensa a las víctimas personadas, y las características especiales de las víctimas de violencia de género, su fragilidad y dependencia afectiva, hacen del plenario un momento especialmente delicado, lo que motiva con frecuencia que no quieran declarar, o minimicen los hechos, no recuerdan o responden con evasivas o incluso, modifican sus declaraciones anteriores. Las/os Sras./Sres. Fiscales tendrán en cuenta estas circunstancias y desde la comprensión procurarán facilitarle el testimonio, evitando interrogatorios inquisitivos que revictimicen y cuestionen a la misma.
- Por ello, las/os Sras./Sres. Fiscales, salvo casos excepcionales de inequívoca falta a la verdad o retractaciones palmarias, deberán actuar con cautela evitando solicitar en el plenario la deducción de testimonio por falso testimonio o denuncia falsa. Es aconsejable hacerlo posteriormente, analizando la sentencia y las causas que motiva ese cambio de declaración.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

- Ante la negativa de la víctima que no puede acogerse a la dispensa a declarar tras los requerimientos judiciales, las/os Sras./Sres. Fiscales indagarán las causas que provocan esa postura y en su caso, intentarán suspender por breves minutos el juicio a fin de que hable con su letrado/a y reciba información y atención.
- En todos estos casos en que ya no cabe dispensa, es posible introducir las declaraciones sumariales, de manera que las/os Sras./Sres. Fiscales durante el interrogatorio solicitarán su lectura o dirigirán preguntas evidenciando las contradicciones o recordando a la víctima lo manifestado anteriormente para favorecer su declaración, de manera que el Tribunal pueda tomarlas en consideración y valorarlas. Art. 714 LECrim.
- Cuando a pesar de la oposición razonada del Ministerio Fiscal a la dispensa, el juez o Tribunal permite a la víctima acogerse a la misma, las/os Sras./Sres. Fiscales valorarán la posibilidad de recurrir la sentencia por vulneración de la tutela judicial efectiva, a fin de provocar nuevos pronunciamientos judiciales.

De lo expuesto hasta este momento, lo primero que pone en evidencia la fluctuación del TS en la interpretación de la norma, es la necesidad de que se revise su ámbito de aplicación por el legislador, a lo que se ha enfrentado la LO 8/2021, regulando una serie de excepciones a la dispensa de la obligación de declarar. No obstante, antes de entrar al análisis de cada una ellas, debemos abordar la interpretación del concepto de “víctima menor de edad” al que se refieren las excepciones n.º 1 y 2.

Concepto de víctima menor de edad

La consideración como víctima del menor que convive con una mujer víctima de violencia de género ha venido estableciéndose en el ordenamiento jurídico español de forma paulatina pero insistente desde hace años. Así, con la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, se elevó a la categoría de delito la antigua falta de lesiones cuando se cometen en el ámbito doméstico, y ya entonces se incorporó la previsión de imponer las penas en su mitad superior “cuando el delito se perpetre en presencia de menores”. Como dice la Circular 4/2003 de 30 de diciembre, *sobre nuevos instrumentos jurídicos para la persecución de la violencia doméstica*, la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo.

Más claro fue el legislador cuando en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, dijo que “[l]as 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 “ por lo que “[l]a Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.

Por seguir un orden cronológico en esta exposición no podemos dejar de mencionar la *Observación general n.º 13 (2011)* del Comité de los Derechos del Niño sobre el “*Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*” que al analizar el art. 19 de la Convención define la violencia como “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual” e incluye la violencia por exposición como una forma de descuido o trato negligente (apartado 20. b).

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, que España ratificó el 18 de marzo de 2014, en su art. 18 impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas legislativas u otras necesarias para proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia, respondiendo a las necesidades específicas de las personas vulnerables, incluso los hijos de las víctimas.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito -LEVD-* que establece el concepto general de víctima en el art. 2¹, si bien es cierto que no incorpora como víctima a los menores expuestos a la violencia que sufren sus madres en esa definición, si busca visibilizarlos como tales², por lo que en el art. 10 dispone que “[l]os hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley”.

Partiendo de la definición de víctima de la LEVD, ninguna duda se planteó en hacer una interpretación del actual art. 416- 1, apartado 2-1º y 2º de la LECrim., en el sentido de que por víctima menor de edad se han de incluir no solo a las

¹ Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

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

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

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

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

² Apartado IV *in fine* del Preámbulo: se busca visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

víctimas directas, es decir a aquellos menores que “han sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito” (art. 2- a)- sino también a los hijos y/o las hijas de la víctima que en el momento de la muerte o desaparición de esta convivieran con ella (art. 2-b).

Ahora bien, el legislador ha avanzado en el objetivo de garantizar la máxima protección a los menores, más allá de su consideración como víctimas directas o indirectas del delito en los términos expuestos. Así, en la LO 8/2015 *de Protección a la infancia y Adolescencia*, tras calificar en su preámbulo como atroz la violencia que sufren los niños que viven y crecen en un entorno familiar y aludir a los daños que estos sufren, modificó el art. 1.2 de LO 1/04 -para extender las medidas de protección integral, cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, también a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, a quienes considera también “víctimas de esta violencia”- y los arts. 65 y 66 de dicha Ley Integral, a los que se hará mención al tratar de la reforma del art. 544 *ter* de la LECrim.

No podemos desconocer la realidad a que estos niños y niñas están sometido/as. En la Macroencuesta de 2019 se constata que 1.678.959 menores viven en hogares en los que la mujer está sufriendo algún tipo de violencia (física, sexual, control, emocional, económica o miedo) de alguna pareja. De estos, 1.314.712 son hijos/as menores de la mujer y 364.247 otros menores que conviven con la mujer. De su lectura también se advierte que de las mujeres que han sufrido violencia física, sexual o emocional de alguna pareja, que tenían hijos en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia y que responden que sus hijos presenciaron o escucharon la violencia contra la madre-un 69%- , el 89,6% dicen que los hijos eran menores de edad cuando sucedieron los episodios de violencia. En cuanto al riesgo de ser maltratados directamente, el 51,7% de aquellas mujeres que sufrieron cualquier tipo de violencia mientras sus hijos y/o hijas eran menores de edad, reconocen que estos también fueron maltratados; baste recordar que desde 2013 al momento en que se redactan estas conclusiones han sido asesinados 46 niños y niñas junto a sus madres o para hacerles a ellas el mayor daño posible.

Para dar respuesta a esa realidad, la propia LO 8/2021 que modifica el art. 416 LECrim. proporciona una definición de violencia incluyendo como tal “la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar” y a tal fin, y como se verá en otro apartado, además de la reforma operada en el art. 416, también ha modificado el art. 544 *ter* 6 y 7 de la LECrim, no solo para imponer como regla general la suspensión del régimen de visitas preexistente y solo excepcionalmente su mantenimiento si los menores han presenciado, sufrido, convivido con la violencia de género o doméstica, sino para evitar que en el contexto de la orden de protección se acuerde un nuevo régimen de visitas, en cualquier caso. Pero es que, además, 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

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha modificado el art. 94.4 del CC para regular, en el procedimiento de familia, con carácter general la imposibilidad de acordar un régimen de visitas cuando alguno de los progenitores está incurso en un procedimiento por violencia de género o doméstica o existan indicios de haber incurrido en cualquiera de esas manifestaciones violentas, o de mantenerlo si hubiera sido previamente acordado.

No se puede terminar este recorrido sin aludir a la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, *sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI))* que, en su Considerando AC dice que “la violencia en el marco de la pareja o expareja está intrínsecamente relacionada con la violencia contra los menores y el maltrato infantil; que la exposición de los niños a la violencia doméstica debe considerarse violencia contra los niños; que los niños expuestos a la violencia doméstica sufren consecuencias negativas para su salud mental o física, que pueden ser de naturaleza aguda y crónica”...“que el crecimiento en un entorno de violencia doméstica conlleva consecuencias muy negativas para el desarrollo físico, emocional y social del niño y su posterior comportamiento como adulto; que la exposición a la violencia en la niñez, ya sea como víctima de malos tratos o como testigo de episodios de violencia doméstica, constituye un factor de riesgo de cara a convertirse en vulnerable a la victimización o cometer actos de violencia como adulto, o bien experimentar problemas de comportamiento o de salud física o mental”. En base a todo ello en el apartado 10, el Parlamento “insta encarecidamente a que toda forma de violencia, incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, se considere tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y un acto contra el interés superior del menor”.

En el mismo sentido el TS, en la Sentencia del Pleno 188/2018 de 18 de abril, reconoció que la violencia de género que viven los menores “supone una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a producirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede llegar a ser paralizante y que desde luego afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia.”.

Por todo ello y de conformidad con los criterios hermenéuticos del art. 3 del CC, se concluyó que el concepto de víctima menor que recoge el art. 416 LECrim, además de los que son víctimas directas o indirectas en los términos del art. 2 LEVD, incluye a aquellos que se hallan “expuestos” a la violencia que sufren sus madres entendiendo por tales, en coherencia con el art. 544 *ter* 7 de la LECrim, los menores que hayan presenciado o convivido con la violencia de género o doméstica.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

Llegados a este punto, no podemos dejar de recordar que, si en cualquier momento de la investigación se advirtiera que el/la niño/a que ha presenciado o convivido con la violencia hacia su madre ha sufrido algún daño en su salud psicológica, deberá agotarse la instrucción con la pruebas periciales oportunas para dirimir las responsabilidades penales y garantizar sus derechos a la reparación e indemnización, además de su adecuada protección. En todo caso si de la instrucción se deduce que el investigado actuó con desprecio a la salud de los menores al ejercer la violencia sobre sus madres, aun cuando no hay resultado lesivo, debemos plantearnos acusar por un delito del art. 153.2 del CP.

2.2. Análisis y conclusión con relación a cada una de las excepciones a la excepción de la obligación de declarar

La obligación de «colaboración» con los órganos judiciales «en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto» prevista en el art. 118 de la CE, alcanza toda su efectividad cuando el legislador ordinario decide, en primer lugar, imponer en las leyes procesales concretos deberes de colaboración que pesan sobre las partes en litigio o sobre los terceros y regula las sanciones que considera procedentes a quienes infrinjan dicha obligación. Entre esas obligaciones está la de concurrir al llamamiento judicial y de declarar que tienen todas las personas que residan en España (art. 410 LECrim); no obstante, la propia Constitución prevé en el art. 24 una excepción a dicha obligación por razón de parentesco o de secreto profesional cuya concreción deja en manos del legislador. Realmente esa exclusión no contempla un derecho sino un mandato al legislador; como sostiene la doctrina, parece lo más acertado, a tenor de la redacción empleada por los constituyentes, entender que estamos ante una simple habilitación para que el legislador regule esta materia, y la regule respetando los términos y las limitaciones que el propio constituyente marca en el artículo citado.

El art. 416 de la LECrim desarrolla esa habilitación y, al igual que las otras excepciones a la obligación de comparecer al llamamiento judicial o de declarar contempladas en los arts. 411 y 412 LECrim, deben ser interpretadas restrictivamente (STS 389/20 F.J. 10º).

Pues bien, con la reforma operada por la LO 8/2021, se incorporan 5 supuestos a los que no es aplicable la excepción a la obligación general de declarar, lo que supone, primero que la excepción a la obligación de declarar, es decir, la conocida dispensa, se ha de interpretar de forma restrictiva y, en todo caso, la misma no es aplicable a los 5 supuestos ahora incorporados que ha de ser interpretados, como todas las normas, de acuerdo a los criterios hermenéuticos del art. 3 de CC.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

Ya hemos visto que en el Preámbulo de la LO 8/2021 se dice que se introducen una serie de excepciones a la dispensa del art 416, “con el fin de proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección”. En el Anteproyecto, que ya incluía una excepción semejante a la analizada en este apartado, se decía que se pretendía con ello situar en primer término el superior interés del menor.

El CGPJ en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia y Adolescencia frente a la violencia, entendió que se había hecho primar “el deber de colaboración con la Justicia (art. 118 CE) frente a las consideraciones de protección de la intimidad familiar (art. 18.1 CE) en razón de la especial vulnerabilidad de las víctimas” y afirmó que “[e]l establecimiento de este límite al derecho de dispensa ha de valorarse favorablemente pues constituye una restricción justificada en un interés público prevalente en la investigación penal de los delitos en que sean víctimas menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”. No ponemos más que compartir esta opinión pues, cuando se trata de violencia doméstica o de género, la mayoría de los delitos se cometen en la más estricta intimidad del domicilio y a espaldas de terceras personas que pudieran estar obligadas a declarar, por lo que la prueba testifical de la víctima y del resto de personas del círculo familiar afectado, se erige en prueba esencial cuando no única; si estos se acogen a la dispensa, la impunidad está asegurada, comprometiendo no solo el interés público en la sanción de estos delitos, sino la seguridad y protección de sus víctimas. Conviene recordar que la impunidad coloca a las víctimas en un plano de mayor vulnerabilidad y refuerza al agresor en su posición de dominio.

El Consejo Fiscal en su informe a ese Anteproyecto, haciéndose eco de esas apreciaciones, se manifestó favorable a esta inclusión en atención a los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad regulados en el art. 154 del CC y al derecho de los niños a vivir en un entorno libre de violencia- art. 2 LOPJM.

Pues bien, partiendo de que la representación legal de los menores corresponde a “[l]os padres que ostenten la patria potestad” (art. 162 CC) o al tutor/a (art. 175 CC), de acuerdo con esta excepción, la madre víctima de violencia de género, no podrá acogerse a la dispensa si sus hijas/os han sido víctimas en el sentido expuesto en el anterior apartado, al igual que el tutor/a que los tenga bajo su cargo. El interés superior del menor, como interés prevalente frente a cualquier otro con el que entre en conflicto, hace que, en estos casos, deba prevalecer el superior interés del menor a vivir en un ambiente libre de violencia, frente al derecho del testigo a acogerse a su derecho de dispensa. Recordemos que el art. 2.2 de la Ley Organica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) dispone que para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta una serie de criterios generales entre los cuales

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

destaca, por lo que aquí importa ahora, la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

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

La redacción de esta excepción es bien distinta a la excepción a la dispensa de la obligación de denunciar incluida en el art. 261 por la LO 8/2021.

Mientras que en el art. 416 solo se hace referencia a los delitos graves, en el art. 261 se incluye un catálogo de delitos respecto de los que el pariente tiene la obligación de denunciar si la víctima es una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, y entre ellos se incorporan no solo algunos delitos graves de conformidad con el art. 13 del CP sino también alguno delitos menos graves como el delito de violencia habitual que viene castigado con pena menos grave (art. 33.3 CP).

En la aplicación de ambos preceptos se pueden dar situaciones contradictorias pues, el testigo pariente del delincuente que no sea representante legal o guardador de la menor víctima tendrá la obligación de denunciar cuando se trate de un delito de violencia habitual, o de amenazas del art. 169 o 171-5 del CP, o de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 del CP, por ejemplo, y, sin embargo, luego podrá acogerse a la dispensa, pues estos delitos quedarán excluidos de la excepción 2ª del art. 416.

Pese a la aparente contradicción, en las jornadas se concluyó que la excepción a la dispensa queda limitada a los delitos graves de conformidad con el art. 13 del CP, que son todos los enunciados en el art. 261 cuando vengan castigados con penas graves, pero que no incluye los delitos menos graves que si están incluidos en ese precepto (violencia habitual, amenazas menos graves o leves...)

Son diversos argumentos los que sostienen esa conclusión. En primer lugar, la literalidad del precepto y la prohibición de interpretaciones extensivas; en segundo lugar, la distinta naturaleza, fundamentos y consecuencias de la obligación de denunciar y de declarar. La obligación de denuncia- art. 259 LECrim- es el deber jurídico de los ciudadanos que presencian un delito público de notificarlo a la autoridad competente que se fundamenta- al margen de apreciaciones morales- en la necesidad de contribuir con la prevención y la persecución de la delincuencia y, la consecuencia inmediata del cumplimiento de ese deber, de la formulación de la denuncia, es la de proceder a la comprobación del hecho denunciado por las autoridades concernidas (art. 269). Sin embargo, la obligación de comparecer ante el llamamiento judicial y de declarar está relacionado con el deber de colaborar con la justicia (art. 118 CE), obligación a la que la ley, de conformidad con la habilitación del art. 24 de la C.E., ha dado un contenido más restrictivo.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

Por último, esta es sin duda la voluntad del legislador pues durante la tramitación parlamentaria, el Grupo Parlamentario Plural, propuso- Enmienda 120- incluir en el art. 416 una redacción similar a la del 261 de la LECrim³, enmienda que no prosperó.

Por tanto, la excepción del art. 416-1 apartado segundo. 2º de la LECrim queda limitada a los delitos graves de conformidad con el art. 13 y 33 del CP.

3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa.

A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.

Al debatir sobre esta excepción, la problemática se centró en las ss. cuestiones:

1. En el proceso de determinación de su capacidad de comprender los testigos menores de edad. ⁴
2. En las consecuencias derivadas de esa falta de entendimiento.

Proceso de determinación de la capacidad de comprender de los testigos menores de edad.

El TS ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones en relación a la madurez del menor a la hora de decidir si se acoge o no a la dispensa y, así, ha venido diciendo que la edad y la madurez del menor son los elementos fundamentales que han de tenerse en cuenta para determinar si un menor puede o no ejercer la dispensa de la que es titular, parámetros que han de ponerse en relación con las necesidades de tutela y protección del menor, así como con el contenido y la complejidad de esa facultad y, para ello, es necesario determinar si comprende y si es capaz de evaluar las consecuencias que pueden derivarse de dicho acto. Se trata de un juicio de ponderación en relación con el

³ “Al igual que el proyecto de Ley incluye una excepción a la no obligación de declarar prevista en el artículo 261 de la LECrim, cuando se trate de determinados delitos cuya víctima sea un menor de edad, es necesario ampliar dicha excepción a la dispensa para no declarar prevista en el artículo 416” y propuso la siguiente redacción: “Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

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

⁴ Si bien con la referencia a la edad podrían estar incluidas no solo las personas menores de edad sino también las personas muy mayores con dificultades de comprensión, por razones sistemáticas- el precepto se incluye por la LO 8/2021 de protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia- y prácticas- en los casos de mayores con tales dificultades podría derivarse al supuesto de persona con discapacidad necesitada de apoyo- , el debate se centró solo en los testigos menores de edad parientes del encausado.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

cual se han especificado por el alto Tribunal multitud de factores (STS 225/2020, de 25 de mayo, FJ Tercero, apartado 2⁵)

De acuerdo con esa doctrina, el proceso de determinación de la capacidad de comprensión del testigo menor de edad está íntimamente ligado a una información previa exhaustiva que debe hacerse también de forma adecuada a la edad y grado de madurez del menor.

La edad es un primer criterio al que atender; al respecto conviene traer a colación la STS 329/21 de 22 de abril que, aludiendo a otras anteriores, dijo que *“podría entenderse como razonable residenciar la presunción madurez en la horquilla de edad que oscila entre los 12 y los 14 años, a salvo de que concurran especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura”*.

Cuando el testigo tenga menos de 12 años o cuando tenga entre los 12 y 14 años y surjan dudas, tendrá que determinarse si es capaz de comprender o no el contenido y efectos de la dispensa y para ello, y sin perjuicio de atender a los parámetros mencionados por la jurisprudencia (SSTS 225/20 de 25 de mayo y 342/21 de 23 de abril) en muchas situaciones necesitaremos del auxilio de expertos por lo que se reitera la necesidad de que las Administraciones implicadas- Ministerio de Justicia y CCAA- adopten las medidas que se precisen a fin de que se constituyan, en el más breve plazo posible, las Unidades de Valoración Integral Forense en todas las provincias, dotadas de personal suficiente y especialmente formado en violencia de género y maltrato infantil para que auxilien a los Jueces de Violencia sobre la Mujer en esta difícil tarea y, en

⁵ “Esa ponderación judicial del nivel de desarrollo emocional e intelectual del menor, así como de su capacidad por contrapesar los intereses en juego, cuando se trata de edades en las que estas cualidades del testigo pueden resultar controvertidas, impone al tribunal, no introspeccionar su conformidad o adhesión con la opción del menor, sino valorar la calidad de su opción, esto es, que la facultad se ejerce en las condiciones de libertad, de información, y de conocimiento con las que esencialmente se regiría el posicionamiento de una persona con plena capacidad de obrar. El Tribunal debe explorar que el menor alcanza a comprender, de una manera suficientemente sentada y reflexiva, cuál es la repercusión de su decisión respecto de todos los intereses que van a resultar concernidos y a los que hemos hecho anterior referencia. El órgano judicial debe tasar que el testigo guía su conclusión por los ordinarios parámetros de pensamiento libre, fundado e independiente con los que puede regir su esquema decisonal en el caso concreto una persona formada. Si la edad es un elemento fundamental para evaluar el grado de madurez de un menor a estos efectos, existen otros parámetros que facilitan ponderar si está en condiciones de ejercer el derecho por sí mismo cuando la edad se ubica en unos márgenes que no sean lo suficientemente elocuentes. Que el testigo sea la víctima de los hechos que se enjuician o que, por el contrario, sea un mero observador de lo que aconteció, es un elemento que condiciona el reconocimiento de su facultad de optar; como lo es también la naturaleza pública o privada de la acción penal establecida para la persecución de los hechos; la gravedad del delito investigado; su repercusión punitiva; la gravedad del daño irrogado a la víctima; la naturaleza del vínculo del testigo con el procesado; la repercusión que su declaración pueda tener en su relaciones familiares futuras; o la repercusión psíquica con la que los hechos pueden sacudir el futuro del menor. Tampoco es irrelevante que el testigo pueda conocer la repercusión procesal de su posicionamiento en función de la existencia o ausencia de otros elementos probatorios; o que se ejerza la facultad de no declarar en la fase procesal de investigación y con ocasión de delitos cuyo plazo de prescripción empezará a computarse cuando el testigo-víctima alcance la mayoría de edad (art. 132.1 prf. 2), o por el contrario su decisión vaya a materializarse en el acto del plenario, lo que trascenderá inevitablemente a una decisión definitiva sobre los hechos sometidos a proceso”.

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

otras muchas, como es la valoración de riesgo para decidir sobre las medidas cautelares, para proceder a la audiencia de menores sin discriminación por razón de la edad tal y como exige el art. 2 de la LOPJM y el art. 11 de la LO 8/21, y para la emisión de informes periciales en plazos razonables. Estas Unidades, cuya creación se reguló en la LO 1/2004, no existen en todas las provincias y, pese a que en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017 se acordó que en dos años se constituyeran en todas las CCAA, esta es una medida pendiente aún hoy de cumplimiento.

Consecuencias derivadas de esa falta de entendimiento.

Una vez determinada la incapacidad para comprender el sentido de la dispensa, la consecuencia que prevé la ley es la de no reconocer esa posibilidad al menor. Cuando el menor carece de la madurez necesaria para ejercitar por sí mismo el derecho de dispensa, la jurisprudencia del TS (STS 225/2020, FJ Cuarto ⁶) venía sosteniendo la intervención del representante legal, pero esa interpretación que era válida con la anterior redacción del art. 416, no lo es con la actual que, sin excepciones, prevé que si el menor no tiene esa capacidad de comprensión tendrá la obligación de declarar y esto, no solo se deduce de la letra de la ley, sino de la voluntad legislativa. Efectivamente en la tramitación Parlamentaria se registraron dos enmiendas- 196 y 512⁷- planteando en tales casos que la decisión fuera adoptada por los representantes legales y, en caso de conflicto de intereses de ambos progenitores, por el Ministerio Fiscal. Estas enmiendas tampoco prosperaron por lo que, si se determina que el menor no es capaz de entender el sentido de la dispensa, debe declarar adoptando para ello las medidas que se precisen a efectos de garantizar y proteger su seguridad e intimidad y evitar la victimización secundaria (arts. 9.2 de la LOPJM.; art. 19 a 23 de la L. 4/2015 del *Estatuto de las Víctimas del delito*), preconstituyendo la prueba cuando proceda de conformidad con el art. 449 ter de la LECrim.

Esto nos lleva a la necesidad de valorar que ocurrirá si con el trascurso de tiempo y vivo el procedimiento penal, el menor con capacidad de comprensión

⁶ “el derecho debe ser ejercicio a través de representante, lo que se ha concretado en el ejercicio del derecho por aquellos que velan por los intereses del menor, esto es, los padres como sus representantes legales ex art.162 CC, concretándose que corresponderá a uno solo de los progenitores cuando se aprecie un conflicto de intereses entre el otro progenitor y el menor (art. 163 CC)” y “...en consideración a la frecuencia con la que el ejercicio de este derecho puede toparse con agresiones a menores perpetradas por quienes les representan, ha introducido la previsión normativa ...[e]l artículo 26 de la Ley 4/2015, sobre el Estatuto de la Víctima por el Delito, al hacer precisamente referencia a las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, prescribe que el Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial que represente a la víctima en el proceso penal cuando, entre otros supuestos, sus representantes legales tengan con ella “un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal”.

⁷ que en el art. 416 se incluyera el siguiente párrafo “Tratándose de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, corresponderá a sus representantes legales decidir si esta prestará o no declaración en el procedimiento seguido contra su familiar. En caso de existir conflicto de intereses entre la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. En uno y otro caso, se respetará el derecho de la persona menor de edad de ser oída en los términos establecidos en la legislación vigente”.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

decide en fases o momentos procesales posteriores acogerse a la excepción de declarar contra su pariente. Esta cuestión requirió de escaso debate pues por unanimidad entendimos que se la ha de reconocer esa posibilidad. Por tanto, si durante el procedimiento el menor alcanzara la madurez suficiente para comprender el contenido y efectos de la dispensa y quisiera ejercerla en momentos procesales posteriores, pese a la excepción prevista en el apartado 5, el menor podrá acogerse a la dispensa.

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

Como hemos adelantado en las “cuestiones previas” en la STS de la Sala II (Pleno) 389/2020, de 10 de julio, volvió al criterio sentado en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, y entendió que el ejercicio de la acción penal constituyéndose como acusación particular, veda la posibilidad de invocar la dispensa legal, aunque posteriormente se abandonara tal posición procesal. Tal posicionamiento jurisprudencial se ha trasladado al nuevo ordinal cuarto del apartado primero del artículo 416 LECrim, al excluir la dispensa legal respecto del testigo que esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

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

El debate se centró en dos aspectos: sobre la necesidad de informar debidamente al testigo pariente de su derecho a no declarar, y sobre qué ha de entenderse por procedimiento.

En relación con la primera cuestión, el cambio legislativo produce una necesaria reinterpretación de aquella conclusión alcanzada en la Circular 6/2011 de la FGE en la que se decía que “[l]a víctima-testigo deberá ser informada, expresa y claramente, de la dispensa de la obligación de declarar, cuando proceda, en todas y cada una de las fases procesales y siempre que sea llamada a declarar en la sede judicial (art. 416 y 707 de la LECrim)”, pues, habiendo sido informada en la primera declaración y optado por declarar, decae la dispensa, por lo que no procederá informar al respecto en aquellas otras declaraciones. Ahora bien, lo importante es recordar que continúa vigente la obligación de informar al testigo pariente del contenido de la dispensa antes de la primera declaración y en las siguientes ocasiones que sea llamado al respecto, si en la primera optó por acogerse a la dispensa. Esa obligación de informar al respecto ha sido reiterada por la jurisprudencia (Acuerdo del Pleno de 23 de abril de 2013 y STS 449/2015 de 14 de julio) y en nuestras conclusiones de 2016 y 2020.

En cuanto a qué ha de entenderse por procedimiento, el debate se centró en determinar si quedan incluidas en la excepción las declaraciones efectuadas en la fase policial o en las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal y, se llegó a la conclusión de que solamente pierde la posibilidad de acogerse a la dispensa el testigo pariente que debidamente informado opta por declarar en el procedimiento judicial que se inicia con el auto de incoación correspondiente

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

(Diligencias Previas, Diligencias Urgentes o Sumario Ordinario). Para ello, además de atender al concepto de procedimiento que se desprende de diferentes normas sustantivas y procesales (art. 132 del CP; 544 *ter* de la LECrim), tuvimos en cuenta, por una parte, la doctrina sentada por el TS en concreto, la STS de la Sala II (Pleno) 347/2020 de 5 de junio,⁸ y, por otra, la del TC que en la sentencia 206/2003, de 1 de diciembre⁹ distingue claramente entre actuaciones judiciales y policiales, correspondiendo estas a la fase preprocesal.

En cuanto a las Diligencias de Investigación del Fiscal, el TC en la sentencia referida, solo entendió equiparable al procedimiento judicial la actuación del Fiscal de Menores de conformidad con la LO 4/1992. Además, que las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal no son procedimiento penal se deduce del propio art. 5 del EOMF cuando en el último párrafo se dispone que “transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el Fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querella, a menos que resultara procedente su archivo”, siendo la denuncia y querella actos de iniciación de proceso. Por su parte la Circular 4/2013, sobre las diligencias de investigación, en su apartado 26º dice que “la naturaleza preprocesal y no jurisdiccional de las actuaciones del Fiscal llevan a la conclusión lógica de que la decisión de archivo en ningún caso podrá equipararse ni en su naturaleza ni en sus efectos jurídicos a la decisión de sobreseimiento del Juez de Instrucción”.

Por tanto, para que la excepción contemplada en el apartado 5º devenga aplicable es necesario que el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento judicial después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo, y no perderá esa posibilidad por haber declarado ante la Policía o en las D. Investigación del M. Fiscal.

3. PROTECCIÓN DE LAS MADRES Y SUS HIJAS E HIJOS: Reforma del art. 544 *ter* LECrim.

Retomando todas las ideas y argumentos plasmados en el apartado relativo al concepto de víctima menor de edad en cuanto a la consideración como víctima del menor que convive en un entorno de violencia de género, y dando por reproducidos todos los contenidos en la “Nota de servicio 1/2021. Criterios orientativos en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 *ter* LECrim y 94.4 CC”, conviene recordar, en primer lugar, la conclusión de dicha Nota a partir de la cual se debatió sobre la protección de madres e hijos/as, entendiendo este como un objetivo único e inescindible, temiendo en cuenta que si no se

⁸ En relación con el delito de simulación de delito, dijo que “actuación procesal es equivalente a actuación realizada por un órgano jurisdiccional (lo otro serían investigaciones o actuaciones preprocesales)”.

⁹ En relación a las pruebas que se pueden reproducir en el acto del Juicio Oral (arts. 714 y 730 LECrim) dijo que solo son aquellas que se practicaron en “la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía”

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

protege a la mujer, los menores que con ella conviven quedan sometidos a enormes riesgos, y si no se protege adecuadamente a estos no se protege de forma efectiva a aquellas.

En la Nota se adoptó la siguiente Conclusión: “Como criterio orientativo, cuando existan hijos o hijas menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género las/os Sras./es. Fiscales no interesarán el establecimiento de un régimen de visitas en la comparecencia de orden de protección al impedir este pronunciamiento la regulación actual del art. 544 *ter* LECrim. Si existiera un régimen de visitas vigente acordado por cualquier resolución judicial precedente, las/os Sras./es. Fiscales solicitarán su suspensión si los menores han presenciado, sufrido o convivido con la violencia y, solo excepcionalmente, podrá interesarse su mantenimiento cuando así lo aconseje el superior interés del menor evaluando la relación paterno filial”.

Como ya se decía en aquella Nota, la reforma del 544 *ter* 7 de la LECrim, es congruente, además, con la incluida en el art. 94.4 CC que en la actualidad dispone que “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”.

Pues bien, con posterioridad a dicha nota, incluso a la fecha de celebración de las jornadas, se han registrado iniciativas legislativas de gran interés y que siguen la línea adoptada en la legislación estatal. En concreto, en Cataluña, el Decreto Ley 26/2021, de 30 de noviembre, *de modificación del libro segundo del Código Civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria*, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya de 2 de diciembre de 2021, ha modificado el artículo 236-4 y 5 para disponer que *“El progenitor y las otras personas a que hace referencia el artículo 236-4.2, cuando haya indicios fundamentados de que han cometido actos de violencia familiar o machista, no tienen derecho a relacionarse personalmente con los hijos o hijas. Tampoco pueden establecer relaciones personales con los hijos e hijas mientras se encuentren incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o de sus hijos o hijas, o en situación de prisión por estos delitos mientras no se extinga la responsabilidad penal.*

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

4. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer, de forma motivada, un régimen de estancias, relación o comunicaciones en interés de la persona menor, una vez escuchada, si tiene capacidad natural suficiente.”¹⁰

Partiendo de la conclusión alcanzada en la nota de servicio de 14 de octubre, en las jornadas trabajamos sobre diferentes aspectos de la reforma operada en el art. 544 ter 6 y 7 de la LECrim:

1. La modificación efectuada en el párrafo 6º en cuanto a las medidas penales.
2. La modificación llevada a cabo en el párrafo 7º que afecta a dos cuestiones que requieren de una atención diferenciada:
 - a. La inclusión entre las medidas civiles de la relativa a la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho.
 - b. La desaparición en el catálogo de medidas civiles de la relativa a la determinación del régimen de visitas y la regulación de la obligación de suspensión del régimen de visitas previamente acordado y de la posibilidad excepcional de mantenerlo.

¹⁰ Abundando en todos los argumentos hasta ahora expuestos y en la Nota de Servicio 1/21, la Exp. de Motivos del Decreto dice expresamente, tras analizar la regulación vigente antes de su promulgación, que, “[a] pesar de esta regulación, el hecho es que ninguna norma relativa a las medidas, ya sean provisionales o definitivas, prohíbe expresamente que se establezca el régimen de estancias y comunicaciones con el progenitor violento. También hay que tener en cuenta que la aplicación que hacen los tribunales de la regulación vigente a menudo prioriza que las relaciones personales entre los progenitores y los hijos e hijas no se rompan. El modelo del que parten es que, con fundamento en el principio del mejor interés de la persona menor, hay que mantener las relaciones personales con el padre incluso en los casos de violencia machista. Este es un criterio basado en estereotipos, como ha señalado el Comité CEDAW en su decisión sobre el caso González Carreño v. España, que considera la bondad del vínculo filial prescindiendo de valorar la adecuación de la persona para cumplir sus responsabilidades parentales, que elude su conducta violenta, psicológicamente y físicamente, hacia la madre y no tiene en cuenta su comportamiento, lo que no se puede admitir en ningún caso y, en especial, en los supuestos de violencia machista. La realidad ha demostrado que esta violencia deriva, indefectiblemente, hacia las hijas y los hijos en la violencia vicaria, de manera que los pone en situación de peligro o de riesgo para su vida. Es esta constatación, entre otras, la que ha impulsado la modificación de la Ley 5/2008, de 24 de abril, para reforzar la protección de las mujeres y otras personas de su entorno que sufren violencia. Además de lo que se ha expresado, en el derecho vigente, la suspensión del régimen de estancias en situaciones de violencia familiar o de violencia machista es solo una posibilidad a valorar por la autoridad judicial que no determina la privación del régimen de estancias. Dado que es necesario detener el número de víctimas de la violencia vicaria, hay que abordar con urgencia la reforma del Código civil de Cataluña con el fin de revertir la situación actual y establecer mecanismos que tengan efectos de forma inmediata y contribuyan a la resolución del problema. A día de hoy, los hijos e hijas menores, de acuerdo con su situación personal, pueden ser víctimas de la violencia vicaria. Por este motivo, es necesario establecer medidas que los beneficien de una manera efectiva y que permitan la disminución del riesgo o peligro hacia su persona, por medio de resoluciones judiciales que prohíban las estancias con el padre que ejerce la violencia vicaria. Es necesario que se emprenda una reforma legal urgente que adapte y revise el Código civil de Cataluña con la introducción de un nuevo modelo en el que prevalezca la seguridad del hijo y la hija menores y supere las carencias del sistema actual, al amparo del principio del interés superior de la persona menor”

3.1. La modificación efectuada en el párrafo 6º en cuanto a las medidas penales.

En la redacción anterior de este apartado se decía que las medidas penales en el contexto de la orden de protección “[s]e adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima”. Con la nueva redacción, el juez deberá atender también, en su caso, a la necesidad de protección integral e inmediata de las personas sometidas a la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de la víctima.

Esta mención es absolutamente coherente con la actual redacción del art. 1.2 de la LO 1/2004 en el que se concreta el objeto de la ley- la lucha contra la violencia sobre la mujer como manifestación de discriminación de género- estableciendo 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 también de esta violencia.

Si examinamos los antecedentes legislativos, vemos como los grupos que propusieron esta reforma la justificaron en la necesidad de “establecer que las medidas cautelares que puedan adoptarse alcanzarán tanto a la víctima como a las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”- enmienda 199. Sin ninguna duda, y en atención a los riesgos a que están sometidos los menores que conviven en ese entorno de violencia de género, deviene imprescindible valorar la necesidad de adoptar respecto de ellos también medidas de naturaleza penal que si analizamos los datos que facilita el CGPJ, vemos que en la práctica son excepcionalmente acordadas¹¹. En este sentido, el 30 de julio del 2019 la Fiscal de Sala emitió una nota recomendando que “[c]uando se interese una orden de protección, y se detecten en las diligencias practicadas y de la VPR conforme a la Instrucción 4/2019 de SES (Secretaría de Estado de Seguridad), a menores en situación de vulnerabilidad y menores en situación de riesgo deberá de plantearse la necesidad de interesar medidas cautelares de carácter penal, de conformidad con lo previsto en el artículo el art. 544 *ter* 6 de la LECRM”.

La conclusión necesariamente tiene que incidir en la necesidad de prestar una especial diligencia a la hora de analizar y valorar los hechos y las circunstancias concurrentes en las solicitudes de órdenes de protección cuando con la mujer víctima conviven menores de edad, a efectos de tener en cuenta en nuestras peticiones, y así ponerlo de relieve en nuestros informes, esa necesidad de protección integral e inmediata no solo a las mujeres víctimas sino también respecto de sus hijos o menores que con ella convivan; circunstancias que pueden evidenciarse no solo en supuestos de maltrato directo, sino también, por el riesgo de que puedan ser sometidos a maltrato, por estar expuestos a esa

¹¹ En los tres primeros trimestres de este año el Número Víctimas Menores tuteladas ha ascendido a 225 lo que representa en relación con el total de órdenes de protección acordadas (19.322) solo un 1,16%

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

violencia con las consecuencias consabidas para su salud y para su desarrollo evolutivo, y por el riesgo de instrumentalización para mantener la relación de poder y de control con la madre, extendiendo, cuando así proceda la petición de medidas penales también respecto de esos menores.

3.2. La modificación llevada a cabo en los apartados 3º y 4º del párrafo 7º del art. 544 ter LECrim.

Como ya se ha adelantado, la reforma afecta a dos cuestiones que requieren de una atención diferenciada:

a. La inclusión entre las medidas civiles de la relativa a la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho.

En este apartado se analizaron las razones por las que el legislador pudo entender necesaria la inclusión de esta medida en la orden de protección si tenemos en cuenta que en el contexto de la violencia sobre la mujer esa posibilidad ya existe en el art. 65 de la LO 1/2004 la posibilidad de suspender la patria potestad y “[s]i no acordará la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad” (apartado introducido por la LO 8/2015). Posibilidad que, no está de más recordar, ha sido muy escasamente utilizada¹². No sabemos en cuantas ocasiones se ha acordado en el contexto de la orden de protección alguna medida relativa a la forma de ejercicio de la patria potestad, pero, la experiencia y el conocimiento que nos está dando el análisis de las resoluciones que nos están enviando los y las Fiscales desde toda España¹³, nos dice que es prácticamente inexistente.

La determinación de la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, en el contexto de la orden de protección, en relación a los supuestos de violencia de género puede ser de gran utilidad, en muchas situaciones y, en concreto, a raíz de la reforma operada en el art. 154 del CC por la propia LO 8/2021, que ha incluido entre las funciones inherentes a la patria potestad la de 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, lo que provoca, sin duda alguna, graves problemas en las víctimas que, para su propia protección y la de sus hijas e hijos, tienen que trasladarse a otros barrios, municipios o provincias. En ocasiones, cuando solicitan la orden de protección ya se encuentran en casas de acogida o pisos tutelados y la conveniencia de alejarse del lugar en que tenían su domicilio con el agresor puede no solo responder a la necesidad de protección propia y de sus hijas e hijos, sino también de garantizar su recuperación y

¹² De acuerdo con los datos que nos facilita el CGPJ en los tres últimos trimestres, solo se acordó la suspensión del ejercicio de la patria potestad en 109 ocasiones lo que representa un 0,9% del total de medidas civiles acordadas.

¹³ Análisis y estudio del que se dará cuenta en la próxima Dación de Cuentas y en la Memoria.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

autonomía. La comparecencia del art. 544 *ter* 4 de la LECrim. se erige en un instrumento fundamental para poder anticiparnos en esa respuesta y adjudicar a la víctima la función de decidir el lugar de residencia de sus hijos e hijas.

Por tanto, para garantizar la salud, seguridad, recuperación y autonomía de las mujeres y de sus hijas/os, los y las fiscales debemos indagar en la comparecencia de la orden de protección, entre otras cuestiones, sobre las necesidades que planten las mujeres en cuanto al cambio de domicilio y por tanto de residencia de los menores a los efectos de interesar la distribución de funciones de la patria potestad que proceda.

b. La desaparición en el catálogo de medidas civiles de la relativa a la determinación del régimen de visitas y la regulación de la obligación de suspensión del régimen de visitas previamente acordado y de la posibilidad excepcional de mantenerlo.

En las jornadas se partió de la conclusión alcanzada en la Nota de Servicio n.º 1 de 14 de octubre de 2021, es decir, que cuando existan hijos o hijas menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género las/os Sras./es. Fiscales no interesarán el establecimiento de un régimen de visitas en la comparecencia de orden de protección al impedir este pronunciamiento la regulación actual del art. 544 *ter* LECrim. y cuando exista un régimen de visitas previamente acordado, si las hijas/os han sufrido, presenciado o convivido con la violencia de sus madres, la regla general es la suspensión de dicho régimen y solo de forma excepcional se podrá acordar su mantenimiento.

La jornada se centró, principalmente, en la suspensión del régimen de visitas previamente acordado y, excepcionalmente en su mantenimiento, en los supuestos en que es aplicable tal norma: que los menores hayan sufrido, presenciado o convivido con la violencia.

En cuanto a la “presencia” debemos entender que aquella no puede restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia " (STS Pleno 188/2018 de 18 de abril y STS 478/21 de 2 de junio). Por “sufrido” debemos entender que el menor haya sido también objeto de maltrato en cualquiera de sus modalidades y por “convivido”, término que parece requerir cierta cotidianeidad, permanencia o reiteración, se han de entender aquellas situaciones que, por la reiteración de actos de violencia física, psicológica o sexual, afectan al núcleo familiar al crear un clima de temor y de inseguridad sostenido.

Para la determinación del interés superior del menor debemos partir del art. 2 de la LOPJM que establece una serie de criterios generales, unos criterios de ponderación y unas garantías procesales que han de ser respetadas. Entre los criterios generales destaca, por lo que aquí importa, la protección del derecho a

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia por un lado, y por otro, 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. Íntimamente vinculadas a la última el art. 2 dispone como garantías procesales las ss. entre otras:

- 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.
- 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.

Al hilo de esas garantías, el art. 9 establece que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna en cualquier procedimiento en el que se vaya adoptar una decisión que le afecte en su esfera personal, familiar o social, para lo cual, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible; esa audiencia, que tendrá carácter preferente, se debe llevar a cabo cuando fuera necesario con la asistencia de profesionales cualificados o expertos; además el precepto prevé que si el menor tiene suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente; se considera que es maduro cuando tenga 12 años y en caso de duda, la madurez debe valorarse por personal especializado.

Por su parte, la LO 8/2021 que persigue, entre otros fines, reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria, en el art. 11-1 y 2 dispone que *“[l]os poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior”* y que *“Se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana”*.

La audiencia del menor en la tramitación de la orden de protección fue uno de los temas más debatidos pues, pese a la obligación de hacer efectivo ese

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

derecho y la conveniencia de que así se haga a los efectos de valorar adecuadamente todas las circunstancias, no solo en relación a las medidas civiles sino también a las medidas penales, nos encontramos con diversidad de inconvenientes y obstáculos relacionados con la citación y comparecencias de los menores en la guardia o en el plazo máximo de 72 horas en el que la comparecencia debe practicarse¹⁴ y la imposibilidad, en muchas ocasiones, de contar con expertos que nos auxilien en la transmisión de información necesaria a los menores, en su exploración sin riesgos de revictimización, en la valoración de cuál sea su superior interés y en la evaluación de la situación de la relación paterno-filial que exigirá sin dudas, examinar a toda la familia y pronunciarse, sobre habilidades psico parentales del investigado. Estas carencias y dificultades se unen a las detectadas en relación a otros extremos, como es la valoración del riesgo para poder acreditar la situación objetiva de riesgo, presupuesto imprescindible para adoptar la orden de protección, al no contar en muchas de las demarcaciones judiciales con las Unidades de valoración forense integral (UVIF) que ordenó crear en la D. Adicional 2ª de la LO 1/2004 y ello, pese a que en el Pacto de Estado de 2017 se acordó que establecer, en el plazo máximo de dos años, las Unidades de Valoración Forense Integral (medidas 110 y 208 Congreso y Senado respectivamente). Por ello se acordó, en primer lugar, instar a las administraciones competentes (Ministerio de Justicia y CCAA) para que, en primer lugar y con carácter urgente, procedan a la creación en todas las provincias de las UVIF, con una dotación suficiente de profesionales adecuadamente formados en violencia de género y maltrato infantil y que se reglamenten de manera que estén a disposición de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer durante las guardias y, en segundo lugar, para que garanticen la creación de espacios adecuados en los Tribunales que permitan que la audiencia de los y las menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto (cámaras Gesell).

Por otra parte, ante la escasez de equipos de expertos y la dificultad de contar con los menores en las comparecencias, a los efectos de la adopción de las medidas civiles, concluimos que, sin perjuicio de proceder a su audiencia sin discriminación en el procedimiento civil, podemos prescindir de la exploración de los menores en la comparecencia de la orden de protección cuando, al no existir régimen de visitas previamente acordado, no se ha de proceder a hacer pronunciamiento alguno al respecto, teniendo en cuenta que la custodia se ha de atribuir al progenitor no investigado por imperativo del art. 92.7 CC y Circular 6/2011 de la FGE; también podemos prescindir en este trámite de dicha exploración cuando ninguna de las partes pide el mantenimiento del régimen previamente acordado y los menores presenciaron, sufrieron o convivieron con la violencia, situación en la que solo cabe la suspensión de dicho régimen, pues

¹⁴ De conformidad con la Circular 3/2003 de la FGE *sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección*, al tratar “[s]obre la posibilidad de proponer y practicar prueba en la comparecencia y sobre la documentación del acto son reproducibles aquí las consideraciones que se efectuaban en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, en el apartado III subapartados b) y c).

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

el juez no puede acordar su mantenimiento de oficio. Sin embargo, si debemos intentar oír al menor cuando alguna de las partes pide que se mantenga aquel régimen o el Fiscal valora esa posibilidad.

Partiendo de lo anterior, se consideró que, si el menor ha sufrido directamente la violencia, lo procedente es acordar medidas penales que le protejan directamente frente a posibles futuras actuaciones del agresor. Al margen de aquellos casos más graves que requieran la adopción de la prisión provisional de conformidad con el art. 503. 3.c de la LECrim, lo procedente es acordar la prohibición de aproximación y de comunicación del investigado respecto de los menores lo que, de conformidad con el art. 48 del C.P., conlleva la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido hasta el total cumplimiento de esta pena, todo ello sin perjuicio de solicitar las medidas que procedan de conformidad con el art. 544 quinquies LECrim.

En el resto de los casos -el menor ha presenciado o convivido con la violencia- la regla general es la de la suspensión del régimen de visitas toda vez que la estimación de la orden de protección es un factor precipitante del riesgo para las/los menores y sus madres, todo ello sin perjuicio de lo que proceda acordar en el procedimiento civil, en su caso, con más elementos de juicios. Solo cabe que excepcionalmente se interese el mantenimiento de ese régimen, cuando se cuente con argumentos objetivos y sólidos fundamentados en el superior interés del menor y en el resultado de la evaluación de la relación paterno filial entre el investigado y el menor en la ejecución de ese régimen de visitas, argumentos que deben ser expuestos en nuestros informes a fin de que sean valorados por el juez en su resolución.

En los casos en los que los y las menores no hayan sufrido, presenciado ni convivido con la violencia, por aplicación analógica del art. 94.4 del CC, sin perjuicio de valorar todas las circunstancias concurrentes, también debe entenderse que la regla general es la de la suspensión del régimen de visitas previamente acordado y solo excepcionalmente su mantenimiento por resolución motivada y fundamentada 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.

Si para determinar cuál es el superior interés del menor y evaluar la relación paterno filial entre el investigado y los/as hijos/as se requiriera de un informe de la UVFI con el que no se pueda contar en el plazo de las 72 horas en que ha de resolverse la orden de protección, deberemos interesar la suspensión del régimen de visitas hasta que se emita el informe pericial; una vez contemos con dicho informe se solicitará lo que proceda en orden a continuar con la suspensión del régimen de visitas o dejar sin efecto está acordando el restablecimiento de aquel régimen previamente acordado en la jurisdicción civil.

Si entendiéramos, analizada la relación paterno filial y valorando el superior interés del menor, que lo más adecuado es el mantenimiento del régimen de

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

visitas, por imperativo del art. 66 de la LO 1/2004, debemos interesar que el juez se pronuncie en su resolución sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores y que se adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, instando así mismo a que se realice un seguimiento periódico de su evolución.

Como bien sabemos, la medida de suspensión del régimen de visitas previamente acordado de conformidad con el último apartado del art. 544 *ter*-7 de la LECrim, tendrá una vigencia temporal de treinta días y 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 permanecerá en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. Pues bien, todos coincidimos en que, en atención al riesgo y afectación de los menores a consecuencia de la violencia y de la actuación procesal y circunstancias en que se encuentre su madre, para asegurar la protección de aquellos y ante la posibilidad de que la madre no interponga la demanda o no lo haga en el plazo previsto, deberemos valorar solicitar la suspensión del régimen de visitas de conformidad con el art. 66 de la LO 1/2004 durante toda la tramitación del procedimiento (art. 69 de dicha LO).

Todo lo expuesto hasta este momento es aplicable a aquellos casos en los que, solicitada una orden de protección, en aplicación del art. 801 de la LECrim se dicte sentencia de conformidad, pues la pena que se impone se entiende como equivalente a la medida cautelar penal a los efectos del art. 544 *ter* de la LECrim.

Ahora bien, en los supuestos en los que se plantee por el/la abogado/a del investigado el reconocimiento de los hechos a los efectos de la conformidad y no se hubiera interesado por la víctima la adopción de la orden de protección, si existieran hijos/as menores que convivan con la víctima, el Fiscal debe tomar la iniciativa para que la protección de los menores sea efectiva y a tal fin caben dos posibilidades. La primera, que el Fiscal solicite la orden de protección a los efectos de regular las relaciones paternofiliales, de manera que si no existieran medidas civiles acordadas con anterioridad debería solicitar las que procedan a excepción del régimen de vistas por estar vedado y, si existieran medidas civiles previamente acordadas y entre ellas el régimen de visitas a ejercer por el progenitor investigado, el Fiscal tendría que pedir como regla general la suspensión de dicho régimen, salvo que, debidamente analizadas las circunstancias concurrentes y evaluada la relación paternofilial, entienda, y así lo justifique, que el superior interés de los menores aconseja su mantenimiento.

Por otra parte, esas medidas tendrían una duración de 30 días prorrogable por otras 30 de conformidad con el art. 544 *ter* 7 y, al dictarse una sentencia condenatoria no cabría la posibilidad de acudir al art. 65 y 66 de la LO 1/2004. Por ello tenemos que plantearnos una segunda opción más efectiva que es la de solicitar las medidas que procedan de conformidad con el art. 158 del CC y entre ellas la de abono de una pensión de alimentos (158- 1º), la adjudicación de la

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

custodia a la madre y la suspensión del régimen de vistas de conformidad con el párrafo 6º.

4. MODIFICACIÓN DEL ART. 94.4 y 5 DEL CC

4.1. Art. 94.4 del CC

El art. 94 del CC que ha sido modificado por la L. 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, afecta a los procedimientos de familia que se tramitan ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Familia.

El art. 94.4 del CC dispone que “[n]o 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”

En el primer inciso del precepto, el presupuesto que se exige es que el progenitor se halle 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. Como se puede comprobar este requisito es el mismo que se contempla en el art. 92.7 del CC al regular la prohibición de la custodia compartida que ya fue analizado en la Circular 6/2011 de la FGE diciendo que “tal prohibición ha de ser interpretada a la luz del principio inspirador de esta reforma que es la salvaguardia del superior interés del menor. Por ello, en ese procedimiento han de haber sido objetivados indicios de criminalidad, por lo que la simple denuncia no será suficiente para vetar tal posibilidad”. Tal conclusión es aplicable a el precepto en análisis.

La diferencia con el art. 544 *ter* de la LECrim. es clara. En primer lugar, si bien en este precepto se regula la prohibición de establecer una régimen de visitas si el progenitor esta incurso en una procedimiento penal por los delitos indicados en violencia doméstica o de género, lo que refuerza la interpretación de que en la orden de protección no se puede establecer dicho régimen, sin embargo, en el procedimiento civil si se regula la posibilidad de acordar ese régimen *ex novo* de forma excepcional y bajo los parámetros apuntados (interés superior del menor y evaluación de la relación paterno-filial); la razón ha de encontrarse en la posibilidad de contar con más elementos de juicio en el procedimiento civil que en la orden de protección.

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

En segundo lugar, el art. 94.4 CC prevé la suspensión del régimen de visitas preexistente como regla general sin hacer mención a que el menor haya sufrido, presenciado o convivido con la violencia de género o doméstica; la justificación de esa diferencia solo puede hallarse en que, ante la urgencia de la decisión en el contexto de la orden de protección, la posibilidad de suspender un régimen de visitas acordado en un procedimiento civil en el que se han tenido muchos más elementos de juicio de los que se cuentan en la comparecencia del art. 544 ter 4, se restringe a aquellas situaciones más graves (menores maltratados, que hayan presenciado o convivido con la violencia) .

Aunque, a diferencia del art. 544 ter de la LECrim, en este artículo no se haga alusión específicamente a la posibilidad de mantener el régimen de visitas previamente acordado, la excepción que se recoge en el mismo debe interpretarse en el sentido de que el juez pueda acordar el régimen de visitas *ex novo* o mantener el previamente acordado bajo los parámetros indicados en el precepto. No puede llegarse a otra conclusión partiendo del sentido propio de sus palabras en relación con el contexto¹⁵, del sentido común y de la lógica pues, si en el procedimiento civil, en el que las partes puede aportar muchísima más información y prueba que en la comparecencia de la orden de protección, se permite, en situaciones de ausencia de previa regulación, el establecimiento de un régimen de visitas pese a estar incurso el progenitor en un procedimiento penal de los indicados o de existir indicios de violencia doméstica o de género, también se podrá pronunciar sobre el mantenimiento del preexistente, si bien en todo caso deberá hacerse en una resolución motivada en el superior interés 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.

Por otra parte, conviene recordar la conclusión Vigésimoquinta apartados 4 y 5 de la Circular 6/2011 antes citada:

“Si en el procedimiento civil se advierten indicios de violencia de género, los Sres. Fiscales velarán porque se convoque y celebre la comparecencia prevista en el artículo 49 bis 2) LEC, salvo que tales indicios lleguen a través de la aportación de un testimonio de una resolución dictada en un procedimiento penal, en cuyo caso se procederá de conformidad con lo establecido en el art. 49 bis-1 de la LEC.

Si en el procedimiento civil se advierten indicios de violencia doméstica que no hayan motivado la incoación de un procedimiento penal, los Sres. Fiscales velarán porque se deduzca testimonio bastante de las actuaciones y se remita al Juzgado de Instrucción que corresponda para la incoación del procedimiento penal oportuno”.

Cuando estemos ante procedimientos de “mutuo acuerdo” tramitados por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, deberemos solicitar oír a los menores de

¹⁵ Según la RAE “establecer” en su segunda acepción es “ordenar, mandar, decretar”.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

conformidad con el art. 777-5 de la LEC sin perjuicio de que en el trámite de ratificación por separado a que se refiere el art. 777-3 de la LEC se indague por el LAJ si la conformidad de la mujer víctima ha sido prestada libremente.

Por último, es preciso recordar que las/los fiscales que acudan a los pleitos de familia, lo han de hacer con conocimiento íntegro de la totalidad de las causas penales y civiles que afecten a ambos progenitores y a los/las menores, que les permita sostener las pretensiones correspondientes con un conocimiento global de la situación, y no limitándonos a la cuestión concreta que se plantee en el procedimiento correspondiente.

4.2. Art. 94.5 del CC.

Este precepto prevé que “No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior”. Lógicamente, no procederá ni el establecimiento ni el mantenimiento del régimen de visitas previamente acordado y si la situación de prisión provisional o por codena por alguno de los delitos previstos en el apartado anterior, se produce estando vigente un régimen de visitas, sin perjuicio de los procedimientos que insten las partes para modificar las medidas acordadas previamente, el Fiscal deberá interesar de conformidad con el art. 158.6 del CC la suspensión del régimen de visitas.

5. EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y MEDIDAS CAUTELARES PARA PRESERVAR EL PATRIMONIO DE LOS INVESTIGADOS

A través de la información a que tiene acceso al Fiscal de Sala como miembro del Comité de Expertos del Fondo de Becas Fiscal Soledad Cazorla Prieto, se tuvo conocimiento de las maniobras que los investigados por delito de asesinato y homicidio de sus parejas, padres o no de los hijos de esta, llevan a cabo para hacer desaparecer su patrimonio, mobiliario o inmobiliario y hacer inefectivo el derecho a la indemnización que le corresponde a los huérfanos/as de la violencia de género, situación que puede hacerse extensiva a otros perjudicados, razón por la que la Fiscal de Sala propuso y así se acordó que en las comparecencias de art 505 de la LECrim, además de pedir la prisión provisional se interese de conformidad con el art 589 de la LECrim que se requiera al investigado para que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza.

6. MISCELÁNEA JURÍDICA A DEBATE

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

En la tercera mesa, como ya se ha adelantado, se trabajó sobre diferentes temas, algunos de ellos meramente expositivos en relación a la respuesta jurídica que se obtiene en cuanto a determinados delitos y así, en concreto, en cuanto al delito de abusos sexuales a menores de 16 años, tras la exposición que se llevó cabo al respecto, se advirtió la imposibilidad de alcanzar conclusión alguna sin perjuicio de recordar, de conformidad con la Circular 1/2017 de la FGE, la posibilidad de plantear directa o alternativamente la aplicación del artículo 183 *quater* CP como atenuante analógica, simple o muy cualificada. De la misma manera, en relación con la preocupación expresada en cuanto a que determinados delitos de homicidio o asesinato puedan quedar enmascarados como suicidios asistidos, igualmente se consideró la necesidad de hacer una exhaustiva investigación de estos casos a fin de llegar a la conclusión más ajustada a la realidad de lo acontecido y que, cuando no se pueda descartar contundentemente el pacto suicida, se debe acusar y someter el asunto a la decisión del Tribunal del Jurado.

Al margen de los anteriores, se trataron los siguientes temas:

**6.1. DELITO DE DENUNCIA FALSA Y FALSO TESTIMONIO.
IMPROCEDENCIA DE TRAMITACIÓN POR JUICIO RÁPIDO**

En las conclusiones del Seminario de especialistas de 2012 ya nos pronunciábamos en cuanto a la inconveniencia de tramitar por Diligencias Urgentes los procedimientos incoados por denuncia falsa en violencia de género, así como de aceptar conformidades con la sola declaración de reconocimiento de la que fuera inicialmente denunciante-víctima. Teniendo en cuenta que estos procedimientos son competencia de los Juzgados de Instrucción (art. 87 LOPJ) que carecen de la visión de conjunto y perspectiva holística que posee el juzgado especializado en violencia sobre la mujer, debe acometerse una investigación exhaustiva acerca de la concurrencia de los elementos típicos del delito, huyendo de automatismos que pudieran derivarse de la autoinculpación de la investigada.

Desde la Fiscalía de Sala de lo penal del TS se comunicó a la Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer la existencia de dos recursos de revisión interpuestos por la defensa de los condenados que habían prestado su conformidad ante el JVM en el seno del Juicio Rápido y fueron condenados. El recurso de revisión lo basan en la sentencia condenatoria por un delito de denuncia falsa dictada con conformidad en un juicio rápido de la que fue víctima en aquel procedimiento. En uno de ellos en concreto el condenado lo había sido por un delito de maltrato del art. 153.1 del CP y en los hechos probados se hacía contar la existencia de diversas lesiones de las que existía soporte documental (informes médicos y de valoración de riesgo). La condena de la víctima como autora de un delito de denuncia falsa se basó exclusivamente en su “reconocimiento”. El Fiscal del TS informó en el sentido de oponerse a la revisión y anulación de la sentencia condenatoria del recurrente, toda vez que dicha sentencia se dictó con la conformidad del recurrente, que en los hechos

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

probados se acredita documental y pericialmente la agresión y las lesiones padecidas por la víctima de violencia de género, que la sentencia que opera como presupuesto habilitante de condena por delito de acusación y denuncia falsa se dictó incumpliendo el requisito objetivo de procedibilidad del artículo 456.2 CP, pues existía sentencia condenatoria firme por el delito de maltrato, no sentencia absolutoria firme y que, en la nueva sentencia de condena por acusación y denuncia falsa, no existió prueba alguna, y añadió que *“otorgando la revisión en este caso se abre un precedente de anulación de cualquier sentencia condenatoria en violencia de género con la sola declaración de la mujer víctima en una sentencia sin contradicción alguna. Se abre la posibilidad de que la perpetuación de la situación de dominio doblegue voluntades con utilización instrumental del proceso y también el contrario de que la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia suscite cambios de declaración copernicanos La experiencia nos muestra que, en muchas ocasiones, ese reconocimiento no es libre. Obedece al temor a sufrir represalias del investigado o acusado y su entorno o encubre el deseo de no perjudicar a aquel, incluso a costa del perjuicio propio”*.

A la vista de la reiteración de supuestos como los referidos se hace necesario recordar que en los procedimientos incoados por acusación o denuncia falsa o por falso testimonio vertido en causa criminal por violencia de género, no es suficiente, para cerrar el período de instrucción, la confesión de los hechos por parte de la investigada, sino que es necesario practicar otras pruebas distintas de la confesión que corroboren la veracidad de esta. Por tanto, no resulta procedente tramitar como Juicio Rápido los procedimientos incoados contra la inicialmente denunciante de un delito relacionado con la violencia de género por denuncia falsa o falso testimonio. Los/as Sres./as fiscales no deberán alcanzar conformidades, ya sea en Juicios Rápidos ante el juzgado instructor, o en el plenario, ante los juzgados de lo penal, con fundamento en el solo reconocimiento de la víctima.

6.2. DEDUCCIONES DE TESTIMONIO POR DENUNCIA FALSA Y FALSO TESTIMONIO

Procede recordar las conclusiones del XVI Seminario de Especialistas de Violencia contra la Mujer de 2020, en las que nos pronunciamos sobre la necesaria cautela a la hora de solicitar deducciones de testimonio en el acto del juicio por denuncia falsa o falso testimonio, cuando la víctima se retracta de lo manifestado en instrucción y declara de forma antagónica, o bien incurre en inexactitudes, vacilaciones u oscilaciones; resulta preferible esperar al dictado de la sentencia, al objeto de valorar con detenimiento su contenido y fundamentación, así como las razones que han podido conducir a la víctima a mudar su testimonio. *“Por ellos, las/os Sres. Fiscales, salvo casos excepcionales de inequívoca falta a la verdad o retractaciones palmarias, deberán actuar con cautela, evitando solicitar en el plenario la deducción de testimonio por falso*

testimonio o denuncia falsa. Es aconsejable hacerlo posteriormente, analizando la sentencia y las causas que motiva ese cambio de declaración”

6.3. ALLANAMIENTO DE MORADA Y TRIBUNAL DEL JURADO

Se debatió en la mesa acerca del problema de la sustanciación de los delitos de allanamiento de morada conforme a los trámites de la Ley reguladora del Tribunal del Jurado, por cuanto, en materia de violencia sobre la mujer, proliferan las entradas no consentidas en el domicilio de la víctima por parte del investigado, siendo el procedimiento diseñado por la Ley del Jurado complejo, se dilata en el tiempo y es muy costoso. Además, y de conformidad con las normas de competencia y al Acuerdo del Pleno del TS de 9 de marzo de 2017, en torno a la incidencia en el procedimiento de la Ley del Jurado de las nuevas reglas de conexión del art. 17 de la LECrim, este delito atrae la competencia de otros conexos que podrían ser objeto de un enjuiciamiento rápido o con una tramitación más sencilla y ágil. La atribución del delito de allanamiento de morada al Tribunal de Jurado se consideró por todos los compañeros y compañeras contrario a los criterios de economía procesal, a la conveniencia de una resolución rápida de los procesos concretamente ante hechos como los referidos en los que la complejidad probatoria y normativa es escasa y, sin embargo, por el grado de afectación en los bienes de la víctima, la celeridad en la tramitación deviene imprescindible y evita la victimización secundaria. Por todo ello, sin perjuicio de recordar la vigencia de las Conclusiones del XIII Seminario de 2017, conforme a la línea interpretativa del Acuerdo del TS de 9 de marzo de 2017, se acordó elevar a la Excma. Sra. Fiscal General del Estado, la conveniencia de proponer la modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado* para eliminar del listado del art. 1 -2 el delito de allanamiento de morada.

6.4. DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS DE CONTROL DE PROXIMIDAD. EL DELITO DE INUTILIZACIÓN O PERTURBACIÓN DE FUNCIONAMIENTO DE DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 468.3 DEL CÓDIGO PENAL

6.4.1. Necesidad de agotar la investigación y de proponer todos los medios de prueba posibles

Además de recordar las Conclusiones de los Fiscales especialistas anteriores en relación con la imposición y adecuado funcionamiento de los dispositivos de detección de proximidad, el debate se centró en el delito de inutilización, perturbación del funcionamiento o manipulación de dispositivos telemáticos de control, previsto en el artículo 468.3 del Código Penal, por el alto nivel de sentencias absolutorias, en unas ocasiones por insuficiencia probatoria dimanante de una instrucción deficitaria y en otras por una confusión en la interpretación de los elementos subjetivos los tipos penales de los párrafos 2º y

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

3º del art. 468. La SAP de Granada 22/21, de 21 de enero, analiza esta cuestión y, además de proclamar la autonomía e independencia de las conductas descritas en el apartado tercero del art. 468 CP respecto de las descritas en los dos apartados precedentes, declara: *“El elemento subjetivo que exige el tipo, consiste en el dolo típico o genérico, entendido éste como el conocimiento del sistema de control y su funcionamiento que le obliga y la conciencia de que obstruye con su conducta el buen funcionamiento del sistema, burlando de esta forma la decisión judicial que la impuso, sin que para la conducta punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna”*. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Ciudad Real 170/21, de 22 de noviembre.

La investigación de la comisión del delito de quebrantamiento de pena, medida de seguridad o cautelar, cuando el condenado o investigado porta un dispositivo telemático de control de proximidad, debe ser exhaustiva y profunda. La Guía General de Actuación respecto a los Dispositivos Telemáticos de Control, elaborada por la Unidad Coordinadora de Violencia sobre la Mujer, hace referencia a varios medios de prueba, que deben tenerse en cuenta, a fin de evitar fallos absolutorios sustentados en insuficiencia probatoria: planos en los que se indican las zonas fijas de exclusión y se delimita el perímetro que tiene prohibido invadir el investigado o condenado; mapas de ubicación del investigado/condenado y su movimiento en la fecha y período de tiempo al que corresponda la alarma; grabaciones de las conversaciones que los operadores del Centro Cometa mantienen con investigado/condenado y víctima, cuando se producen incidencias; los partes de instalación que cumplimenta el técnico en el que consta la información suministrada al usuario acerca del mecanismo de funcionamiento; la testifical de los operadores que intervinieron en la/s incidencia/s¹⁶, el informe técnico escrito sobre el funcionamiento del sistema y los concretos extremos que interesen, con citación del firmante, para su ratificación en el plenario. Por tanto, la instrucción de los procedimientos por la comisión del delito de inutilización o perturbación del funcionamiento de dispositivos telemáticos de control, previsto en el art. 468.3 CP, habrá de ser completa y exhaustiva, debiendo practicarse la totalidad de diligencias necesarias para la acreditación de los elementos del tipo. Se recuerda las compiladas en la Guía General de Actuación respecto a los Dispositivos Telemáticos de Control.

6.4.2. Relación concursal entre los delitos del art. 468.2 y 3 del CP

El incumplimiento de pena, medida cautelar o de seguridad (art. 468.2 CP) y la inutilización o perturbación maliciosa del normal funcionamiento del dispositivo (art. 468.3 CP) son conductas distintas que se subsumen en dos apartados de

¹⁶ Su identificación no suele constar en los informes puede ser facilitada por la Delegación del Gobierno y sin perjuicio de solicitar su declaración por videoconferencia indicando en el escrito de acusación el dispositivo y período de tiempo a que se extenderá su declaración.

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

un mismo precepto. No siempre que se inutilice, se perturbe el funcionamiento normal de un dispositivo, no se porte o se omitan las medidas de mantenimiento que aseguren su idóneo estado de funcionamiento se producirá un quebrantamiento de la pena o medida. Solo cuando, además de producirse alguno o algunos de los anteriores comportamientos, se infrinja la prohibición de aproximación, nos hallaremos ante un delito de quebrantamiento, del apartado segundo.

Ello nos conduce a examinar la relación entre ambos tipos delictivos.

En la jurisprudencia menor, algunas resoluciones, de escasa relevancia numérica, aprecian concurso de normas y, por aplicación del principio de absorción, art. 8 3ª CP, consideran absorbidos los comportamientos de inutilización o perturbación del funcionamiento del apartado tercero, en el quebranto de la pena o medida, del párrafo segundo, pero se trata de supuestos de vinculación con la calificación del fiscal, para no vulnerar el principio acusatorio¹⁷.

En alguna otra sentencia se apreció concurso medial, en un caso en que el acusado había separado el dispositivo GPS de la pulsera y, tres horas más tarde, fue detenido en dirección al domicilio de su ex pareja sentimental¹⁸. En otras se aprecia la continuidad delictiva¹⁹.

Sin embargo, resulta mayoritaria la línea interpretativa que considera que las conductas sancionadas en los apartados segundo y tercero del art. 468 del Código Penal son autónomas e independientes, dando lugar a dos delitos distintos, en relación de concurso real (en este sentido, SAP de Córdoba 414/16, de 6 de octubre, SAP de Jaén 465/17, de 20 de diciembre, SAP de Madrid 211/18, de 22 de marzo, SAP de Tenerife 155/18, de 2 de mayo, SAP de Granada 22/21, de 21 de enero, SAP de Asturias, 142/21, de 31 de marzo, entre otras).

La SAP de Córdoba 414/16, de 6 de octubre, aunque absuelve al acusado por insuficiencia probatoria, sin embargo, razona extensamente que comparte la calificación jurídica del fiscal, al acusar por dos delitos, en relación de concurso real. Así, señala: *“El llamado concurso de leyes o de normas aparece regulado, en efecto, en el artículo 8 de nuestro Código Penal. Así, hay concurso de leyes cuando ante una determinada conducta punible existen diversas normas que la contemplan, de las cuales sólo una debe aplicarse, porque con ella sola queda cubierta la totalidad del contenido antijurídico del hecho examinado. Ahora bien, si ello no ocurre, es decir, si es preciso aplicar todas esas normas concurrentes en el caso, porque sólo la utilización de una es insuficiente para agotar el*

¹⁷ SAP de Pontevedra 56/21, de 12 de mayo, y la SAP Madrid 521/19, de 18 de septiembre

¹⁸ SAP de Valencia 345/19, de 9 de julio, que revocó la dictada por el Juzgado de lo Penal, que había condenado por delito continuado

¹⁹ SAP de Ciudad Real 170/21, de 22 de noviembre

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

significado de ilicitud penal del supuesto de hecho, entonces nos hallamos ante un concurso de delitos.

Pues bien, teniendo en cuenta la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, y lo que se dice en el apartado XXII de la misma, no le falta razón al Fiscal cuando aboga por la aplicación de un concurso de delitos y, por tanto, porque se condene junto al delito de quebrantamiento de condena el previsto en el susodicho párrafo 3º del artículo 468 del Código Penal. En referido apartado de la Exposición de Motivos se consigna expresamente lo siguiente: "Finalmente, en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos"... Es claro que con estos antecedentes aplicar exclusivamente el tipo penal previsto en el número 2 del artículo 468 y, por el principio de absorción, considerar embebida en el mismo la conducta de despojarse o de inutilizar el dispositivo telemático, deviene en ejercicio insuficiente para agotar el significado de ilicitud penal del supuesto de hecho que en su conjunto estamos contemplando, pues, qué duda cabe, se puede realizar esta última conducta (estropear, romper o desprenderse del dicho dispositivo) y, sin embargo, no quebrantar la medida de alejamiento, o se puede realizar tal acción cuando ya previamente ha habido quebrantamiento, en cuyo caso estaríamos antes un concurso real de delitos. Otra cosa es que, con la finalidad de quebrantar la medida de alejamiento, se desprenda el acusado o neutralice el mecanismo de control telemático, supuesto en que podríamos hallarnos incluso ante un concurso ideal de delitos en su modalidad de medial".

En base a dicha doctrina, se concluyó que la concurrencia de las conductas integradoras del quebrantamiento de pena o medida, sancionadas en el art. 468.2 CP, y la inutilización o perturbación de funcionamiento de dispositivos, del art. 468.3 CP, deberá resolverse conforme a las reglas del concurso real de delitos. Excepcionalmente, en el caso en que la inutilización o perturbación del funcionamiento haya sido estrictamente necesaria para quebrantar la prohibición, podrá apreciarse concurso medial.

6.4.3. Daños morales a las víctimas a consecuencia del incumplimiento reiterado de las normas de funcionamiento y mantenimiento de los dispositivos

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

Las conductas de inutilización o perturbación del funcionamiento de los dispositivos telemáticos de control tienen un profundo impacto emocional sobre la víctima. Los avisos del centro Cometa y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aunque constituyen indicador de que aquella se encuentra protegida, sin embargo, también le generan desasosiego y temor constantes. Por esta razón, deberá valorarse, con adaptación al caso concreto, la procedencia de solicitar en los escritos de acusación una reparación económica por daño moral, cuando se trate de comportamientos reiterados. En este sentido, la SAP de Madrid de 14 de junio de 2017, en un caso de quebrantamiento continuado y persistente con relación a dispositivos electrónicos, reconoció a la víctima una indemnización por el daño moral infligido al entender que *“la conducta reiterada del incumplimiento de la orden de protección sin lugar a dudas, ha suscitado una inquietud en la víctima que se ha visto sobresaltada y perturbada en cerca de 60 ocasiones pues, consecuencia de las incidencias reflejadas por el Centro Cometa, ha sido alertada en numerosas ocasiones y a todas horas del día, de un posible peligro que precisamente se intentaba conjurar con la orden de protección quebrantada que ha infligido una situación de angustia y en consecuencia un daño moral en la misma que ha de ser reparado. Procede, por tanto, indemnizar en la cantidad de 1000 euros a Adolfinia para paliar el daño moral causado, pues la cantidad solicitada consideramos que es proporcionada y adecuada a los hechos enjuiciados (17 euros por cada uno de los 60 incidentes en los que ha incurrido el encausado en el mantenimiento del sistema telemático que le fue impuesto para controlar la medida de protección adoptada)”*. La SAP de Ciudad Real 170/21, de 22 de noviembre, también reconoce indemnización por daño moral, basada en la conducta reiterada y persistente del acusado, que generó molestias, desazón, desasosiego e inquietud en los perjudicados, al verse constantemente alertados por el dispositivo, lo que afectó a sus tranquilidad y seguridad.

Por ello se acordó que en los escritos de acusación se deberá incluir una petición de indemnización por daño moral, cuando las incidencias en el funcionamiento del dispositivo telemático de control hayan sido reiteradas, con múltiples avisos del Centro Cometa y/o intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que hayan generado a la víctima desasosiego, desazón e inquietud constantes

7. CUMPLIMIENTO DE LA INSTRUCCIÓN 1/2015

En el apartado 2 de la Instrucción 1/2015, de 13 de julio, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, se dice que la supervisión de escritos de calificación en causas de especial relevancia, conecta con la necesidad de consolidar un sistema de control y seguimiento individualizado de los asuntos especialmente relevantes que se tramiten en cada especialidad, que debe irradiar efectos pues, *“no tendría ningún sentido dilapidar la alta cualificación técnica de las Unidades especializadas y su elevado nivel de especialización reduciendo su intervención y limitando su función a una burocrática recepción y*

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021**

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

archivo de escritos. La labor de supervisión implica el estudio de los escritos recibidos y este análisis puede, lógicamente, poner de manifiesto errores, omisiones o extremos susceptibles de ser mejorados en el trámite procesal correspondiente". En tales casos, el/la Fiscal de Sala "podrá –rectius, deberá- remitir oficio motivado al Delegado de la Sección, sugiriendo que se proceda a las pertinentes correcciones de los errores detectados en el momento procesal oportuno y advirtiéndole de que, en caso de disentir de tal indicación, eleve comunicación razonada de la discrepancia" de manera que "si el Fiscal Delegado y su Fiscal Jefe no asumen tales observaciones, deberán mostrar su disconformidad mediante escrito motivado dirigido al Fiscal de Sala Coordinador. Si éste no considera atendibles los argumentos discrepantes someterá la cuestión al Fiscal General del Estado quien, ponderados los argumentos de unos y otros podrá, bien asumir las observaciones del Fiscal de Sala Coordinador, dando la orden al Fiscal Jefe correspondiente, bien asumir los criterios de la Fiscalía territorial, bien optar por otra solución".

Para evitar dilaciones la instrucción impone que tanto la remisión del dictamen como la respuesta por parte de la Unidad especializada de la FGE se transmita mediante correo electrónico. *"En todo caso, en tanto no se trata propiamente de un visado, este trámite no tiene por qué suspender la presentación del dictamen una vez superado el visado interno de la Fiscalía. En estos casos, si el escrito de calificación respecto del que la Unidad especializada de la FGE propone modificaciones ya ha sido presentado ante el correspondiente órgano jurisdiccional, la modificación deberá tener lugar, en su caso, al elevar las conclusiones a definitivas, siempre lógicamente, que los avatares del juicio oral no hayan hecho decaer la vigencia de las correcciones propuestas por el Fiscal de Sala"*

De todo ello se deduce que siempre que sea factible la remisión del proyecto de calificación debe hacerse antes de su presentación al órgano judicial competente, pues solo así se alcanzarán los objetivos perseguidos.

Por ello, y para que los escritos de acusación alcancen la mayor calidad técnica y los criterios de la Fiscal de Sala puedan ser atendidos en la mayor medida posible, es recomendable que la remisión de los proyectos de acusación se realice antes de su presentación en el órgano judicial competente, siempre que ello no comporte un retraso en su presentación, lo que sin duda puede hacerse en muchas de las ocasiones y siempre en los Sumarios Ordinarios en los que se prepara el extracto y el proyecto de acusación en el momento en que de conformidad con el art. 627 de la LECrim nos dan traslado para instrucción (art. 116 del Decreto 437/1969, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal).

8. CONCLUSIONES:

SOBRE EL 416 DE LA LECRIM

Concepto de víctima menor.

1. De la evolución legislativa y aplicando los criterios hermenéuticos del art. 3 del CC, el concepto de víctima menor utilizado en las excepciones 1º y 2º del art. 416, incluye no solo a las víctimas directas o indirectas sino también a los menores que hayan presenciado o convivido con la violencia doméstica o de género.
2. Si, en cualquier momento de la investigación se advirtiera que el/la niño/a que, además de haber presenciado o convivido con la violencia hacia su madre, ha sufrido algún daño en la salud psicológica, deberá agotarse la instrucción con las pruebas periciales oportunas para dirimir las responsabilidades penales y garantizar sus derechos a la reparación e indemnización, además de su adecuada protección. En todo caso, si de la instrucción se dedujera que el investigado actuó con desprecio a la salud de los menores al ejercer la violencia sobre sus madres, aun cuando no haya resultado lesivo, debemos plantearnos acusar por un delito del art. 153.2 del CP.

EXCEPCIONES A LA DISPENSA.

Primera excepción: Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

3. La representación legal de los menores corresponde a “[l]os padres que ostenten la patria potestad” (art. 162 CC) o al tutor/a (art. 175 CC), de manera que, de acuerdo con esta excepción, la madre víctima de violencia de género, no podrá acogerse a la dispensa si sus hijas/os han sido víctimas en el sentido expuesto en la anterior conclusión, al igual que el tutor/a que los tenga bajo su cargo. El interés superior del menor como interés prevalente frente a cualquier otro con el que entre en conflicto hace que, en estos casos, deba prevalecer el superior interés del menor a vivir en un ambiente libre de violencia, frente al derecho del testigo a acogerse a su derecho de dispensa. Recordemos que el art. 2.2 de la L.O. de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) dispone que, para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta una serie de criterios generales, entre los cuales destaca, por lo que aquí importa ahora, la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

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

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

4. La excepción del art. 416-1 apartado segundo de la LECrim queda limitada a los delitos graves de conformidad con el art. 13 y 33 del CP.

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

5. Cuando el menor tenga menos de 12 años, o si tiene entre 12 y 14 años y surgen dudas sobre su capacidad de comprensión, tendrá que indagarse sobre si efectivamente es capaz de comprender o no el contenido y efectos de la dispensa y para ello, y sin perjuicio de atender a los parámetros mencionados por la jurisprudencia (SSTS 225/20 de 25 de mayo y 342/21 de 23 de abril), en muchas situaciones necesitaremos del auxilio de expertos, por lo que se reitera la necesidad de que las Administraciones implicadas- Ministerio de Justicia y CCAA- adopten las medidas que se precisen a fin de que se constituyan en el más breve plazo posible las Unidades de Valoración Integral Forense en todas las provincias, dotadas de personal suficiente y especialmente formado en violencia de género y maltrato infantil para que auxilien en los juzgados de Violencia sobre la Mujer en esta difícil tarea y otras muchas como es la valoración de riesgo para decidir sobre las medidas cautelares, para proceder a la audiencia de menores sin discriminación por razón de la edad, tal y como exige el art. 2 de la LOPJM y el art. 11 de la LO 8/21 y para la emisión de informes periciales en plazos razonables. Estas Unidades, cuya creación se reguló en la LO 1/2004 no existen en todas las provincias y pese a que en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017 se acordó que en dos años se constituyeran en todas las CCAA, esta es una medida pendiente aún hoy de cumplimiento. De la misma manera, deberá hacerse efectiva la creación de oficinas de asistencia a víctima, para garantizar de conformidad con lo previsto en la ley 4/2015, de 27 de abril, que reciban la información, asesoramiento, apoyos necesarios y que estén integradas por personal formado en la materia
6. Si se determina que el menor no es capaz de entender el sentido de la dispensa, debe declarar, adoptando para ello las medidas que se precisen a efectos de garantizar y proteger su seguridad e intimidad y evitar la victimización secundaria (arts. 9.2 de la LOPJM.; art. 19 a 23 de la L 4/2015 del Estatuto de las Víctimas del delito), preconstituyendo la prueba cuando proceda de conformidad con el art. 449 ter de la LECrim.
7. Si durante el procedimiento el menor alcanzara la madurez suficiente para comprender el contenido y efectos de la dispensa y quisiera ejercerla en momentos procesales posteriores, pese a la excepción prevista en el apartado 5, el menor podrá acogerse a la dispensa.

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

8. El nuevo ordinal cuarto del apartado primero del artículo 416 LECrim, al excluir la dispensa legal respecto del testigo que esté o haya estado

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

personado en el procedimiento como acusación particular, veda la posibilidad de invocar la dispensa legal, aunque posteriormente se abandonara tal posición procesal, acogiendo la postura adoptada por el TS en la sentencia de la Sala II (Pleno) 389/2020, de 10 de julio.

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

9. El cambio legislativo produce una necesaria reinterpretación de aquella conclusión alcanzada en la Circular 6/2011 de la FGE en la que se decía que “[l]a víctima-testigo deberá ser informada, expresa y claramente, de la dispensa de la obligación de declarar, cuando proceda, en todas y cada una de las fases procesales y siempre que sea llamada a declarar en la sede judicial (art. 416 y 707 de la LECrim)”, pues, habiendo sido informada en la primera declaración y optado por declarar, decae la dispensa, por lo que no procederá informar de nuevo al respecto en posteriores declaraciones. Ahora bien, es importante recordar que continúa vigente la obligación de informar al testigo pariente del contenido de la dispensa antes de la primera declaración y en las siguientes ocasiones que sea llamado al respecto, si en la primera optó por acogerse a la dispensa. Esa obligación ha sido reiterada por la jurisprudencia (Acuerdo del Pleno de 23 de abril de 2013 y STS 449/2015 de 14 de julio) y en nuestras conclusiones de 2016 y 2020
10. Para que la excepción contemplada en el apartado 5º devenga aplicable es necesario que el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento judicial después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo, y no perderá la posibilidad de hacerlo por haber declarado ante la Policía o en las D. Investigación del M. Fiscal de conformidad con el art. 5 EOMF.

REFORMA DEL ART. 544 TER DE LA LECRIM.

La modificación efectuada en el párrafo 6º en cuanto a las medidas penales

11. Se debe prestar una especial diligencia a la hora de analizar y valorar los hechos y las circunstancias concurrentes en las solicitudes de órdenes de protección cuando con la mujer víctima conviven menores de edad, a efectos de tener en cuenta en nuestras peticiones y así ponerlo de relieve en nuestros informes, esa necesidad de protección integral e inmediata a las mujeres víctimas y a los menores que con ella convivan; circunstancias que pueden evidenciarse no solo en los supuestos de maltrato directo, sino también, por el riesgo de que puedan ser sometidos a maltrato, por estar expuestos a esa violencia con las consecuencias consabidas para su salud y para su desarrollo evolutivo, y por el riesgo de instrumentalización para mantener la relación de poder y de control con la madre, extendiendo, cuando así proceda, la petición de medidas penales también respecto de es@s menores.

La modificación llevada a cabo en los apartados 3º y 4º del párrafo 7º del art. 544 ter de la LECrim.

La inclusión entre las medidas civiles de la relativa a la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho.

12. Para garantizar la salud, seguridad, recuperación y autonomía de las mujeres y de sus hijos/as, los y las fiscales debemos indagar en la comparecencia de la orden de protección, entre otras cuestiones, sobre las necesidades que planteen las mujeres en cuanto al cambio de domicilio y por tanto de residencia de los menores, a los efectos de interesar la distribución de funciones de la patria potestad que proceda.

La desaparición en el catálogo de medidas civiles de la relativa a la determinación del régimen de visitas y la regulación de la obligación de suspensión del régimen de visitas previamente acordado y de la posibilidad excepcional de mantenerlo.

13. Si el menor ha sufrido directamente la violencia, lo procedente es acordar medidas penales que le protejan frente a posibles futuras actuaciones del agresor. Al margen de aquellos casos más graves que requieran la adopción de la prisión provisional de conformidad con el art. 503. 3.c de la LECrim, lo procedente es acordar la prohibición de aproximación y de comunicación del investigado respecto de los menores, lo que, de acuerdo con el art. 48 del C.P., conlleva la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido hasta el total cumplimiento de esta pena, todo ello sin perjuicio de solicitar las medidas que procedan al amparo del art. 544 quinquies LECrim.

14. De conformidad con la Nota de Servicio n.º 1/21 de 14 de octubre de 2021, cuando existan hijos o hijas menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género las/os Sras./es. Fiscales no interesarán el establecimiento de un régimen de visitas en la comparecencia de orden de protección al impedir este pronunciamiento la regulación actual del art. 544 ter LECrim.

15. Si existiera un régimen de visitas previamente acordado y el menor hubiera presenciado o convivido con la violencia, la regla general es la de la suspensión del régimen de visitas toda vez que la estimación de la orden de protección es un factor precipitante del riesgo para las/los menores y sus madres, todo ello sin perjuicio de lo que proceda acordar en el procedimiento civil, en su caso, con más elementos de juicio.

16. Solo cabe que excepcionalmente se interese el mantenimiento de ese régimen, cuando se cuente con argumentos objetivos y sólidos fundamentados en el superior interés del menor y en el resultado de la evaluación de la relación paterno-filial entre el investigado y el menor en la ejecución de ese régimen de visitas, argumentos que deben ser expuestos en nuestros informes a fin de que sean valorados por el juez en su resolución. Si entendiéramos, analizados tales parámetros, que lo más adecuado es el

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

mantenimiento del régimen de visitas, por imperativo del art. 66 de la LO 1/2004, debemos interesar que el juez se pronuncie en su resolución sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores y que se adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, instando, así mismo, a que se realice un seguimiento periódico de su evolución.

17. Toda vez que la medida de suspensión del régimen de visitas previamente acordado, de conformidad con el último apartado del art. 544 *ter*-7 de la LECrim, tendrá una vigencia temporal de treinta días y 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 permanecerá en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, debemos valorar solicitar la suspensión del régimen de visitas de conformidad con el art. 66 de la LO 1/2004 durante toda la tramitación del procedimiento (art. 69 de dicha LO), en atención al riesgo y afectación de los menores a consecuencia de la violencia y de la actuación procesal y circunstancias en que se encuentre su madre, para asegurar la protección de aquellos y ante la posibilidad de que esta no interponga la demanda o no lo haga en el plazo previsto.
18. Todo lo expuesto hasta este momento es aplicable a aquellos casos en los que, solicitada una orden de protección, en aplicación del art. 801 de la LECrim. se dicte sentencia de conformidad, pues la pena que se impone se entiende como equivalente a la medida cautelar penal a los efectos del art. 544 *ter* de la LECrim.
19. En los supuestos en los que se plantee por el/la abogado/a del investigado el reconocimiento de los hechos a los efectos de la conformidad (art. 801 LECrim) y no se hubiera interesado por la víctima la adopción de la orden de protección, si existieran hijos/as menores que convivan con la víctima, el Fiscal debe tomar la iniciativa a cuyo fin, deberá solicitar las medidas que procedan de conformidad con el art. 158 del CC y entre ellas la de abono de una pensión alimenticia (158- 1º), la adjudicación de la custodia a la madre y la suspensión del régimen de vistas al amparo del párrafo 6º.
20. La determinación del superior interés del menor exige evaluar la relación paternofilial y oír y escuchar al menor sin discriminación por razón de edad para lo cual necesitaremos en muchas ocasiones del auxilio de expertos, por lo que, sin perjuicio de hacer llegar esta reclamación a través del Observatorio Estatal contra la Violencia de Género, se elevará propuesta a la Excm. Sra. Fiscal General para que inste a las administraciones competentes (Ministerio de Justicia y CC.AA.) a que:
 - a. con carácter urgente se creen en todas las provincias las UVIF, con una dotación suficiente de profesionales adecuadamente formados en violencia de género y maltrato infantil, que se encuentren a disposición de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer durante las guardias

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

- b. y que garanticen la creación de espacios adecuados en los Tribunales que permita que la audiencia de los y las menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto (cámaras Gesell).
21. Dados los obstáculos ante los que nos encontramos para hacer efectiva la audiencia de los menores en las comparecencias de la orden de protección, la escasez de medios, la necesidad de optimizar los recursos y asegurar que la exploración se haga con garantías de efectividad y no revictimización, si los menores sufrieron, presenciaron o convivieron con la violencia, las y los Sras./es Fiscales interesarán su audiencia cuando alguna de las partes pida que se mantenga el régimen de visitas previamente acordado o el Fiscal valore esa posibilidad. Sin embargo, no será necesaria la exploración de los menores que convivan con la víctima, en los supuestos en los que no exista régimen de visitas previamente acordado, al no proceder hacer pronunciamiento alguno al respecto y teniendo en cuenta, además, que la custodia se ha de atribuir al progenitor no investigado por imperativo del art. 92.7 CC y Circular 6/2011 de la FGE; también podemos prescindir en este trámite de dicha exploración cuando los menores presenciaron, sufrieron o convivieron con la violencia y ninguna de las partes pide el mantenimiento del régimen previamente acordado, situación en la que solo cabe la suspensión de dicho régimen, pues el juez no puede acordar su mantenimiento de oficio. Todo ello sin perjuicio de que los menores sean oídos y escuchados en el procedimiento civil.
22. Si para escuchar al menor y/o para determinar cuál sea su superior interés y evaluar la relación paterno-filial se requiere de la intervención o de un informe de la UVFI con el que no se pueda contar en el plazo de las 72 horas en que ha de resolverse la orden de protección, deberemos interesar la suspensión del régimen de visitas hasta que se pueda oír al menor y/o se emita el informe pericial; una vez oigamos al menor y/o contemos con dicho informe se solicitará lo que proceda en orden a continuar con la suspensión o dejar esta sin efecto.
23. En los casos en los que los y las menores no hayan sufrido, presenciado ni convivido con la violencia, y valorando siempre las circunstancias concurrentes, por aplicación analógica del art. 94.4 del CC, debe entenderse que la regla general es la de la suspensión del régimen de visitas previamente acordado y solo excepcionalmente su mantenimiento por 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. En tal caso, por imperativo del art. 66 de la LO 1/2004, debemos interesar que el juez se pronuncie en su resolución sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores, y que se adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, instando, así mismo, a que se realice un seguimiento periódico de su evolución.

EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y MEDIDAS CAUTELARES PARA PRESERVAR EL PATRIMONIO DE LOS INVESTIGADOS.

24. A los efectos de garantizar el derecho a la reparación del daño de los perjudicados/as y en concreto de las/os menores huérfanos/as de esta violencia desde el inicio del procedimiento y a fin de evitar posibles maniobras dirigidas a la ocultación del patrimonio del investigado, en las comparecencias de art. 505 de la LECrim, además de pedir la prisión provisional, debe interesarse, de conformidad con el art. 589 de la LECrim, que se requiera al investigado para que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza.

MODIFICACIÓN DEL ART. 94.4 y 5 DEL CC.

Art. 94.4, inciso primero CC

25. El presupuesto que exige el precepto es que el progenitor se halle 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, el mismo que se contempla en el art. 92.7 del CC al regular la prohibición de la custodia compartida y debe ser interpretado tal y como en su momento se hizo por la Circular 6/2011 de la FGE, de manera que en el procedimiento han de haber sido objetivados indicios de criminalidad, por lo que la simple denuncia no será suficiente para vetar tal posibilidad.
26. Cuando estemos ante procedimientos de “mutuo acuerdo” tramitados por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, deberemos solicitar oír a los menores de conformidad con el art. 777-5 de la LEC, sin perjuicio de que en el trámite de ratificación por separado a que se refiere el art. 777-3 de la LEC, se compruebe si la conformidad de la mujer víctima ha sido prestada libremente, función que corresponde al LAJ.
27. Aunque, a diferencia del art. 544 ter de la LECrim, en este artículo no se haga alusión específicamente a la posibilidad de mantener el régimen de visitas previamente acordado, la excepción que se recoge en el mismo debe interpretarse, de conformidad con el art. 3 del CC, en el sentido de que se puede interesar y el juez acordar el régimen de visitas *ex novo* o mantener el previamente acordado, si bien en todo caso deberá hacerse en una resolución motivada en el superior interés 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.
28. Es preciso recordar que las/os fiscales que acudan a los pleitos de familia lo han de hacer con conocimiento íntegro de la totalidad de las causas penales y civiles que afecten a ambos progenitores y los/las menores, que les permita sostener las pretensiones correspondientes con un conocimiento global de la situación, y no limitándonos a la cuestión concreta que se plantee en el procedimiento correspondiente

Art. 94.4, inciso segundo del CC

29. Al igual que en el anterior este inciso, es el mismo que se contempla en el art. 92.7 del CC al regular la prohibición de la custodia compartida por lo que debe ser interpretado tal y como en su momento se hizo por la Circular 6/2011 de la FGE: “Si en el procedimiento civil se advierten indicios de violencia de género, los Sres. Fiscales velarán porque se convoque y celebre la comparecencia prevista en el artículo 49 bis 2) LEC, salvo que tales indicios lleguen a través de la aportación de un testimonio de una resolución dictada en un procedimiento penal, en cuyo caso se procederá de conformidad con lo establecido en el art. 49 bis-1 de la LEC.” y “Si en el procedimiento civil se advierten indicios de violencia doméstica que no hayan motivado la incoación de un procedimiento penal, los Sres. Fiscales velarán porque se deduzca testimonio bastante de las actuaciones y se remita al Juzgado de Instrucción que corresponda para la incoación del procedimiento penal oportuno”.

Art. 94.5 CC

30. Este precepto prevé que “No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior”. Lógicamente, no procederá ni el establecimiento ni el mantenimiento del régimen de visitas previamente acordado y si la situación de prisión provisional o por condena por alguno de los delitos previstos en el apartado anterior, se produce estando vigente un régimen de visitas, sin perjuicio de los procedimientos que insten las partes para modificar las medidas acordadas previamente, el Fiscal deberá interesar de conformidad con el art. 158.6 del CC la suspensión del régimen de visitas.

MISCELÁNEA JURÍDICA A DEBATE

Delito de denuncia falsa y falso testimonio. Improcedencia de tramitación por juicio rápido.

31. Procede recordar conclusiones del Seminario de especialistas de 2012 en el sentido de que en los procedimientos incoados por acusación o denuncia falsa o por falso testimonio vertido en causa criminal por violencia de género, no es suficiente, para cerrar el período de instrucción, la confesión de los hechos por parte de la investigada, sino que es necesario practicar otras pruebas distintas de la confesión que corroboren la veracidad de esta. No resulta procedente tramitar como Juicio Rápido los procedimientos incoados contra la inicialmente denunciante de un delito relacionado con la violencia de género por denuncia falsa o falso testimonio. Los/as Sres./as fiscales no deberán alcanzar conformidades, ya sea en Juicios Rápidos ante el juzgado instructor, o en el plenario, ante los juzgados de lo penal, con fundamento en el solo reconocimiento de la víctima.

Deducciones de testimonio por denuncia falsa y falso testimonio

CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2021

MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021

32. De acuerdo con las conclusiones del Seminario de Especialistas de Violencia contra la Mujer de 2020, las/os Sras/Sres. Fiscales, salvo casos excepcionales de inequívoca falta a la verdad o retractaciones palmarias, deberán actuar con cautela, evitando solicitar en el plenario la deducción de testimonio por falso testimonio o denuncia falsa. Es aconsejable hacerlo posteriormente, analizando la sentencia y las causas que motiva ese cambio de declaración.

Allanamiento de morada y tribunal del jurado

33. Sin perjuicio de recordar la vigencia de las Conclusiones del XIII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la mujer de 2017, conforme a la línea interpretativa del Acuerdo del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, se trasladará a la Excm. Sra. Fiscal General del Estado, la conveniencia de proponer la modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado para eliminar del listado del art. 1 -2 el delito de allanamiento de morada.

Dispositivos telemáticos de control de proximidad. El delito de inutilización o perturbación de funcionamiento de dispositivos telemáticos, previsto en el art. 468.3 CP.

Necesidad de agotar la investigación y de proponer todos los medios de prueba posibles

34. La instrucción de los procedimientos por la comisión del delito de inutilización o perturbación del funcionamiento de dispositivos telemáticos de control, previsto en el art. 468.3 CP, deberá ser completa y exhaustiva y practicarse la totalidad de diligencias necesarias para la acreditación de los elementos del tipo. Se recuerdan las diligencias de prueba posibles compiladas en la Guía General de Actuación respecto a los Dispositivos Telemáticos de Control.

Relación concursal entre los delitos del art. 468.2 y 3 del C.P.

35. La concurrencia de las conductas integradoras del quebrantamiento de pena o medida sancionadas en el art. 468.2 CP, y la inutilización o perturbación de funcionamiento de dispositivos del art. 468.3 CP, deberá resolverse conforme a las reglas del concurso real de delitos. Excepcionalmente, en el caso en que la inutilización o perturbación del funcionamiento haya sido estrictamente necesaria para quebrantar la prohibición, podrá apreciarse concurso medial.

Daños morales a las víctimas a consecuencia del incumplimiento reiterado de las normas de funcionamiento y mantenimiento de los dispositivos

36. En los escritos de acusación se deberá incluir una petición de indemnización por daño moral, cuando las incidencias en el funcionamiento del dispositivo telemático de control hayan sido reiteradas, con múltiples avisos del Centro Cometa y/o intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que hayan generado a la víctima desasosiego, desazón e inquietud constantes

**CONCLUSIONES DEL XVII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER- AÑO 2021
MADRID 15 y 16 de noviembre de 2021**

(Sentencia de la A.P de Madrid de 14 de junio de 2017; Sentencia de la A.P. de Ciudad Real 170/21, de 22 de noviembre)

CUMPLIMIENTO DE LA INSTRUCCIÓN 1/2015

37. Para que los escritos de acusación alcancen la mayor calidad técnica y los criterios de la Fiscal de Sala puedan ser atendidos en la mayor medida posible, es recomendable que la remisión de los proyectos de acusación se realice antes de su presentación en el órgano judicial competente, siempre que ello no comporte un retraso en su presentación, lo que sin duda puede hacerse en muchas de las ocasiones y siempre en los Sumarios Ordinarios toda vez que, en este procedimiento, el proyecto de acusación y extracto deben prepararse cuando se nos da traslado para instrucción de conformidad con el art. 627 de la LECrim. (art. 116 del Decreto 437/1969, de 27 de febrero).