

CONCLUSIONES DEL XIV SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2018.

SEGOVIA (13 Y 14 DE NOVIEMBRE DE 2018)

Contenido

I.- INTRODUCCIÓN	2
II.- VIOLENCIA DE GÉNERO Y MENORES. -	6
II.1.- CUSTODIA COMPARTIDA E INCIDENCIAS DERIVADAS DELA RT. 49 BIS DE LA LEC.	6
II.2.- EL COORDINADOR PARENTAL. -	10
III.- CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO.-.....	12
III.1.- EL DELITO DE ACOSO.....	12
III.2.-ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE ALEVOSÍA, PARENTESCO Y COMETER EL HECHO POR RAZONES DE GÉNERO.-	14
IV.- PROBLEMAS PROCESALES: LA ACTUACIÓN DE LA FISCALIA EN LOS JUICIOS RÁPIDOS INCOADOS POR DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. -	18
I V.1.- ELECCION DEL PROCEDIMIENTO. -	19
IV.2.- SUPUESTOS DE CONFORMIDAD.-	20
IV.3.- POSTURA DE LA FISCALIA ANTE LA DISPENSA ESTABLECIDA EN EL ART. 416 Lcrm Y EL ÚLTIMO ACUERDO DE LA SALA 2ª DEL TS.-.....	21
V.- VALORACIÓN DEL RIESGO: ABORDAJE Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA.- -	24
V.1.-VIOGEN	24
V.2.- ABORDAJE PSICOLÓGICO DE LA VÍCTIMA.-.....	25
V.3.-VALORACIÓN FORENSE DEL RIESGO.....	26
V.4.-MEDIDAS CAUTELARES	27
V.5.-DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS DE CONTROL	28
VI.-ACTUACIONES EXTRAPROCESALES DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	30
VI.1 EL NUEVO ARTÍCULO 23 LO1/2004	30
VI.2 VICTIMAS DE VIOLENCIA DE GENERO QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACION DE IRREGULARIDAD EN TERRITORIO NACIONAL. -.....	31
VI.3 PROTOCOLOS. -	32
VII.- CONCLUSIONES.....	37

CONTENIDO:

I.- INTRODUCCIÓN

Los días 13 y 14 de noviembre de 2018, se celebró en Segovia el décimo cuarto Seminario de Fiscales Delegadas/os de Violencia sobre la Mujer, bajo la dirección de la Excm. Fiscal de Sala Delegada.

Como en anteriores ocasiones, el objeto de este encuentro fue la puesta en común de los principales problemas con los que las/os Fiscales nos enfrentamos en estos últimos doce meses, cuestiones que hayan planteado mayor discrepancia, novedades jurisprudenciales y otros temas de interés.

El formato seguido, como ya va siendo habitual en estas jornadas, fue presentar el tema seleccionado de una forma breve a través de micro ponencias expuestas en una mesa formada por varias personas, que sirve de introducción a un debate sobre el mismo, sistema que consigue unas jornadas más dinámicas y participativas, a la vez que, al ser la mayoría de los ponentes Fiscales Delegados o de Enlace, se permite ampliar en número de participantes abriendo las mismas sino a todos, si a algunos de los/as fiscales de enlace que ejercen en las Fiscalías de área, posibilidad que, además de solicitada insistentemente por ellos, era reclamada por la Fiscalía de Sala como forma de hacer más amplio y efectivo el principio de especialización de los fiscales encargados de la materia de violencia de género. La implicación, participación y compromiso de los Fiscales de enlace enriqueció el contenido y desarrollo de las sesiones.

Las jornadas fueron inauguradas por el Vicerrector del Campus de Segovia, dependiente de la universidad de Valladolid, D. Agustín García Matilla, que amablemente nos cedió las instalaciones universitarias para la celebración de las jornadas, por el fiscal Jefe de Segovia, D. Antonio Silva y por la Fiscal Delegada de Violencia sobre la Mujer, pasando a continuación al inicio de las jornadas.

La primera mesa redonda titulada **“Violencia de género y menores”**, tuvo como integrantes a las Ilmas. Sras. Fiscales Delegadas de Gerona y de Sevilla, y en ella se abordaron los problemas y la necesidad de conseguir una coordinación entre la Sección civil y/o de familia de la Fiscalía y la Sección de violencia sobre la mujer. Se recordó que la Instrucción 7/2005 ya establecía criterios de coordinación y se abordaron los problemas de competencia de los JVM en materia civil desde los criterios sentados por la Circular 6/2011, si bien se señaló que muchos de ellos ya se encontraban superados por la jurisprudencia. Se analizó la comparecencia del Art. 49 bis) LEC y especialmente la regulación del régimen de visitas y de guarda y custodia tras el sobreseimiento de las actuaciones penales, la sentencia absolutoria o la extinción de la responsabilidad penal. Por otra parte, y a la inversa, se puso de manifiesto la frecuente existencia de violencia de género más o menos manifiesta pero no denunciada en supuestos de crisis matrimoniales, situaciones que no son valoradas por los juzgados y fiscales de familia a la hora de establecer el régimen de custodia y visitas. Todas estas situaciones nunca tendrán una respuesta adecuada en orden a la protección y recuperación de los menores que viven en un ambiente de violencia familiar, si no existe una rápida coordinación y traspaso de información entre los fiscales de las diferentes especialidades. En esta línea también se debatieron las conclusiones alcanzadas en la reciente reunión de Jueces de familia y jueces de violencia sobre la mujer de septiembre de 2018 y se constató con preocupación que las situaciones de violencia cuando no existe condena penal apenas tienen reflejo a la hora de adoptar medidas en relación a los menores. Se debatió sobre la reforma del Art. 156 CC por RDL 9/18, relativa a la autorización de tratamiento psicológico y se puso de manifiesto el retraso en la emisión de informes de los equipos psicosociales y la necesidad de contar con informes en relación a la situación de riesgo de los menores a la hora de establecer las medidas civiles, apuntando la conveniencia de que las UVFI pudieran informar sobre ello. Finalmente se abordó con preocupación la figura del Coordinador de parentalidad apoyada por los jueces de familia, pero cuyos perfiles no son muy claros y en todo caso desaconsejable en materia de violencia sobre la mujer.

En la segunda mesa, integrada por los Ilmos. Sres. Fiscales Delegados de Castellón y de Ciudad Real, se afrontó el tema de **“Cuestiones de derecho sustantivo”**, donde se analizó la evolución de la ya abundante jurisprudencia a la hora de aplicar el delito de acoso establecido en el Art. 172 ter CP, a la luz de la STS 324/17, dictada por el Pleno el 8 de mayo, y de las conclusiones del XII Seminario de Fiscales de 2016. Se recordó la necesidad de que la conducta fuera reiterada e insistente y especialmente que produjera una grave alteración de la vida cotidiana, se constató que esa reiteración puede no estar estén presentes en los supuestos previstos en el art.172.ter 1. 3ª C.P., en los que se colocan anuncios en un medio de comunicación o en Internet, de contenido sexual o de otra naturaleza, pero cuyos efectos se prolongan en el tiempo. A pesar de ser un delito de resultado no se ha dictado ninguna sentencia en que se aprecie el delito como intentado cuando no se produce la alteración grave, y los tribunales optan o por la absolución o por recurrir al delito de coacciones como cajón de sastre. Por último, se analizaron los supuestos concursales y las diferentes respuestas dadas por la jurisprudencia.

Otro de los aspectos analizados fueron las diversas sentencias dictadas por el TS a lo largo del año que incluyen la perspectiva de género como elemento a la hora de perfilar y aplicar determinadas agravantes como la de alevosía, parentesco, y la de cometer el hecho por razones de género, su fundamento, ámbito de aplicación y posible compatibilidad. Algunas de estas recientes sentencias, como la STS 247/18, han sido dictadas como consecuencia de recursos interpuestos por el MF, cuyos criterios han sido asumidos y han supuesto un importante avance en la función de fijar pautas uniformes de interpretación de las normas que tiene el Alto Tribunal.

La tercera mesa redonda de esta primera jornada estuvo compuesta por las Ilmas. Sras. Delegadas de Jaén y por nuestra anfitriona de Segovia, con el título **“ Protección de la víctima”**. La preocupación de la fiscalía por promover e instar una adecuada y eficaz protección de la víctima que acude a denunciar es una constante en todos los seminarios, y este año estuvo centrada en la utilización del sistema VIOGEN como herramienta informática que junto con SIRAJ, nos aporta datos e indicadores de riesgo a la hora de decidir sobre la adopción de una medida de protección. Ello requiere conocer la forma de usarlo y la información que nos reporta y conocer los criterios que se utiliza en el ámbito policial a la hora de calificar el riesgo desde no apreciado hasta extremo para saber interpretar y trasladar los mismos al ámbito jurídico. Ello, no obsta a que se siga reclamando la necesidad de establecer las UVFI en el juzgado de violencia sobre la mujer y poder contar con su informe.

En la misma línea práctica, y siendo escaso el número de mecanismo de control electrónica de las medidas de alejamiento que se solicitan y se acuerdan tanto por los JVM como por los Fiscales, se expuso a los/as Fiscales la forma de funcionamiento de centro COMETA, que controla el uso y las incidencias de las pulseras colocadas para asegurar las penas o medidas cautelares de alejamiento, el control del agresor, los mensajes que se le mandan cuando invade zonas de exclusión, la incidencia de la falta de carga y cobertura etc.

Por la tarde, tuvo lugar la 4ª mesa en la que participaron bajo el título **“problemas de derecho procesal”**, los/as Ilmos/as Fiscales de Navarra, Canarias y Valencia. En general se planteó que la rapidez de la guardia y la necesidad de tomar decisiones en escaso intervalo de tiempo no siempre conduce a una respuesta judicial adecuada a la gravedad de los hechos denunciados. Se llama la atención sobre la necesidad de tener tiempo para ahondar en cada caso concreto y decidir la vía procesal adecuada sobre todo cuando se denuncia violencia habitual o maltrato psicológico. Se analizó la postura del MF en la guardia, criterios para pedir que se continúe por Diligencias previas, los criterios para la elección de la pena en caso de conformidad y los elementos a tener en cuenta como la fortaleza de la víctima, las circunstancias del caso la posible existencia de antecedentes anteriores.

En cuanto a los juicios rápidos, procedimiento ágil establecido por la Ley 38/2002 donde se acortan los plazos, es un instrumento adecuado para enjuiciar determinados delitos de violencia

sobre la mujer en atención a la pena que se establece. Lo cierto es que con mucha frecuencia los hechos denunciados por la víctima son sólo los últimos y una mera y superficial instrucción impide que aflore la verdadera entidad y gravedad del maltrato, lo que a veces conlleva una sentencia pronta pero que otorga una protección insuficiente a las víctimas, lo que exige del Ministerio fiscal valorar en cada caso la gravedad del delito y los elementos probatorios con los que cuenta, entre ellos y posiblemente el más importante, la postura de la víctima, y la posible conformidad, para decidir si el juicio rápido es el más adecuado, o es preciso una mayor investigación que requiera acudir a las Diligencias previas.

Los mismos problemas se suscitan a la hora de decidir sobre la elección de la pena y su posterior suspensión de condena que suele ser uno de los aspectos que se vinculan a la conformidad, sin que podamos obviar que más de la mitad de las condenas por delitos de VG son de conformidad.

Por último se retomó el tema de la dispensa establecida en el Art. 416 Lecrim, como ya se ha hecho en numerosos seminarios, en esta ocasión desde el punto de vista del testigo o víctima menor de edad y a la luz del último acuerdo del Pleno del TS de fecha 23 enero de 2018, frente al cual la fiscalía especializada se muestra muy crítica, por ser desalentador en cuanto genera inseguridad jurídica, es perjudicial para la víctima, contrario a las obligaciones asumidas por España al suscribir el Convenio de Estambul de 2011 y provoca la impunidad en este delito que normalmente se comete en la intimidad del hogar. De nuevo se reiteró la necesidad de reformar dicho precepto ejecutando una de las medidas incluidas en el Pacto de Estado.

La jornada del día siguiente se inició con la mesa titulada “**Valoración del riesgo**”, en la que participaron el director del IML de Burgos, el responsable del área de psicología de la OAV de Segovia y la Fiscal de Vizcaya.

La necesidad de acreditar la existencia de un riesgo objetivo, los problemas de valoración del riesgo que diariamente se presentan en las guardias y los escasos medios con que se cuenta a la hora de solicitar o no medidas de protección es una constante preocupación por parte de los fiscales y de la sociedad, y por ello, una de las medidas incluidas en el Pacto de Estado sobre violencia de género, al constatar que la respuesta judicial con frecuencia no protege a las víctimas que se deciden a denunciar. Esta mesa se analizó la forma de interrogar a la víctima tanto desde el punto de vista de evitar su revictimización como desde el punto de mira de obtener la mayor información tanto para configurar nuestra calificación como para concretar la existencia de un riesgo objetivo que justifique la adopción de medidas protectoras adecuadas. Se analizó el estado emocional de fragilidad de las víctimas, la necesidad de crear un ambiente de confianza, de comprensión, evitando las reiteraciones e interrupciones y por supuesto, las prisas, procurando mantener la escucha activa, facilitando el relato libre. Se abordó igualmente la valoración forense integral del riesgo bien programada bien urgente, como un instrumento de gran ayuda a la hora de valorar el riesgo y decidir sobre la adopción de medidas protectoras.

El Director del IML explicó el Protocolo de Valoración del Riesgo, y partiendo de la complejidad que presenta este tipo de violencia, y de los datos que facilitan las estadísticas oficiales, explicó las vías de recogida de información que se utiliza y los indicadores y factores de riesgo que analizan desde escalas clínico-actuariales para hacer su informe, que es un juicio clínico estructurado de riesgo que nunca alcanza una certeza total sino una probabilidad y en todo caso es variable condicionado a las circunstancias personales, familiares y laborales de agresor y víctima. Indicó que siempre se realiza a instancia del MF o del Juez, pero que se solicitan informes en pocas ocasiones, considerando que en 72 horas tienen capacidad de hacer un informe inicial si se les pide, siempre que se actúe de una forma coordinada y ágil con el órgano judicial.

Por último, Se analizaron los problemas del MF en la guardia para solicitar medidas señalando que la valoración oficial de VIOGEN siendo buena es insuficiente pues no cuenta más que con la víctima. En general se puso de manifiesto la necesidad de impulsar cauces de comunicación ágiles que permitan a la Fiscalía disponer de información adecuada para tomar esa decisión:

informes médicos anteriores, asistenciales, psicológicos...Algunas provincias como Jaén pusieron de manifiesto que habían comenzado una experiencia piloto con un médico forense y un psicólogo en el JVM de guardia que realizaban informes urgentes de Valoración del riesgo. Lo que todos los fiscales manifestaron como sentir general es el que las guardias de VG, a diferencia de las guardias ordinarias, no se cobren lo que provoca una discriminación grave no acorde con el volumen de trabajo que tienen en la guardia ordinaria que con frecuencia es inferior al que soportan en la de VG., solicitando que se haga llegar esta reclamación a la FGE.

La última mesa integrada por las/os Ilmas./os Fiscales Delegadas/os de A Coruña, Palencia y Huelva “ **Actuaciones extraprocesales del Ministerio Fiscal en materia de violencia de género**”. En primer lugar, se analizó la nueva regulación de la acreditación de las situaciones de violencia de género a la luz del RD ley 9/18 de 3 de agosto que modifica el Art. 23 de la LO 1/2004 y su incidencia en los criterios establecidos por la FGE tanto en la Instrucción 2 de 2005 como en la Circular 6/2011. Esta modificación se apoya en el Pacto de Estado y en la necesidad de unificar los criterios existentes en las diferentes CCAA y de ampliar los supuestos de atención, apoyo y asistencia a las víctimas sin necesidad de que exista intervención judicial. Se amplían los títulos que permiten la acreditación, pues se añade a la orden de protección: una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, se elimina la expresión excepcionalmente a la acreditación por el MF y se añaden los informes de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos, lo que permite concluir que existen en la actualidad dos sistemas distintos de acreditación, uno de carácter judicial y otro administrativo. El primero, para los casos en los que exista denuncia y se incoó un procedimiento judicial. El segundo, para todos los supuestos, exista o no denuncia. En todo caso la reforma del Art. 23 LO 1/2004 no afecta a otros supuestos de acreditación como son los establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El hecho de que no esté vinculado ya a la OP, permite emitir la certificación, aunque no se acredite la situación objetiva de riesgo, sino exclusivamente la existencia de indicios de delito de violencia de género en los términos de la Circular 6 de 2011, lo que requiere analizar cada caso incluso aunque se haya dictado el sobreseimiento provisional de las diligencias. Se planteó el problema de si, teniendo en cuenta el concepto de violencia de género del Convenio de Estambul y de las diferentes leyes autonómicas, la certificación que el MF puede emitir se debe limitar a los delitos comprendidos en la LO 1/2004 o a todos los demás. En segundo término se habló de la necesidad de que la Fiscalía sea un cauce de comunicación ágil y directa con los servicios sociales y socio sanitarios que tienen casos en que sospechan que existe violencia de género, exponiendo la Fiscal de Palencia el sistema desarrollado con un protocolo para poder tener conocimiento de esos casos e investigar su entidad y las pruebas de que puede disponer a través de diligencias de Investigación, articulando un Protocolo de Actuación facilitando el acceso de la Fiscalía a los registros de usuarias de servicios sociales lo que se considera muy positivo.

Para finalizar se expuso el sistema de seguimiento establecido en la Fiscalía de Huelva con víctimas de violencia de género extranjeras, teniendo en cuenta su mayor situación de vulnerabilidad y desconocimiento de los derechos establecidos en el Art. 31 bis) LOEX y 131 y 134 RELOEX, considerando que es esencial la activa intervención del MF como garante y defensor del interés social para garantizar el cumplimiento de esos derechos, lo que requiere un control y comunicación continua con la Oficina de extranjería y Brigada Provincial de Extranjería para posibilitar el rápido traslado de información en estos supuestos.

Para concluir estas jornadas la Fiscal de Sala volvió a hablar del Pacto de Estado aprobado por el Congreso y el Senado en el mes de septiembre de 2017, del desarrollo del mismo hasta este momento, de la necesidad de impulsar las medidas de protección e las víctimas y especialmente de los menores como refleja el Pacto, recabando la exploración de los mismos como un derecho que tienen y que ayuda a indagar el interés superior del mismo. Hizo hincapié en que la postura del MF debe de ser garantista y dinamizadora procurando la protección de la víctima y el respeto de sus derechos y trasladando la preocupación de que las resoluciones civiles que dictan los JVM no contemplen apenas las situaciones de VG que han motivado el inicio del procedimiento y que el número de medidas protectoras relativas a los menores se mantengan en un número muy bajo. Además, se señala el avance en la tecnología de los mecanismos electrónicos de control de las medidas de alejamiento, recordando a todos que como Fiscales es una medida adecuada y eficaz de protección a la víctima cuando no proceda la prisión. En otro orden de cosas, se resaltó la importancia de actuar con empatía hacia la víctima, recordando las sentencias del Tribunal Supremo que ya introducen el concepto de perspectiva de género a la hora de valorar e interpretar los elementos probatorios. Por último, se trasladó la implicación de la Fiscal General y de la Secretaría Técnica en formación en igualdad y perspectiva de género de manera que va a constituir uno de los bloques más importantes en materia de formación continua.

II.- VIOLENCIA DE GÉNERO Y MENORES. -

II.1.- CUSTODIA COMPARTIDA E INCIDENCIAS DERIVADAS DELA RT. 49 BIS DE LA LEC.

En esta mesa se expusieron los problemas de competencia entre las jurisdicciones civil y penal (violencia de género) que reflejan a su vez, una imperiosa coordinación entre ambas secciones de las Fiscalía a fin de poder garantizar resoluciones civiles que no sean contrarias al interés del menor en orden a una guarda compartida o regímenes amplios de visitas e incluso la atribución de la guarda y custodia al padre, cuando ha existido un proceso penal de violencia de género que se ha archivado, sobreseído o se ha dictado una resolución absolutoria.

La guarda y custodia compartida está prohibida en el ámbito de la violencia de género y doméstica, por exigencia del art. 92.7 C.C. Podría pensarse que, en la actualidad, la regla general es la guarda y custodia compartida en un procedimiento civil convencional y por tanto el mecanismo de regulación de la convivencia familiar con el menor en aquellos casos en que se haya sobreseído, archivado o dictado sentencia absolutoria en el procedimiento penal de violencia de género. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente, entre otras en las sentencias 1414/18 de 18 de abril y 4/2018, de 10 de enero, que cita la 748/2016, de 21 de diciembre, que *“el hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida -por ser el más adecuado para el interés del menor- no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable”*.

La doctrina del TS desde el año 2013 establece un criterio firme: ***“la jurisprudencia de esta sala que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción del sistema de guarda y custodia compartida por ambos progenitores, y establece los criterios determinantes de este sistema”*** (STS 3684/2018, de 30 de octubre).

El interés superior de los menores es una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental (STS 1474/2018, 25 de abril).

La opinión de los niños debe ser tenida en cuenta y sin son mayores de 12 años han de ser oídos preceptivamente, so pena de nulidad del procedimiento (STS 18/2018, 15 de enero), pero el

artículo 92 CC no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído (la sentencia 18/2018, de 15 de enero, señala que no puede confundirse la exploración del menor con un simple medio de prueba). Ante estas afirmaciones la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha utilizado algunos criterios para determinar el criterio del interés del menor tales como **los deseos manifestados por los menores** y el resultado de los informes exigidos legalmente, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos **y el respeto mutuo en sus relaciones personales** (STS 1474/2018, 25 de abril y STS 257/2013 de 29 de abril).

En este contexto es necesario matizar algunas cuestiones:

1) Si la prohibición del art 92.7 CC es absoluta e incluye las vejaciones injustas y el delito de quebrantamiento en el ámbito de violencia de género.

La prohibición legal de custodia compartida en caso de violencia de género y de doméstica está impuesta en el art. 92.7 CC y en algunas legislaciones autonómicas como el art. 11.3 de la Ley 7/2015 –País Vasco; art. 333.11.2 del Código de Familia de Catalunya; art. 80.6 del Código de derecho Foral de Aragón y art. 3.8 de la Ley Foral Navarra 3/2011.

El tenor literal del precepto es claro y por tanto se establece una prohibición sin ningún tipo de excepción. Un maltrato ocasional o una amenaza leve aislada en un contexto de ruptura evidencian un incumplimiento de los progenitores de un respeto mutuo en sus relaciones personales. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la STS 188/2016 de 4 de febrero que rechaza la imposición de un régimen de guarda compartida al haber sido el padre condenado por unas amenazas leves aisladas al amparo del art. 171.4 y 5 del CP.

En las de **vejaciones injustas** o las injurias, el bien jurídico protegido, el honor, no está recogido expresamente en el art. 92.7 CC. Sin embargo, las vejaciones injustas e insultos reiterados en el tiempo impedirían la estimación de una guarda compartida pues lo mismos podrían integrar un delito de maltrato habitual psíquico e incluso un hostigamiento, sin olvidar que evidencia una falta de respeto mutuo en las relaciones personales de los progenitores. En los supuestos de condenas aisladas, en especial, en el caso de delitos de injurias leves solo perseguible previa denuncia de la persona agraviada, es importante tener en cuenta si ha mediado el perdón de la ofendida en cuyo caso se extingue la acción penal.

El **delito de quebrantamiento** en el ámbito de violencia de género no es un delito cuya naturaleza jurídica en strictu sensu permita hablar de un delito de violencia de género, aunque la modificación del art. 87 ter 1 g) de la LOPJ permita su instrucción y enjuiciamiento por los JVS y los Juzgados Penales especializados. El bien jurídico protegido no está incluido expresamente en el art. 92.7 CC. Para poder hablar de un delito de quebrantamiento de pena o de medida de alejamiento, previamente ha existido la incoación de un delito de violencia de género donde se ha acordado dicha pena o medida de alejamiento, por tanto, a priori, el previo procedimiento de violencia impediría la guarda y custodia compartida y haría baladía la cuestión. Sin embargo, puede ocurrir que al dictarse el escrito de acusación o al recaer la sentencia condenatoria por el quebrantamiento e incluso al dirigirse la causa por quebrantamiento al investigado el procedimiento de violencia de género en el que recayó la medida o la pena accesoria impropia se hubiese sobreseído de manera firme, se hubiera absuelto definitivamente o se hubiese cumplido íntegramente la pena. En estos casos tampoco procedería el régimen de guarda y custodia compartida al entender que el delito de quebrantamiento es pluriofensivo. En las conclusiones del Seminario del año 2016 se acordó *que el delito de quebrantamiento además*

de proteger el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y el respeto a las resoluciones judiciales, no podía llevarnos a desconocer que el quebrantamiento de una medida de alejamiento indudablemente afecta a la seguridad de la víctima y pone en peligro al menos potencialmente, su libertad e integridad física, por lo que podemos hablar de un delito pluriofensivo, con independencia de su ubicación sistemática”.

2) Si el procedimiento penal esta sobreseído definitivamente o la sentencia es absolutoria firme puede impedir la custodia compartida.

Recordemos que en muchas ocasiones el sobreseimiento o la sentencia absolutoria en violencia de genero puede deberse a que la víctima se ha acogido a la dispensa del art, 416 de la LECr y el Fiscal en el acto del juicio se queda huérfano de prueba o bien porque lo que se está investigando es un maltrato psicológico o habitual del que ha resultado imposible encontrar pruebas que permitan, al menos, periféricamente, corroborar la denuncia de la víctima.

En estos casos, aunque se presente la propuesta de la guarda y custodia compartida como un convenio de mutuo acuerdo por los progenitores, el Fiscal puede oponerse al mismo al ser el interés del menor una cuestión de orden público (STS 1474/2018, 25 de abril) y al operar la prohibición del art. 92.7 del CC tanto en los procedimientos contenciosos como en los de mutuo acuerdo. Para ello, deberá motivarse la existencia de un previo proceso penal donde la progenitora ha sufrido violencia, pero las pruebas no han sido suficiente para la destrucción de la presunción de inocencia en el ámbito penal, así mismo, será necesaria la práctica de informes psicológicos y de trabajo social necesarios no solo de los menores y la unidad familiar sino también de la madre y los hijos menores dirigidos a la valoración de un riesgo de violencia latente o futura.

En todo caso, tanto si el procedimiento de guarda y custodia sea competencia del JVSM como si lo es del Juzgado de 1ª Instancia es necesario que el Fiscal que asuma el pleito civil conozca las circunstancias del procedimiento-s penales de violencia de género previos. Por ello, es imprescindible una eficaz coordinación entre ambas secciones.

En las conclusiones de especialistas del año 2014, se fijaron unas pautas a seguir en el seno de las secciones fiscales de violencia de género que son plenamente vigentes. Así, en la conclusión 6 se acordó *que el Fiscal que acuda a la vista o informe la causa civil ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, tenga en la carpetilla todos los antecedentes de la causa penal necesarios para detectar los elementos de riesgo y coordinar las actuaciones procesales de los distintos representantes del Ministerio.*

Por ello, los Sres./as. Fiscales deben de contar en el procedimiento civil con todos los antecedentes previos de violencia de género para poder valorar el interés del menor y la relación de mutuo respeto e igualdad de los progenitores. Para ello, deberán acceder a los registros informáticos de la Fiscalía, Viogen y en las carpetillas civiles deberán contar los documentos esenciales de los pleitos penales de violencia de género previos. También Los Sres./as Fiscales de las secciones de violencia de género harán llegar a las secciones civiles de sus Fiscalías las resoluciones que han puesto término al proceso penal y toda documentación que sea relevante para el proceso civil.

Seguidamente, se trató del **Art. 49 bis LEC**. La atribución de competencias civiles a los JVM, en materia de Derecho de Familia, a partir de la LOMPIVG 1/2004, de 28 de diciembre, ha generado un número importante de conflictos de competencia debido a la excepción del principio de *perpetuatio iurisdictionis* (art 411 LEC) que la regulación del art 87 ter 2 y 3 LOPJ comporta.

En la Instrucción 7/2005 de la FGE sobre “El Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer. Las Secciones contra la Violencia de las Fiscalías” ya se aconsejaba “*la continua coordinación con otros servicios de la Fiscalía*”, en especial con las de familia, menores, incapacidades, penitenciaria y extranjería.

Tenemos que acudir al **art. 49 bis de la LEC** para resolver las cuestiones competenciales que podemos agrupar en tres supuestos:

1) Cuando existe un proceso penal iniciado (art. 49 bis.1): El Juez de 1ª Instancia se inhibirá al JVSM salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral. En el momento actual existe discrepancia entre la Circular de la FGE 6/2011 y la jurisprudencia del TS que siguen la mayoría de las Audiencias Provinciales, en relación a si el inicio de la fase de juicio oral se produce con la fecha de la providencia que convoca a las partes a la comparecencia de las medidas provisionales o con la vista del pleito principal. **EL ATS 4507/2016, de 16 de marzo** recoge múltiples conflictos de competencia en que se determina que el límite para la inhibición prevista en este artículo es la vista del artículo 443 LEC “*El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de fijar doctrina sobre la interpretación de este límite temporal, recogida, entre otros, en los Autos de 25 de marzo de 2009 (conflicto nº 18/2009), 23 de marzo de 2010 (conflicto nº 107/2009), 27 de marzo de 2012 (conflicto nº 1/2012), 10 de abril de 2012 (conflicto nº 23/2012), 11 de septiembre de 2012 (conflicto nº 136/2012), 4 de junio de 2013 (conflicto nº 64/2013), 17 de septiembre de 2013 (conflicto nº 134/2013). Conforme a esta doctrina, debe entenderse que la expresión “juicio oral” hace referencia al juicio civil, esto es, a la vista del art. 443 LEC*”. Más recientemente, el **ATS 4772/2018, de 11 de abril** de la Sección 1ª, vuelve a reiterar que es el momento de la vista el límite temporal para la inhibición “*De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, que recoge el criterio reiterado de la sala en los supuestos de competencia sobrevenida del juzgado de violencia de género y que en interpretación del artículo 49 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala un límite temporal para el deber de inhibición del Juez civil a favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer que es que se haya iniciado la fase del juicio oral, referida al juicio civil, esto es, a la vista del artículo 443 LEC*”

Este abrumador número de resoluciones en el mismo sentido fijan un criterio que no es discutido por ninguna Audiencia Provincial y que la Fiscalía no puede obviar. Es, por tanto, que tan consolidada doctrina obliga a la Fiscalía abandonar su inicial postura, al no ser operativa y acoger el criterio de ser la vista del pleito principal el momento en que ha de entender el inicio de la fase del juicio oral.

2) Cuando no se haya iniciado el proceso penal, pero el Juez de familia constata la posible comisión de un acto de violencia sobre la mujer (art.49 bis.2): Tras la comparecencia preceptiva prevista en este artículo el Fiscal deberá de interponer la denuncia en su caso. En dicha denuncia se deberá indicar por Otrosí que el JVSM que va a conocer de la denuncia requiera al Juez 1ª Instancia los autos civiles indicando el número de éstos. Asimismo, se valorará la solicitud en la denuncia la petición de la orden de protección para proteger a la mujer y a sus hijos o en su caso, la comparecencia para la aplicación del art. 544 quinquies de la LECr o las medidas civiles de los arts. 64,65 y 66 de la LO1/2004 o del punto 7 del art. 544 ter de la LECR. En estos casos la denuncia ha de interponerse en el propio Juzgado de Guardia ya sea de VSM o quien asuma accidentalmente sus funciones. En caso de no solicitarse ninguna medida cautelar en la denuncia ésta puede presentarse ante el juez decano para su posterior reparto al JVSM competente territorialmente.

Aunque la ley habla de la interposición de la denuncia en 24 horas, hasta que la misma llegue al juzgado de violencia competente o en los casos que sean localidades distintas las competentes para conocer del pleito civil y de violencia de género, se debe recordar que el Juez de 1ª Instancia de oficio o a petición de parte, puede adoptar alguna de las medidas al amparo del art. 158 del CC, si es necesario para salvaguardar el interés de un menor hasta que sea requerido de inhibición tras interposición de la denuncia por el Ministerio Fiscal, incluida la prohibición de la salida del menor del territorio nacional si el progenitor es extranjero.

3) Cuando el Juez de Violencia sobre la Mujer esté conociendo de una causa penal y tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil relacionado con aquélla. (Art. 49 bis 3 LEC): El JVSM desde el mismo momento en que tenga conocimiento de que concurren los requisitos del párrafo tercero del art. 87 ter LOPJ, ha de requerir de inhibición al Juez de 1º Instancia quien debe inhibirse de inmediato con remisión de los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Tal inhibición es de carácter imperativo, y por tanto no pueden plantearse cuestiones de competencia objetiva entre ellos. Por ello es necesaria una coordinación entre ambas secciones de la fiscalía y una consulta actualizada de los registros informáticos de la Fiscalía y Viogen por los fiscales de ambas secciones.

Esta necesidad de coordinación es también precisa en los procedimientos de modificación de medidas al amparo del nuevo art. 775 de la LEC que por aplicación del nuevo Pleno de la sección Civil del TS de fecha 14 de junio de 2017, atribuya la competencia del asunto al Juez de 1ª Instancia al no existir ningún elemento que vincule la modificación de medidas con el JVSM, pero sin embargo, haya existido un procedimiento de violencia de género que se encuentra sobreseído o sentencia absolutoria firme al tiempo de interponerse al demanda de modificación. Coordinación que también será necesaria cuando los progenitores han cambiado de domicilio a un partido judicial diferente o incluso fuera de la provincia donde radique el JVSM que en su día conoció las causas penales ahora archivadas. A tal fin, los Sres./as Fiscales de las secciones de violencia de género harán llegar a las secciones civiles de sus Fiscalías las resoluciones que han puesto término al proceso penal y toda documentación que sea relevante para el proceso civil.

II.2.- EL COORDINADOR PARENTAL. -

Se presenta como un recurso que puede resultar útil en casos de custodia disputada con conflictos y múltiples procesos judiciales interparentales, así como por la existencia de dificultades para el cumplimiento de resoluciones judiciales sobre relaciones paterno-filiales post ruptura parental. Sin embargo, sigue siendo una figura muy próxima a la mediación, expresamente prohibida en violencia de género.

En algunas CCAA está prevista para facilitar el cumplimiento de los Planes de Parentalidad recogidos en diversas leyes de la CCAA con custodia compartida preferente (Aragón, Cataluña, Navarra, CA Valenciana y País Vasco).

Se plantea en la mesa si podría ser derivado un procedimiento civil, que se esté sustanciando en los JVSM, aun cuando el procedimiento penal finalmente se haya sobreseído o se haya dictado una sentencia absolutoria a este recurso.

El Convenio de Estambul, en vigor desde 1 de agosto de 2014, establece en su artículo 31, que las Partes tomaran las medidas necesarias para que en el momento de estipular los derechos de custodia y visita de los hijos se tengan en cuenta los incidentes de violencia de género y que ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y seguridad de la víctima y de los niños.

La LO 1/2004 establece en su Exposición de Motivos, que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de un entorno familiar, víctimas directas o indirectas de la violencia. La ley contempla su protección no solo para la tutela de los derechos de los menores, sino también para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer. La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia reconoce expresamente como víctima de violencia de género a los menores y fija el concepto de interés superior del menor sea una consideración primordial. La Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia introduce el principio rector de la actuación de la administración la protección de los menores de cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar, de género, trata y tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina (art. 11) y garantiza el apoyo necesario para que los menores bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica puedan permanecer con la misma. Por todo ello, debemos entender la violencia de género como una vulneración de los derechos de los menores a vivir en un entorno libre de violencia, así como a un desarrollo integral adecuado.

En este contexto no resulta adecuado al interés del menor la resolución del conflicto de correlación parental a través de esta figura, ni tampoco en aquellos casos en que se sobresean provisionalmente o se dicte una sentencia absolutoria cuando sus fundamentos sean el acogimiento a la dispensa de la víctima o la inexistencia de prueba de corroboración cuando contamos solo con la declaración de la víctima o en aquellos casos en que haya contradicción entre los testigos.

CONCLUSIONES. -

1.- La guarda y custodia compartida está prohibida en el ámbito de violencia de género, conforme a lo dispuesto en el art. 92.7 CC. Cuando los procesos penales de violencia de género estén sobreseídos o se haya dictado una sentencia absolutoria y, por las reglas de competencia de los arts. 49 bis y 775 LEC, sean los Juzgados de 1ª Instancia los que deban conocer de los procedimientos civiles entre aquellos progenitores, es necesaria una eficaz coordinación con las Secciones de lo Civil y Familia de las Fiscalías, a fin de que los Fiscales que la integran tengan conocimiento de los antecedentes sobre la presunta violencia de género, su entidad y reiteración. Los Sres./as. Fiscales deben de contar en el procedimiento civil con todos los antecedentes necesarios para poder valorar el interés del menor y la relación de mutuo respeto e igualdad de los progenitores.

A tal fin, se trasladará a la Fiscal General del Estado la correspondiente propuesta de Instrucción para una mejor coordinación entre las Secciones de lo Civil y Familia y de Violencia sobre la Mujer de las Fiscalías, a fin de hacer realidad la unidad de actuación primordial en la intervención del Ministerio Público.

2.- Los Sres./as Fiscales deben considerar, salvo supuestos muy excepcionales, que las vejaciones injustas, las injurias y el delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de genero impiden la aplicación del régimen de guarda compartida al poner de manifiesto una relación ausente de mutuo respeto que afecta al marco familiar de referencia del menor que sustenta su crecimiento armónico y adecuado.

3.- Existe una consolidada jurisprudencia del TS, seguida por las Audiencias Provinciales, en orden a determinar el límite temporal o el momento del inicio de la fase del juicio oral al que se refiere el art. 49 bis. 1 LEC, señalando que debe entenderse como el momento de la vista

del art. 443 LEC, y no la fecha de la providencia que acuerda la misma. Por lo tanto, el criterio expuesto en la Circular de la FGE 6/2011 queda afectado por esta nueva realidad jurídica, para lo que se promoverá una modificación de la misma, sin perjuicio de atender a los pronunciamientos jurisprudenciales.

4.- En la denuncia que interponga el Fiscal al amparo del art. 49 bis.2 de la LEC los Sres./as Fiscales deben indicar por Otrosí que el JVSM que va a conocer de aquella debe requerir, en su caso, al Juez de 1ª Instancia la remisión del procedimiento de familia. Asimismo, deberán de solicitar, si fuera necesario, la orden de protección, las medidas del punto 7 del art. 544 ter o en su caso, las medidas de los art. 544 quinquies o de los arts. 65 y 66 de la LO1/2004.

Hasta el conocimiento por el Juez competente de la denuncia interpuesta al amparo del art. 49 bis.2, el Juez de 1ª Instancia de oficio puede acordar y el M. Fiscal solicitar alguna de las medidas al amparo del art. 158 del CC, si es necesario para salvaguardar el interés de un menor hasta que sea requerido de competencia. Los Sres./as Fiscales deberán acordar con los fiscales de familia que en los casos de urgente protección de los menores soliciten ante el Juez de 1ª Instancia la aplicación del art. 158 hasta que la denuncia sea conocida por el JVSM.

5.- La coordinación parental no tiene cabida en el ámbito de violencia de género al ser un instrumento próximo a la mediación excluida por el art. 87 ter. 5 LOPJ y por el art. 48 del Convenio de Estambul, por lo que los Sres./as Fiscales deben oponerse a su aplicación en este ámbito.

III.- CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO. -

III.1.- EL DELITO DE ACOSO.

El delito de acoso fue introducido por la LO 1/2015 en nuestro CP, para paliar ciertas lagunas normativas puestas de manifiesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y que constituye una de las consecuencias del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de Mayo de 2011 que obligaba a los Estados parte --entre ellos España-- de incriminar tal delito stalking/acoso como así se acordaba expresamente en el art. 34 de dicho Convenio.

Vuelve a ser objeto de análisis en las presentes jornadas provocado tanto por su dispar aplicación por los Tribunales dada la elasticidad de los términos usados por el legislador, como porque este nuevo tipo delictivo fue objeto de análisis e interpretación por el Tribunal Supremo, a través del nuevo recurso de casación por infracción de ley con interés casación, en la STS 324/17, dictada por el Pleno el 8 de mayo, lo que sugiere la conveniencia de estudiar la postura de la Fiscalía y si las conclusiones alcanzadas en el XII Seminario de Fiscales de 2016, se mantienen vigentes o es preciso matizarlas.

La STS del pleno relativa a este delito ya referenciada, señala que nuestro legislador puso el punto de mira en la afectación del bien jurídico de la libertad que queda maltratada por esa obsesiva actividad intrusa que puede llegar a condicionar costumbres o hábitos, como única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento. A continuación, analiza los criterios que deslindan el delito de acoso del delito de coacciones, apuntando a la reiteración e insistencia y a una cierta prolongación en el tiempo, difícil de concretar pero que en todo caso precisa de que esa conducta sea idónea para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. Reconoce que tales conceptos son indeterminados y que su adecuada interpretación requiere acudir al estándar del hombre medio, si bien concluye

que no es posible ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana.

La segunda sentencia dictada por el Alto Tribunal, la STS 554/17, de 12 de julio, vuelve a recordar que se está en presencia de un tipo penal muy "pegado" a los concretos perfiles y circunstancias del caso enjuiciado y en ese supuesto considera que el resultado exigido por el tipo analizado, -la grave afectación de la vida cotidiana-, queda patente por el hecho de que la víctima tuvo que pedir una orden de alejamiento del recurrente, que le fue concedida, junto con las otras medidas que obran en la resolución judicial.

Por otra parte, del análisis de las sentencias dictadas por las diversas AP, se llega igualmente a la conclusión de que la reiteración y la insistencia junto a la acreditación del resultado típico: la grave afectación de la vida cotidiana, son los elementos que mayores problemas interpretativos plantean, dificultades que las STS señaladas no han logrado reducir precisamente por esa configuración tan circunstancial del tipo.

La exigencia de la reiteración plantea problemas en la modalidad 3ª que hace referencia al uso de los datos personales para adquirir productos o contratar servicios, en la medida que el uso puede ser uno, pero el resultado perdura en el tiempo provocando una cascada de múltiples y constantes llamadas de terceras personas que conducen a ese estado de alteración y desasosiego pretendido por el autor. Cuando no se acredita tal alteración de la vida cotidiana, el delito de acoso queda excluido, pero una vez descartada esta figura la respuesta judicial es diversa, y abarca tanto la absolución como acudir a otras figuras delictivas afines como el delito de coacciones graves o leves. Se observa que en ningún caso la jurisprudencia ha optado por la figura del delito de acoso intentado.

Por último, el examen de la jurisprudencia pone de relieve la gran disparidad de criterios que sigue existiendo a la hora de resolver los concursos de delitos que con frecuencia van unidos a la conducta hostigadora, como el delito de amenazas, vejaciones, quebrantamiento de pena o medida de alejamiento o prohibición de comunicación.

CONCLUSIONES.-

1.- Siguen vigentes las conclusiones alcanzadas en las jornadas de Fiscales de 2016, en lo relativo a la necesidad de que los Sres/as Fiscales recojan y describan en el escrito de acusación todos y cada uno de los hechos de hostigamiento individualizados, que conforman el patrón de conducta del sujeto activo y, a ser posible con ubicación espacio-temporal, a fin de lograr un reflejo fiel de la estrategia de persecución.

Por la misma razón en el escrito de acusación se deben describir, de la forma más amplia y detallada posible, los efectos que la conducta desplegada por el sujeto activo haya producido sobre la vida cotidiana del sujeto pasivo.

2.- Cuando como consecuencia de la prueba practicada existan dudas sobre el resultado de la conducta enjuiciada, es decir, si ha ocasionado una alteración grave de la vida cotidiana, o mera molestias e incomodidades, los Sres/as Fiscales deberán en fase de conclusiones definitivas solicitar como alternativa bien el delito de acoso intentado bien el delito de coacciones del Art. 172.2 CP como tipo genérico y homogéneo.

3.- Este tipo delictivo con frecuencia viene integrado por diversas conductas que pueden constituir otros tantos delitos cuya punición plantea importantes problemas concursales a resolver conforme a la cláusula establecida en el Art. 172 ter. Apartado 3 CP., lo que en principio supone castigar cada uno de los hechos delictivos por separado en concurso real. No obstante, los/as Srs Fiscales deberán analizar en cada caso la relación en que se encuentran los diversos tipos delictivos imputados a fin de evitar bien la impunidad de alguno de ellos

bien la doble incriminación por vulneración del principio *ne bis in ídem*. En términos generales cuando el acercamiento, llamadas, contactos, vigilancias o seguimientos reiterados, suponga además del acoso, el quebrantamiento de una pena o medida de alejamiento y/o no comunicación deberá entenderse, como se concluyó en 2016, que existe un concurso ideal ente el delito de quebrantamiento y acoso, debiendo recurrirse la resolución que considere existe un concurso real a fin de provocar un pronunciamiento del TS sobre la materia que ponga fin a esta controversia.

III.2.-ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE ALEVOSÍA, PARENTESCO Y COMETER EL HECHO POR RAZONES DE GÉNERO. -

A.-La novedosa circunstancia agravante de cometer el hecho **por razones de género**, introducida en el CP por LO 1/2015, tiene como causa más próxima el Convenio *n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de mayo de 2011, conocido como Convenio de Estambul ratificado por España en 2014 que entiende por género «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.»*

Esta agravante poco a poco y especialmente a consecuencia del impulso de los Fiscales se ha ido abriendo camino y ha tenido ya reflejo en numerosas sentencias de AP y TJ, siendo una de las primeras la la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 4 de diciembre de 2017 que declara que: *“La agravante de género, incorporada al Código penal con la reforma de la L.O. 1/2015 obedece a que el genero (...)puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo, indicándose así en la Exposición de Motivos de aquella Ley Orgánica, y fundamentándose en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito, siendo preciso que se acredite la intención de cometerlo contra la mujer por el hecho de ser mujer y como acto de dominio y superioridad”.*

La verdadera significación de la agravante de género, según STS 565/18 de 19 de noviembre, reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer.

En el mismo sentido la SAP Badajoz de 5 de febrero de 2018 nos recuerda que: *“Nos encontramos, por tanto, ante una circunstancia agravante **subjetiva**, cuya mayor reprochabilidad deriva de la concurrencia de un móvil especialmente abyecto del autor, el mayor desvalor, que supone, en el caso contemplado, que el autor atente contra la vida de la víctima como expresión de su idea de dominación sobre la víctima”*, porque como concluye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de diciembre de 2017 *“La citada agravante, debe tratarse con prudencia por cuanto no todo delito en el que la víctima sea la esposa, o mujer unida al autor por una relación análoga a la matrimonial, puede llevar objetivamente a su aplicación, dado que la mayor culpabilidad trae causa de la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa su acción delictiva, siendo, por ello necesario, que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito.”*. Esta configuración y fundamentación subjetiva obliga a que el escrito de acusación recoja la base fáctica que justifique su aplicación, es decir,

es un hecho subjetivo precisado de prueba que en todo caso compete a las acusaciones. Con frecuencia y a falta de una confesión del autor, esta intención deberá deducirse de las expresiones proferidas, clima de dominación, control u humillaciones por parte del varón agresor, reacciones violentas contra la ruptura, condenas anteriores por malos tratos, entre otras.

En esta línea doctrinal, la STS 420/18 de 25 de septiembre de 2018, estimó el recurso del MF y apreció la agravante de género por considerar que a diferencia de lo que mantuvo el TSJ, los hechos probados describen una situación de dominación y desprecio sobre la mujer suficiente

La reciente **STS 706/18** de 15 de enero de 2019, recordando **la STS 420/18, y la 565/18**, recoge la doctrina actual del TS sobre esta novedosa agravante, señalando que su origen se encuentra en el Convenio de Estambul y su fundamento se desprende del artículo 1 de la Ley Orgánica, 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, señalaba en su artículo 1.1 que el objeto de la presente ley es "actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Y en su apartado 3, este mismo artículo dispone que "La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad".

"Con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta".

Pone de relieve el Tribunal Supremo que esta idea constituye la base de la argumentación desarrollada en la STC 59/2008, al examinar la constitucionalidad de las agravaciones penológicas contempladas en el artículo 153.1 CP. Señaló entonces el Tribunal, FJ 7, que "La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada". Recordó, FJ 8, que "La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto". "Y continúa afirmando, FJ 9. c): "Como el término "género" que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por

razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad".

Reconoce que nueva circunstancia agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes, la agravante de actuar por motivos de SEXO O DE PARENTESCO. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación, lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género.

En cuanto al sexo, dice la citada STS 420/18, de 25 septiembre, es generalmente admitido que hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, art. 3.c). Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra.

Como advierte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 29 de junio de 2018: *"Una primera interpretación podría diferenciar los supuestos de discriminación por razones de sexo y de género llevando a cabo una distinción en la víctima objeto de la tutela. En el primer caso, podría ser considerado sujeto pasivo de una discriminación por razón de sexo un hombre frente a una mujer o un grupo de mujeres. La agravación por razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores", sin que tampoco quede limitada su aplicación al ámbito de la pareja o ex pareja, de manera que se puede apreciar en todos aquellos casos en que el hecho se comete contra una mujer por el mero hecho de serlo y con la intención de hacerla sentir inferior por este único motivo. O por no aceptar que la víctima no se doblegue a la voluntad de su agresor.*

Esta configuración subjetiva es también importante a la hora de abordar el tema de la compatibilidad de esta agravante con la de PARENTESCO establecida en el Art. 23 CP, que tiene un matiz claramente objetivo. El TS en sentencia de la STS 18 de junio de 2007 nos recuerda que esta circunstancia funcionará como agravante cuando como consecuencia de esta relación parental, sin exigirse vínculo alguno de afectividad, la acción merezca mayor reproche lo que de ordinario sucede en los delitos contra las personas y la libertad sexual.

En este mismo sentido establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 *"La circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la Ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales".* Resulta por tanto un **fundamento o naturaleza objetiva** que deberá ser objeto de alegación y prueba e juicio en los mismos términos anteriormente reseñados cuando entre el autor e víctima medie objetivamente alguna de las relaciones amparadas por el art. 23CP.

Aunque inicialmente hubo ciertos pronunciamientos jurisprudenciales manteniendo posturas diferentes en cuanto a la compatibilidad de ambas agravantes, PARENTESCO Y GÉNERO, en general, y así lo ha proclamado ya el TS, no se vulnera la prohibición non bis in ídem por la aplicación de ambas, ya que existen FUNDAMENTOS distintos (Subjetivo, Objetivo y Mixto), que no se tienen que dar necesariamente juntos, y que permiten fundamentar la agravación en uno y otro caso. La STSJ de Canarias de 26 de junio de 2017 considera que debe defenderse la compatibilidad entre la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género.” En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Badajoz de 5 de febrero de 2018 “puesto que mientras que la agravante del párrafo 4º del art. 22 CP, se basa en la discriminación a la mujer por razón de género, exista o no una relación de pareja entre víctima y victimario, la circunstancia agravante de parentesco, tiene por fundamento el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares”. “La primera adquiere, así, un matiz subjetivo, frente al carácter objetivo de la segunda. La relación de parentesco, matrimonio o análoga de afectividad requerida en el art. 23, concurriría objetivamente; la discriminación por razón de género, sin embargo, exigiría, en principio, la concurrencia de un elemento objetivo- que la víctima sea mujer- y otro subjetivo- el ánimo del autor de atentar contra ella con esta razón.”

La reciente **STS nº 565/18**, de 19-11, ha proclamado la compatibilidad entre ambas agravantes pues ambas tienen diferente fundamento y ámbito de aplicación, estableciendo que el principio non bis in ídem impiden que ambas agravantes puedan aplicarse en aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4º, 153.1, 171.4, 172.2, CP.

En suma concluye, la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad.

B.- Otro aspecto analizado fue el estudio de la agravante de alevosía, no sólo por la frecuencia con que es apreciada en delitos contra la integridad de la pareja o ex pareja, sino por la novedosa STS 247/18, de 24 de mayo, en que aprecia la agravante aplicando la perspectiva de género.

Se encuentra regulada en el art. 22.1ºCP., donde se establece que hay Alevosía “cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

Tiene un carácter mixto en cuanto supone mayor antijuricidad y culpabilidad del infractor, combinando elementos objetivos y subjetivos (STS 61/2010 de 28 de enero).

La jurisprudencia del TS ya viene aceptando como una forma de alevosía la convivencial o de desvalimiento en la cual el sujeto activo aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica, dormidas o privadas de conocimiento. Esta modalidad

concorre también en los supuestos de graves atentados contra la vida de su pareja o ex pareja cometidos en el interior del domicilio familiar, en donde la víctima se siente segura y confiada y por ello indefensa y desprotegida frente a esa conducta violenta, difícil de prever y sorpresiva del agresor, sin capacidad de reacción incapacidad que se agudiza por el hecho de que el brutal ataque se realice en presencia de los niños ante el miedo de que pudieran ser a su vez agredidos, poniendo el acento en que concurre esta agravante siempre que se acredite una imposibilidad de una defensa mínimamente efectiva, más allá de los actos de autoprotección provocada bien por su sorpresa, o por la clara y evidente posición de imposibilidad de defensa de la víctima. En este caso, la situación fue especialmente dramática para la víctima.

CONCLUSIONES:

1.- La Agravante de Género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma, su fundamento es pues de naturaleza subjetiva. Para apreciar esa circunstancia es necesario que los/as Srs. Fiscales hagan constar en su escrito de conclusiones los hechos que dejen patente esa situación de dominación y sentimiento de superioridad del agresor respecto a la víctima.

2.- La Circunstancia Mixta de Parentesco del artículo 23CP se aplica en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que entre autor y víctima (independientemente del sexo de éstos) media o ha mediado una relación sentimental, dotada de estabilidad y convivencia al menos parcial y que los hechos están relacionados directa o indirectamente con dicha convivencia, sin requerir una situación de afecto real, debiendo reflejar los Sres/as Fiscales estos datos en el escrito de acusación.

3.- Las Circunstancias Agravante de Género del artículo 22.4ª CP y la Mixta de Parentesco del artículo 23 CP operando como agravante son compatibles, como ha mantenido el TS en varias sentencias, pues responden a fundamentos distintos y pueden aplicarse de manera conjunta respecto de un mismo supuesto, siempre que se imputen por la acusación, se prueben en el acto del juicio y se recojan en la sentencia los hechos que dan lugar a la aplicación de una y otra. Las/os Fiscales, deberán solicitar la aplicación de ambas cuando concurren los requisitos necesarios y, valorarán la posibilidad de recurrir la sentencia en que no se aprecie alguna de ellas.

4.- Por el contrario, no puede aplicarse la Agravante de Género ni la Circunstancia Mixta de Parentesco como Agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 153.1, 171.4, 172.2 CP, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición non bis in ídem.

5.- Los Sres/as Fiscales, a la hora de aplicar la agravante de alevosía, tendrán en cuenta la situación de confianza y ausencia de cautela de la víctima en los ataques contra la vida y/o integridad cometidos por el esposo, pareja o ex pareja en el interior del domicilio, y la facilidad que ello reporta teniendo en cuenta el resto de circunstancias del ataque y, en especial si la víctima tuvo alguna posibilidad real de una defensa mínimamente efectiva.

IV.- PROBLEMAS PROCESALES: LA ACTUACIÓN DE LA FISCALIA EN LOS JUICIOS RÁPIDOS INCOADOS POR DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. -

I V.I.- ELECCION DEL PROCEDIMIENTO. -

La Memoria elevada por esta Unidad a la FGE, correspondiente al año 2017, refleja de las condenas dictadas en materia de violencia de género, un 57,7% lo fueron por un delito del Art. 153 CP, el 19,9% por delito de amenazas leves del Art. 171.4 CP, el 17,4% por delitos de quebrantamiento de condena o de medida cautelar, y un 3,85% por coacciones, , con un ligero descenso aproximadamente del 1% de los casos de violencia habitual y lesiones, situación que pone de manifiesto por un lado que en la gran mayoría de los casos el procedimiento a través del cual se enjuiciaron es el juicio rápido y por otra parte el gran uso de la sentencia de conformidad, de manera que el 50,50% de las sentencias condenatorias dictadas a lo largo del 2017, es decir 16.741 de las 33.146 sentencias condenatorias lo fueron por conformidad con el acusado, todo lo cual obliga a detenernos sobre la intervención del MF en los juzgados de Guardia de VM y en estos primeros momentos procesales y analizar si la elección del procedimiento es adecuada y si la pena conseguida mediante una conformidad y su casi automática suspensión satisface los principios que rigen el marco normativo de la violencia de género, si supone una punición proporcionada a la gravedad y si la pena cumple los fines disuasorios perseguidos y la adecuada respuesta y protección de la víctima.

Si bien es cierto que en determinados casos de violencia de género la instrucción de la causa no presenta grandes problemas y la rápida y ágil respuesta judicial que ofrece el juicio rápido establecido por la Ley 38/2002 es adecuada, respeta las garantías procesales del investigado a la vez que protege y respalda a la víctima, la realidad ha puesto de manifiesto que la premura de la guardia y la necesidad de tomar decisiones en un escasísimo intervalo de tiempo y la sentencia de conformidad no siempre conduce a una respuesta judicial adecuada a la gravedad de los hechos denunciados por falta de actividad probatoria suficiente derivada de una instrucción ligera. Y ello porque hay que partir de la propia especialidad de la víctima de violencia de género, el tiempo que tarda en tomar la decisión de denunciar, que con frecuencia se limita al último hecho que ha motivado esa decisión por ser la gota que colma el vaso, pero que se requiere tiempo y ayuda para reconstruir ese periodo de su vida y describir otros episodios de violencia y maltrato, como ocurre siempre en la violencia habitual, por lo que si , desde el primer momento se opta por el juicio rápido, el enjuiciamiento se queda en la superficie sin descubrir la gravedad y entidad del maltrato que precisa de tiempo y ahondar en la investigación y en algunos casos conduce a la absolución con el efecto que ello produce en la víctima.

La variedad de supuestos y situaciones es muy amplia que va desde supuestos en que se consigue la conformidad, pasando por situaciones que aunque la víctima no quiere declarar, tenemos otros elementos probatorios como partes médicos, testigos de referencia, hasta supuestos en que las pruebas que tenemos son insuficientes para continuar dado que la víctima no quiere denunciar, no hay parte médico ni lesiones visibles ni testigos y que pueden aconsejar solicitar el sobreseimiento en ese momento, derivarla a servicios sociales y poder reabrir el caso si ocurre otro hecho con anterioridad.

Existió unanimidad de todos los fiscales asistentes en poner de manifiesto el importante volumen de trabajo que se suele acumular en las guardias de violencia de género, el tiempo que se invierte en la toma de declaración de la víctima y en la adopción de medidas cautelares, duración con frecuencia muy superior a la de la guardia ordinaria retribuida, denunciando la discriminación que supone que la guardia de violencia carezca de retribución alguna e instando a que en el futuro se ponga fin a la misma.

En todo caso se puso de manifiesto la necesidad de que los Fiscales, dentro de las posibilidades de la guardia y una vez oída la víctima, se analice con cautela cada caso concreto, antes de decidir sobre el procedimiento adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, su gravedad, existencia de antecedentes y material probatorio con el que cuenta la acusación, especialmente la fortaleza de la víctima, valoración que con frecuencia conducirá a descartar el juicio rápido como cauce más procedente y a optar por pedir la incoación de diligencias previas, que permite incorporar a la causa los informes y diligencias de investigación que se consideren oportunas. En especial los informes sociales y psicológicos, los antecedentes sociosanitarios, informes médicos forenses, examen de dispositivos telefónicos, audiencia de los menores etc, todo lo cual ayudará a la vez a valorar más adecuadamente el riesgo en que se encuentra a víctima y otorgarle la protección que esta situación requiera.

La experiencia nos muestra que en los casos de Violencia Habitual del art. 173.2 donde se relatan, lesiones, amenazas, coacciones, insultos y otros menosprecios hacia la mujer, prolongados en el tiempo, el cauce procesal que permite investigar y aportar informes y otros elementos probatorios demostrativos de estos hechos es el trámite de diligencias previas.

Por la misma causa, cuando se denuncia una conducta de acoso del Art. 172 Ter, que requiere una persistencia y una alteración de la vida cotidiana, aspectos ambos cuya prueba corresponde a la acusación, si no existe conformidad, es preciso solicitar la incoación de Diligencias previas, donde se puedan acreditar tales extremos, mediante periciales psicosociales, examen de teléfonos móviles u ordenadores, prueba testifical etc.

IV.2.- SUPUESTOS DE CONFORMIDAD. -

Las mismas reflexiones realizó el ponente en cuanto a los criterios a tener en cuenta a la hora de elegir y concretar la pena en caso de obtener una conformidad, evitando rebajas excesivas que puedan llevar a restar operatividad a la respuesta judicial y a la pena.

El legislador ha previsto penas alternativas para los delitos de maltrato, Art. 153(en los que se puede optar por pena de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad); el delito de amenazas del artículo 171 (en los que se puede optar por pena de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad); el delito de coacciones del artículo 172 (en los que se puede optar por pena de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad); el delito de acoso del artículo 172 ter (en los que se puede optar por pena de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad); el delito de vejaciones e injurias del artículo 173.4 (en los que se puede optar por pena de localización permanente, trabajos en beneficio de la comunidad y excepcionalmente multa);

En todo caso y como primer paso es necesario contactar con el letrado de la víctima y con la propia víctima antes de llegar a cualquier acuerdo exponiendo con claridad los motivos del mismo y su alcance, pues conforme al Estatuto de la Víctima estas tienen derecho a estar informada de los trámites procesales y a ser oída.

La posibilidad de que la víctima se acoja a la dispensa del Art. 416 Lecrim, desgraciadamente tan frecuente es otro criterio a valorar, pero teniendo en cuenta que se debe indagar los motivos que llevan a esa víctima a no querer declarar y los Sres/as Fiscales deberán solicitar que se garantice el apoyo psicosocial continuado durante la instrucción. Ello nos llevará a valorar el resto del material probatorio del que disponemos y los criterios de los tribunales que van a enjuiciar los hechos.

La gravedad de los hechos, su reiteración, incumplimientos y la presencia de hijos menores y en general, todas las circunstancias del hecho y familiares, son otros factores a tener en cuenta.

Para ello será necesario que los Sres Fiscales consulten los registros de antecedentes y medidas cautelares, tanto el SIRAJ como el VIOGEN y las valoraciones del riesgo efectuadas que pueden ser un indicador de la gravedad del hecho.

Puede ser válido optar por TBC en delincuentes primarios siempre que se compense con una mayor duración de la pena de alejamiento y prohibición de comunicación. En todo caso Los Sres/as Fiscales deberán tener en cuenta que la petición de la pena de TBC requiere consentimiento del autor conforme al Art. 49 CP., por lo que, en caso de celebración del juicio en su ausencia, obliga a modificar la petición de pena que generalmente será la prisión.

Cuando el investigado posea denuncias anteriores, aún sin condena por haber hecho la víctima uso de la dispensa establecida en el Art. 416 Lecrim, o existan quebrantamientos o amenazas reiteradas la petición de pena de prisión se presenta como la elección más adecuada.

Idénticos problemas se suscitan a la hora de decidir sobre la suspensión de condena que suele ser uno de los aspectos que se vinculan a la conformidad. La concesión del beneficio de la suspensión de la pena está justificada en estos casos por el reconocimiento de los hechos que supone la predisposición del penado a la resocialización que no debe perderse de vista. En este proceso de negociación puede ser válido conseguir el abono inmediato de la indemnización o elevar su importe.

No obstante debemos evitar el automatismo en la concesión de la suspensión de condena y recordar que debe seguir siendo prioritario la protección de la víctima, por lo que, en todo caso, toda suspensión de la pena requiere el cumplimiento de determinados requisitos: estos son los generales del artículo 80, párrafos primero y segundo; amén de los propios de la violencia de género previstos en los artículos 83.1.1º, 83.1.4º (relativos a la prohibición de acercarse a la víctima, domicilio y lugar de trabajo de la misma) y 83.1.6º (relativo al cumplimiento de un programa formativo).

Como ya se decía en las conclusiones alcanzadas por los Fiscales especialistas en 2017:

“ Si bien la sola existencia de una condena por un delito leve no es obstáculo para entender cumplido el primer presupuesto exigido por el legislador para la concesión de la suspensión (art. 80-2-1ª), en materia de violencia de género, la existencia de una o varias condenas precedentes por delito leve del art. 173-4 del C.P. podrían poner en evidencia su peligrosidad y la necesidad de ejecutar la pena a los fines previstos por el legislador por lo que, los Sres/as Fiscales, antes de informar sobre la posible concesión de los beneficios de la suspensión, deberán tener en cuenta que la existencia de una condena anterior por un delito de cualquier naturaleza- leve, menos grave o grave- cometido sobre la mujer-, podría entrañar la existencia de un pronóstico desfavorable sobre su tendencia delictiva, lo que, lógicamente, implicaría la oposición a la suspensión de la condena en estos supuestos”.

IV.3.- POSTURA DE LA FISCALIA ANTE LA DISPENSA ESTABLECIDA EN EL ART. 416 LCRIM Y EL ÚLTIMO ACUERDO DE LA SALA 2ª DEL TS.-

La preocupación constante de la Fiscalía de VSM respecto a la dispensa y a sus efectos en relación con el material probatorio, plasmada en muchas conclusiones de las Jornadas de fiscales especialista de años anteriores, llegando a elevar al FGE una propuesta de reforma procesal, la propia postura mantenida por la Fiscal de Sala y demás Fiscales que comparecieron en la Comisión tanto del Senado como del Congreso para elaborar el Pacto de Estado de violencia de género, exponiendo la ineludible necesidad de reformar el Art. 416 Lecrim, para

finalizar con la impunidad que provoca, los mandatos contenidos en el Convenio de Estambul, en cuyo Art. 55.1 dispone: *“Las Partes velarán por que las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y porque el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia.”*; obligación que afecta a España como Estado firmante del Convenio en 2014, eximen de un análisis más profundo de sus antecedentes y de la evolución de la jurisprudencia en su aplicación, por lo que en esta ocasión, el debate se centró a volver a constatar el importante número de procesos que no llegan a juicio oral o terminan en sentencia absolutoria como consecuencia del uso de la dispensa por parte de la víctima y la imposibilidad de utilizar sus declaraciones anteriores o los testimonios de referencia. al análisis de los efectos y consecuencias del último **Acuerdo de Sala de lo Penal de 23-1-2018**: “No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.”.

Elo supone un paso atrás con el criterio mantenido por la STS de 2015, pero pone fin o intenta poner fin a la diversidad de posturas de los órganos judiciales en los supuestos en que la víctima personada en el procedimiento, renuncia en el plenario a antes retirándose de la acusación. La STS 205/2018, sala 2ª, de lo Penal, de fecha 25 de abril de 2018, dictada en aplicación del citado Acuerdo, en su fundamento de derecho tercero, sienta como base en orden a fijar los supuestos en los que puede hacerse uso del derecho que: “la dispensa” es un derecho de rango constitucional (artículo 24. 2, segundo párrafo, CE), y que por tanto las limitaciones impuestas por ley han de interpretarse restrictivamente y por ello estima que para que la dispensa decaiga es necesario que en ese momento se encuentre personada como acusación particular, lo contrario, razona, supondría una modulación de este derecho que en todo caso debe venir dada por el legislador.

Otro tema objeto de preocupación para la Fiscalía como protector de los menores, y sobre el que no existe una línea clara de actuación, es cuando nos encontramos con supuestos en que existen menores víctimas, es decir, cuando la víctima es un menor de edad que además es pariente de la persona investigada. El TS ya ha dicho que no es necesario llegar a la mayoría de edad para que pueda ejercer de forma autónoma ese derecho y así en SSTSa nº 209/2017, de 28 de mayo de 2017, y 205/218, de 25 de abril, reconocen el derecho de la menor víctima de 17 años de acogerse a la dispensa de declarar prevista en el artículo 416 LECrim., y ello en base fundamentalmente en el artículo 9 LORJM, pues la sentencia reconoce como indiscutible la obligación legal de oír a los menores en aquellos aspectos que les afecten y de tomar en consideración su opinión, lo que, inevitablemente exige –como dice la sentencia- además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable, es decir, su nivel de madurez, pero lo cual un instrumento de gran utilidad es el informe pericial. Por el lado contrario la STS 699/14, establece que un niño ni con cuatro, ni con siete, ni con ocho, ni con once años, goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella (fija un límite cronológico); No ostentando el menor capacidad para determinar en ese punto la propia conducta, en principio habrá de confiarse a los representantes legales (argumento ex art. 162 Código Civil) la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el art. 416 LECrim.

Además, como ya se concluyó en el seminario de Fiscales Delegados celebrado en el año 2016, *“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 L.E.V.D.”*

Es imprescindible distinguir entre la Audiencia del Menor antes de adoptar alguna medida que les afecte, que constituye un derecho del menor y por otro lado, la declaración como testigo de unos hechos delictivos y sólo en este segundo supuesto entra en juego el derecho de no declarar.

En todo caso se vuelve a reclamar una modificación del Art. 416 Lecrim, de manera que el legislador module y limite esta dispensa en el ámbito de la violencia de género y doméstica cuando es la víctima la que declara tras haber denunciado los hechos, a la vez que debe regularse las especialidades cuando se trate de menores, dado el notable incremento de maltrato y agresiones sexuales a menores en el ámbito familiar y el indudable interés social en que estos reprochables hechos sean perseguidos y castigados.

Pero además el ACUERDO comentado estableció otro criterio, aún más criticable ya que establece: “El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida”.

Este acuerdo, desde el punto de vista de la Fiscalía y con total respeto al Órgano que lo ha dictado, es sumamente discutible, aumenta la impunidad y es contrario a la propias características de la violencia de género y de sus víctimas, así como a la Convención del Derechos del Niño y al Convenio de Estambul que más bien orientaba a modificar la ley procesal permitiendo la valorabilidad de las declaraciones anteriores de las víctimas prestadas con todas las garantías con independencia de los cambios de voluntad de la víctima de ese delito, pero en todo caso debemos adaptar nuestra postura a su contenido hasta que se produzca la esperada reforma legal del precepto..

CONCLUSIONES:

- 1.- Los/as Sres Fiscales, deberán, analizar con cautela cada caso en concreto, en especial los antecedentes previos, antes de decidir sobre el procedimiento a seguir, teniendo en cuenta las limitadas posibilidades de investigación que permiten las DUJR, evitando investigaciones rápidas pero superficiales.**
- 2.- En los supuestos de violencia habitual del Art. 173.2 CP, o delito de acoso del Art. 172 ter CP, en los que se denuncian conductas reiteradas a lo largo de un periodo más o menos largo de tiempo con los perniciosos efectos sobre la víctima, no parece que el trámite oportuno sean las DUJR, por lo que los/as Sres Fiscales solicitarán la transformación de DUJR a Diligencias previas, a fin de poder instruir la causa recabando informes de la UVIF y/o psicosociales, y**

demás pruebas que permitan acreditar los hechos y valorar de forma adecuada la situación de riesgo en que se encuentra la víctima. En estos casos se deberá impulsar la rápida tramitación y conclusión de la instrucción, conforme con el Art. 324 LEcrim.

3.- La conformidad se basa en un previo reconocimiento de los hechos por parte del acusado, pero no es de aplicación automática en detrimento del carácter disuasorio de la pena y de la proporcionalidad de la misma, de manera que los/as Sres Fiscales, de forma previa deberán consultar los registros de antecedentes y medidas cautelares, tanto de SIRAJ como de VIOGEN, así como las valoraciones policiales de riesgo, que constituyen un indicador importante de la gravedad del hecho.

4.- Cuando se trate de un delincuente primario, es posible optar por la pena de Trabajos en Beneficio de la comunidad, si bien los Sres/as Fiscales deberán tener en cuenta que la petición de pena de TBC requiere inexcusablemente el consentimiento del acusado conforme al Art. 49 CP y la Circular FGE 2/2004. En caso de celebración del juicio en su ausencia, deberán modificar la petición de pena.

5.- Cuando el acusado posea denuncias anteriores, o quebrantamientos de medidas, aún sin condenas, por haber hecho la víctima uso del Art. 416 Lecrim o por falta de corroboración de su declaración, los Sres/as Fiscales deberán optar por la pena de prisión, salvo que concurran especiales circunstancias que aconsejen lo contrario.

6.- Igualmente los Sres/as Fiscales, evitarán el automatismo en la concesión de la suspensión de condena, debiendo analizar la concurrencia de los requisitos que exige el CP, así como la protección de la víctima. Cuando el delito cuya condena se pretende suspender sea el de quebrantamiento de condena o medida o el de maltrato habitual, los Sres/as Fiscales, se opondrán a la misma por considerar que la naturaleza de estos delitos es contraria a los fines de la suspensión.

7.- 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.

8- Si la víctima personada, renuncia al ejercicio de la acción penal, recupera la posibilidad de acogerse a la dispensa del Art. 416 Lecrim. Los Sres/as 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.

9.- Cuando el/la víctima/ testigo amparada por el derecho de dispensa sea menor de edad, los Sres/as 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.

V.- VALORACIÓN DEL RIESGO: ABORDAJE Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA.- -

V.1.-VIOGEN

La ponencia fue presentada por la Fiscal Delegada de Segovia, D^o Inmaculada Martínez, quien puso de relieve el interés internacional que suscita el sistema, habiéndose realizado más de tres

millones de valoraciones de riesgo . Es de señalar la información que facilitó la Fiscal Delegada de Vizcaya, comunicando que la Policía Autonómica no les facilita valoración policial del riesgo en el atestado, y sí solo, si se pide, en el siguiente día hábil, lo que obliga en los fines de semana a resolver la O de P sin dicho informe . El argumento que les ofrecen es que inmediatamente después de la denuncia el riesgo es mayor, atemperándose posteriormente. Contra ello se objetó por los Fiscales Delegados que precisamente esa modificación de circunstancias es la que fundamenta la elaboración de las VPER y se establece una periodicidad distinta para cada nivel de riesgo detectado; se hace hincapié en que se debe informar al Juzgado cuando la situación de riesgo es mayor (aunque sea transitoriamente) dado que es en ese momento cuando ha de resolverse adoptar o no alguna medida cautelar.

Se insistió en la necesidad de acceder al sistema informático de VIOGEN con independencia de que obre en el atestado el informe de valoración de riesgo. Ello al objeto de comprobar:

- Si las respuestas de la víctima al cuestionario que cumplimenta el agente policial se corresponden con el resto de la prueba que tengamos hasta ese momento practicada, generalmente ya más abundante que la disponible al cumplimentar aquel. Si de la práctica de las pruebas que se vayan practicando se infiere la necesidad de reevaluar la situación, se solicitará una nueva evaluación del riesgo (VPER) con indicación de los parámetros / ítems que pueden haberse visto afectados; los agentes actuantes podrán solicitar del Juzgado la documentación necesaria para realizar la VPER en los términos previstos en el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género. Esta situación puede producirse cuando se dispone por el Juzgado de información no valorada por VIOGEN por desconocida, o cuando se haya practicado o aportado prueba que contradiga total o parcialmente la información valorada por el sistema.
- Si la valoración del riesgo se basa en circunstancias meramente transitorias (imputado en prisión provisional, víctima ingresada en centro hospitalario, víctima temporalmente en casa de acogida...)
- Si en el formulario cumplimentado por los agentes consta la fuente de información: solo la víctima, o también declaración de imputado, documentales.... recordando que , según el Protocolo médico forense de valoración urgente del riesgo cuando la información procede solo de la víctima, sin la declaración del imputado , se puede constatar una situación de riesgo pero no se puede excluir con carácter general.

V.2.- ABORDAJE PSICOLÓGICO DE LA VÍCTIMA.-

Siendo prioridad en nuestra intervención en el proceso penal garantizar la seguridad de la víctima y procurar evitar hasta donde se pueda la “revictimización” que supone, se ha insistido en estas jornadas en el procedimiento idóneo para interrogar a la víctima para conseguir que nos ofrezca la información necesaria con el menor desgaste psicológico posible.

Con ese objetivo se incluyó en las Jornadas una ponencia sobre “abordaje psicológico de la víctima”, que fue realizada por D.Antolín Yagüe Marinas, responsable del área de Psicología en la OAV de los Juzgados de Segovia., quien comenzó su exposición recordando que desde que presenta la denuncia hasta que acaba el proceso judicial, la víctima está en un estado de tensión emocional provocado por la sensación de inseguridad, culpa y vergüenza que aquel le supone. Esta situación de stress disminuye su capacidad para ser fiel a lo que siente y en ocasiones provoca discordancias entre lo que siente y lo que dice.

Para reducir la victimización secundaria es importante reducir en lo que se pueda el número de declaraciones, pero dado que es indispensable oír la, de momento hasta en tres ocasiones diferentes (fases de instrucción policial, instrucción judicial y enjuiciamiento), cada una de ellas en ubicaciones distintas y ante distintos interlocutores, se nos facilitan unas pautas para que la situación de tensión de la víctima disminuya, provocando así dos efectos positivos: reducir en la medida de lo posible su desgaste psicológico (y quizá reducir así la posibilidad de que desista del procedimiento acogiéndose a la dispensa del art. 416 LECrim) y obtener la mayor información necesaria para el adecuado desarrollo y desenlace del proceso

Se resalta la necesidad de empatizar con la víctima, procurando iniciar y finalizar la declaración con preguntas neutras que alivien su sobrecarga psicológica.

Ha de recordarse a la víctima en todo caso la trascendencia de su declaración como medio de prueba, y que para optimizar su utilidad a lo largo de la misma cabe la posibilidad de que le pidamos que concrete, amplíe o explique algún extremo concreto, incidiendo en que ello no implica desconfianza en su relato.

Se debe procurar el relato libre por la víctima hasta donde sea posible, manteniendo una actitud de escucha activa que estimule su deseo de recordar procurando evitar actitudes que pueda interpretar como falta de atención o desinterés por nuestra parte.

V.3.-VALORACIÓN FORENSE DEL RIESGO

El ponente Sr. Martínez Tejedor, Director del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Burgos comenzó su exposición aportando datos estadísticos del periodo comprendido entre 2006 y 2017, siendo reveladores del escaso porcentaje de víctimas mortales que había denunciado previamente a su agresor (22%) y la evidente ineficacia de las medidas de protección ofrecidas a éstas incidiendo en la necesidad de una adecuada respuesta judicial para incentivar a las mujeres víctimas a denunciar y a mantenerse en el procedimiento, siendo indispensable ofrecerles las medidas de protección necesarias para evitar ulteriores agresiones físicas o psicológicas.

Para adoptar medidas adecuadas de protección a la víctima es requisito necesario valorar adecuadamente la situación de riesgo en la que se encuentran, para lo que el legislador ha previsto el asesoramiento del médico forense y/ o de los equipos psicosociales, asesoramiento que puede ofrecerse mediante informe de valoración forense del riesgo, sea urgente o programada, y mediante informe de valoración forense integral.

Respecto de la primera, remitió el ponente al Protocolo Médico Forense de Valoración Urgente del riesgo, de 2011, y respecto de la segunda, a la Guía y Manual de la Valoración forense integral de la violencia de género y doméstica, de 2005, elaborada como consecuencia del mandato de la disposición adicional segunda de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que reclamó que “El Gobierno y las Comunidades Autónomas, que hayan asumido competencias en materia de justicia, organizarán en el ámbito que a cada una le es propio los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género”.

Debemos recordar que no se dispone de estas Unidades en todos los partidos judiciales pese a las reiteradas reivindicaciones desde todos los sectores relacionados con la VG, estando vigente el compromiso del Pacto de Estado contra la Violencia de Género (medida 110 del Congreso) de que estuvieran operativas en todo el territorio nacional en un plazo no superior a dos años.

Se llamó la atención sobre la imprescindible cooperación interdisciplinar del cuerpo de médicos forenses con los psicólogos y trabajadores sociales, la coordinación entre los estamentos intervinientes en el proceso judicial contra la VG: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Forenses, trabajadores sociales, psicólogos, jueces, fiscales, letrados... y se realizó un estudio detallado de la Guía de Valoración Forense integral.

En cuanto a los **informes de valoración urgente del riesgo**, que han de realizarse en el reducido plazo de 72 horas de que se dispone para adoptar medidas cautelares, tras señalar la necesidad de incrementar la plantilla de psicólogos y trabajadores sociales y de especializar a los médicos forenses, propuso realizar en el servicio de guardia una selección de los supuestos más urgentes que precisen valoración de riesgo, para optimizar así los escasos recursos existentes. Se recordó que en la intervención precoz siempre se requiere valoración de víctima y agresor y que hay que tener en cuenta la perspectiva funcional de la violencia con la pareja no debiéndonos limitar a evaluar el incidente aislado sino la relación de la pareja en general, y la evolución de dicha relación. Informó el ponente que la peligrosidad patológica previa o la peligrosidad por conductas previas son factores indicadores de un estado peligroso aunque su ausencia no lo excluye. A tal efecto informó que solo el 20% de condenados por jurados en VG tenían apreciadas circunstancias modificativas de responsabilidad penal relacionadas con antecedentes psiquiátricos o psicológicos. Tampoco es necesario, subrayó, para concretar una situación de riesgo, la existencia de antecedentes penales previos.

Se realizó un estudio detallado del Protocolo de 2011, insistiendo en la imposibilidad de evaluar el riesgo en porcentajes y en el carácter marcadamente temporal y transitorio de la valoración, insistiendo en que cuando se presume han cambiado las circunstancias se debe realizar una nueva valoración.

Propuso el ponente que no pudiera celebrarse una comparecencia de medidas cautelares sin disponer de una valoración de riesgo, situación deseable también para esta Unidad, bien sea valoración pericial o forense. También es criterio de esta Unidad que se hace necesaria una nueva valoración del riesgo cuando la abundancia de prueba practicada permite inferir una modificación en la valoración policial o judicial del riesgo, o cuando aparece algún dato no tenido en cuenta en el informe pericial anterior.

Pero en todo caso, conviene que los Fiscales conozcan los indicadores de riesgo que han de valorar, sobre los que deberán interrogar tanto al imputado como a la víctima. Si se realiza una comparativa entre los factores indicadores de riesgo utilizados por VIOGEN y por el protocolo forense de Valoración urgente del riesgo, se observa que son muy similares: antecedentes familiares de VG, la situación afectiva del matrimonio, situación laboral de las partes, situación económica de la pareja,, esencial la situación mental del agresor: si es celópata, si abusa de tóxicos, si ha tenido intentos de suicidio... el historial de violencia de la pareja, la vulnerabilidad de la víctima (apoyos con los que cuenta...) dato esencial para predecir si desistirá del procedimiento). Se tienen en cuenta también antecedentes No de violencia de género: doméstica, extrafamiliar, quebrantamientos, incumplimiento de permisos penitenciarios... La situación sentimental de la pareja en el último año ...

Sobre dichas cuestiones habrá de interrogarse tanto al imputado como a la víctima (si no se hubiera pronunciado ya al respecto en el Atestado)

V.4.-MEDIDAS CAUTELARES

La materia fue expuesta por la Fiscal Delegada de Vizcaya, D^o Ane Miren Otegui Llona.

Nuevamente se insiste en la insuficiencia de recursos en el servicio de guardia para posibilitar la práctica de las diligencias de prueba necesarias / convenientes , incluidas, y sobre todo, las valoraciones urgentes de riesgo , debiendo recurrirse en algunos casos a inferir la situación de riesgo con el solo dato de que el forense de guardia proponga la realización de una valoración integral.

Llama la atención sobre la conveniencia de disponer en el servicio de guardia de un listado actualizado de Servicios Sociales disponibles, para una adecuada coordinación de cara a la protección y asistencia de la víctima y sus hijos.

V.5.-DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS DE CONTROL

La ponencia fue realizada por la Fiscal Delegada de Jaén, D^o Gracia Rodríguez , quien comenzó su exposición informando sobre el elevado precio de los dispositivos (2 500 € el instalado al agresor y 500 € el instalado a la víctima) y el desigual criterio de nuestros tribunales para su utilización , habiendo provincias en las que no consta instalado ninguno , lo que genera cierta preocupación a esta Unidad dada la efectividad del sistema, acreditada por el hecho de que no haya habido ninguna víctima mortal portando un dispositivo.

En la actualidad el modelo de dispositivos que se está implantando es distinto al anterior, con mayores prestaciones técnicas , estando prevista la sustitución paulatina de los dispositivos anteriores . Los nuevos dispositivos No son propiedad de la Delegación de Gobierno, lo que se tendrá en cuenta de cara a realizar el oportuno ofrecimiento de acciones en los supuestos de sustracción, extravío o daños.

Se han suscrito Protocolos de Actuación entre Ministerio de Igualdad, de Justicia, de Interior, FGE Y CGPJ en los años 2009, 2013 y 2015 , sobre las pautas de intervención en la instalación y utilización de los dispositivos , vigentes en la actualidad.

Su utilización, sin embargo, resulta más escasa de lo que sería deseable dada la efectividad del sistema, razón por la cual se ha pretendido indagar en las causas que motivan el rechazo a la utilización de este recurso .

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en la medida número Medida 122 del Congreso propone “Mejorar el sistema técnico de instrumentos de vigilancia electrónica, implicando a los Ministerios de Justicia e Interior e *instar al Consejo General del Poder Judicial para que fomente su uso al menos en los supuestos de «riesgo medio»*” Desde esta Unidad se comparte dicho criterio teniendo en cuenta que este nivel de riesgo no llega al 9% de los asuntos evaluados según la información publicada por VIOGEN.

En las intervenciones de los delegados se constató que se generan todavía algunos problemas procesales que conviene aclarar:

1. **No se precisa el consentimiento del imputado/** condenado para la instalación del dispositivo, aunque es cierto que su falta de colaboración puede impedir un funcionamiento adecuado del mismo , por lo que, sin perjuicio de las consecuencias que pueda tener en relación con el artículo 468.3 del CP, cabrá plantearse la posibilidad de solicitar la prisión provisional cuando estimando necesaria la instalación del dispositivo el imputado se opusiera abiertamente a ella.

Por el contrario, no cabe instalar dispositivo a la víctima contra su voluntad. En los supuestos en que valoremos necesaria la instalación del dispositivo y la víctima se oponga a su instalación, habrá que plantearse instalarlo solo a él (resultará al menos

eficaz para los supuestos de aproximación/ entrada a zona de exclusión fija , por lo que quizá fuera útil incrementar el número de direcciones a las que no se puede aproximar el agresor. (La otra opción en estos casos, obviamente, si la protección de la víctima lo requiere, es el ingreso en prisión en los casos en que proceda).

2. **Momento de la instalación:** se puede acordar su instalación en cualquier momento de la fase de instrucción. En estos supuestos conviene pedir en el escrito de acusación el mantenimiento de la medida de control dado que algunos Juzgados entienden que en otro caso deben acordar el cese de la misma en la sentencia. También es posible su instalación durante la fase de ejecución si concurre alguna circunstancia nueva que lo justifique.
3. Debe constar en el Auto en el que se acuerde la instalación o en el requerimiento posterior las conductas constitutivas de delito en relación a la utilización del mismo.
4. El dispositivo solo comunica al imputado/ penado la entrada en zona de aproximación o de exclusión FIJA, nunca la entrada en zona móvil de exclusión pues de otra forma e propio dispositivo conduciría al agresor hasta su víctima. La entrada del agresor en zona móvil genera , eso sí, la activación del protocolo de protección policial de la víctima.

Para que el Juzgado responsable de la vigencia y control de la medida cautelar o pena de alejamiento pueda estar adecuadamente informado en todo momento de su nivel de cumplimiento, conviene informar al Centro de Control del cambio de Juzgado y número de procedimiento cuando se produzca ,para facilitar que las incidencias se comuniquen al Juzgado competente., evitando dilaciones que pueden repercutir negativamente en la seguridad de la víctima.

Finalmente hay que recordar que el dispositivo no solo resulta útil como instrumento de protección de la víctima sino también como medio de prueba. Para aprovecharlo adecuadamente conviene hacer las siguientes consideraciones:

- Conviene indicar en **la proposición de prueba** testifical, al identificar a los técnicos que deben ser citados, reseña del dispositivo con el nombre del imputado e indicación del informe y el periodo de tiempo al que referirá su declaración)
- Habrá de proponerse que la declaración de los técnicos lo sea **por videoconferencia**.
- las conversaciones que mantiene durante cada incidencia el Centro Cometa con las partes quedan **grabadas**, siendo conveniente se solicite en el escrito de acusación su aportación como prueba documental para su audición en el acto del juicio oral.
- También conviene recordar que el Centro de Control puede remitirnos (mejor vía correo electrónico para visualizarlo en color) los mapas de ubicación del imputado durante la incidencia de forma que podremos comprobar si ha entrado, una o varias veces, en zona de exclusión y el tiempo que ha permanecido en ella.

CONCLUSIONES SOBRE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA:

1.- Los Sres./ Sras. Fiscales pondrán especial cuidado durante el interrogatorio de las víctimas, informándoles de la trascendencia probatoria de su declaración procurando su colaboración con el menor desgaste psicológico posible.

2.- Los Sres./Sras. Fiscales solicitarán la aportación de informe de valoración de riesgo policial o forense antes de emitir informe sobre medidas cautelares. Si no fuera posible su práctica, informarán por escrito al Fiscal Delegado sobre los criterios de valoración tenidos en cuenta.

3.-Los Sres./Sras. Fiscales solicitarán, -si no procediera la prisión provisional-, la instalación de dispositivo telemático de control en aquellos supuestos en los que VIOGEN ofrezca una valoración policial de riesgo MEDIO O SUPERIOR. En otro caso, informarán por escrito al Fiscal Delegado sobre las circunstancias en que hayan fundamentado su informe.

4.- Cuando se solicite medida cautelar de prohibición de aproximación a la víctima con instalación de dispositivo telemático de control, los Sres. /Sras. Fiscales habrán de solicitar que la distancia de referencia sea de 500 metros, dado que estos sistemas no resultan operativos a distancias inferiores. En todo caso deberá solicitarse del órgano judicial que la medición de la distancia de alejamiento se verifique en línea recta, en los términos previstos en la STS 691/18, de 21 de diciembre. En los procedimientos por quebrantamiento de condena o medida cautelar, si no hubiera pronunciamiento expreso en la resolución judicial, se utilizará este sistema de medición.

5.-Los Sres./Sras. Fiscales velarán porque el Juzgado de VSM o de Instrucción comunique al Centro de Control COMETA el cambio de procedimiento y órgano judicial en los supuestos de inhibición o de remisión al órgano de enjuiciamiento.

VI.-ACTUACIONES EXTRAPROCESALES DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

VI.1 EL NUEVO ARTÍCULO 23 LO1/2004

La nueva redacción el art. 23 de la LO1/2004 modificada por el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 agosto, de medidas urgentes para el desarrollo de Pacto de Estado contra la violencia de género, modifica los requisitos para acreditar la condición de víctima de violencia de género, así como la ampliación de los títulos que reconocen el estatuto de mujer maltratada, plantea la necesidad de solicitar la modificación de la Circular de la FGE 6/2011 y de la Instrucción 2/2005 en este extremo.

Los cambios sustanciales se pueden centrar en dos. 1) Se amplían los títulos que permiten la acreditación, pues se añade a la orden de protección: una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima y 2) También podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

La acreditación de la situación de violencia de género sobre la mujer se emitirá una vez incoado el procedimiento penal, pero no habrá ningún obstáculo para emitirla en las Diligencias de Investigación si hay indicios de criminalidad, aunque finalmente no se interponga la denuncia.

El nuevo artículo 23 desvincula la acreditación de la condición de ser víctima de violencia de género de la orden de protección. No es necesario que concurra una situación objetiva de riesgo, basta la concurrencia de indicios de criminalidad por algún delito de violencia de género. Y, por otro lado, suprime el carácter excepcional de nuestra habilitación para que expidamos el informe que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género, pero, lógicamente, solo procederá nuestro informe en defecto de resolución judicial.

Concluimos que en todos los delitos de violencia de género que puede instruir el JVSM, permite la expedición de la certificación positiva. Por otro lado, el concepto de violencia de género de la

LO 1/2004 no coincide con el concepto de violencia de género del Convenio de Estambul, sin embargo, varias leyes autonómicas ya han recogido en su legislación este concepto más amplio. La acreditación del Ministerio Fiscal se han de emitir al amparo de la LO 1/2004 que es la que determina la competencia del M. Fiscal a la luz del art. 23, sin perjuicio de una interpretación integradora del mismo con el Convenio de Estambul.

Hay que tener en cuenta que , el concepto de víctima regulado en el art 1 de la LO1/2004 fue modificado incluyendo en el punto segundo la protección integral a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, guarda o custodia, víctimas de esta violencia (modificado por L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Ahora se podrán emitir certificaciones positivas a favor de dichos menores si se dan los requisitos del art. 23.

Las certificaciones que el Fiscal emita que no hayan sido solicitadas en el procedimiento judicial deberán constar en el mismo. A tal fin, los Sres./as Fiscales remitirán una copia de la certificación para su unión al procedimiento. Ante la reforma operada la Circular 6/2011 y la Instrucción 2/2005 quedan modificadas en el sentido expuesto en las conclusiones.

Finalmente, el procedimiento para la emisión de la certificación es el previsto en la Instrucción 2/2005, que mantiene su vigor. El Fiscal debe evitar que en la certificación aparezca información del procedimiento, ésta deberá constar en el informe previo para emisión de la certificación, pero no en ésta.

VI.2 VICTIMAS DE VIOLENCIA DE GENERO QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACION DE IRREGULARIDAD EN TERRITORIO NACIONAL. -

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -en lo sucesivo LOEX- y Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril –en lo sucesivo RELOEX- regulan mecanismos para evitar la expulsión de la mujer víctima de violencia de género mientras se tramita el procedimiento judicial, así como, tras obtener una sentencia condenatoria a su favor a fin de garantizar que su situación administrativa irregular en España no sea un obstáculo para acceder al sistema judicial.

La legislación de extranjería prevé dos momentos donde la presencia del Fiscal ha de ser activa:

1.- Al interponerse la denuncia o iniciarse las actuaciones penales donde la víctima se encuentra en situación de irregularidad en territorio nacional:

Para evitar que la situación de estancia irregular de las mujeres víctimas de violencia de género pueda convertirse en un impedimento de la denuncia de la situación de violencia de género sufrida por las mismas, el art. 31 bis .2 de la LOEX, establece que la denuncia de una situación de violencia de género de una mujer extranjera irregular, impide que se incoe el expediente administrativo sancionador del art. 53.1.a) y se suspenderá el que ya se hubiese incoado hasta la finalización del proceso penal. En el mismo sentido el artículo 131-I de RELOEX

A tal efecto es necesaria la adecuada coordinación de la Fiscalía, el JVSM, las Fuerzas con los Cuerpos de Seguridad y la Brigada Provincial de Extranjería a fin de evitar la materialización de la expulsión de la víctima cuando sea denunciante o perjudicada en un procedimiento penal de violencia de género. Sería conveniente que, en los atestados, constara la situación administrativa en España de la mujer extranjera víctima o denunciante y si la misma tiene o no

tarjeta de residencia en territorio nacional. En la práctica en los atestados lo que consta en la situación de regularidad o no del denunciado, pero no de la víctima, sin que dicha diligencia deba dar lugar a la transformación del eventual DUD en Diligencias Previas.

Por otro lado, el art. 131-II RELOEX establece que “la autoridad ante la que se hubiera presentado la denuncia informará inmediatamente a la mujer extranjera de las posibilidades que le asisten en el marco de este artículo, así como de los derechos que le asisten al amparo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Víctima de Violencia de Género.”

En un importante número de los atestados que se incoan a nivel nacional por delitos de violencia de género, en la diligencia de instrucción de derechos de la víctima no siempre se le participan a ésta los derechos contemplados en la vigente normativa de extranjería, por lo que se deberían articular, a través de las correspondientes Jefaturas o Delegados, las comunicaciones a los máximos responsables de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y en su caso Jefaturas de Policía Local, a fin de que cuiden de diligenciar esa instrucción de derechos, así como a la Ilma. Secretaria Coordinadora Provincial o las Salas de Gobierno para que por parte de los/as Letrados/as de la Administración de Justicia se dé cumplimiento de este mandato relativo a la instrucción de derechos de las extranjeras víctimas de violencia de género.

No obstante, cuando se detecte que no se ha realizado en la causa penal esa instrucción de derechos, el Fiscal instará, inmediatamente, que por el/la Letrado de la Administración de Justicia se amplíe la instrucción de derechos contemplados en los arts. 31 bis LOEX y 131 a 134 RELOEX, dando cuenta a la Fiscal Delegada.

2.- Una vez dictada sentencia condenatoria o absolutoria en un procedimiento de violencia de género donde la mujer se encuentra en situación de irregularidad en territorio nacional.

El Ministerio Fiscal tiene la obligación en exclusiva ante la víctima que ha obtenido una sentencia condenatoria o cuando haya finalizado el procedimiento en el que se deduce que la misma es víctima de violencia de género, de informarle de que puede solicitar autorización de residencia y trabajo en el plazo de 6 meses desde la notificación de la sentencia. La notificación de la víctima podrá realizarse personalmente o a través de correo certificado. También tiene el Fiscal la obligación, al amparo de los arts. 31 bis .4 LOEX y 134 RELOEX, concluido el proceso penal, de ponerlo en conocimiento de la Oficina de Extranjería y a la Comisaría de Policía correspondientes, a los efectos de consolidación de la autorización de residencia que estuviere en curso o alzar la suspensión del expediente de expulsión.

Finalmente, los Sres./as Fiscales **deberán hacer constar en las carpetillas el dato de ser la víctima extranjera en situación irregular** a fin de facilitar el control del derecho de información. Igualmente, y a los mismos efectos, **se hará constar dicho dato en el escrito de acusación**

VI.3 PROTOCOLOS. -

Es importante que el Fiscal tenga conocimiento preciso de la situación de violencia sobre la mujer que se produzcan en sus provincias y CCAA de las que conocen otras instituciones que reciben información sobre la situación de violencia que puede estar sufriendo una mujer y/o sus hijos menores. Por ejemplo, los servicios sanitarios, los servicios sociales, organismos asistenciales, ...

El deber de denunciar previsto en el artículo 262 de la LECrim y el deber de poner en conocimiento del Juez de Guardia o del Ministerio Fiscal por parte de las entidades u organismos

asistenciales públicos o privados del conocimiento que puedan tener de eventuales hechos delictivos de violencia de género o doméstica, previsto en el art. 544ter.2 del mismo cuerpo legal, debe llevar al Fiscal a crear o al menos, impulsar y participar, en la elaboración de los cauces más adecuados para que el conocimiento de los posibles hechos delictivos por el Fiscal y el Juzgado de Guardia sea real y efectivo.

El instrumento adecuado es el protocolo. Ya existen algunos en diversas provincias donde han participado los Delegados de violencia de género que están dando muy buen resultado.

Por ello, es conveniente que el Ministerio Fiscal participe en los protocolos que puedan confeccionarse para facilitar la rápida información de la situación de violencia de género al Fiscal y se estipule una coordinación adecuada para que la protección de la víctima y sus hijos sea eficaz.

CONCLUSIONES:

1.- La Circular 6/2011 y la Instrucción 2/2005, ambas de la Fiscalía General del Estado, han quedado afectadas por la nueva redacción del art. 23 de la LO 1/2004, dada por el Real Decreto-Ley 9/2018, para lo que se promoverá una modificación de los mismos. En tal sentido, solo se requiere la constatación de indicios de criminalidad por delitos que sean de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, para que los Sres./as Fiscales puedan acreditar positivamente la condición de víctima de violencia de género, sin que sea precisa la concurrencia de una situación objetiva de riesgo, dado que el nuevo artículo 23 desvincula la acreditación de esta condición de la orden de protección. Las certificaciones también se pueden emitir en el seno de las Diligencias de Investigación.

2.- Los Sres./as Fiscales podrán emitir la certificación en estos supuestos a favor de los hijos menores de las mujeres víctima de violencia de género o a aquellos menores que se encuentren bajo su tutela, guarda o custodia, víctimas de esta violencia.

3.- Se recuerda el deber de remitir a la Unidad Coordinadora de violencia sobre la mujer copia de cada una de las certificaciones que se emitan positivas o negativas tanto al amparo del art. 23 de la LO1/2004; 31 bis del LEX o art. 220 y 332 del RDL8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS. Las certificaciones que el Fiscal emita que no hayan sido solicitadas en el procedimiento judicial deberán constar en el mismo.

4.- La especial vulnerabilidad de las mujeres extranjeras en situación irregular en España víctimas de violencia de género y la efectividad de los derechos reconocidos en la normativa de extranjería, exige una activa intervención del Ministerio Público. Por ello, los/as Sres./as Fiscales instarán a las FFCCSSEE a fin de que se haga constar en todos los atestados la situación administrativa de la mujer extranjera víctima de violencia de género, así como la información de derechos que le asisten de conformidad con los arts. 32 bis LEOX y 131.2 del Reglamento de Extranjería. Si tal información no consta, velarán porque la misma se realice en sede judicial por parte del LAJ.

5.- Concluido el procedimiento por sentencia en primera instancia condenatoria o por cualquier resolución que ponga fin al mismo los Sres./as Fiscales Delegados velarán porque se haya dado cumplimiento al deber de comunicación e información del art. 134 de RELOEX tanto a la víctima como a la oficina de Extranjería.

6.- Los Sres./as Fiscales delegados deberán impulsar su participación en los protocolos que se elaboren en sus correspondientes territorios dirigidos a facilitar de una manera más rápida y

eficaz la información y la coordinación con otros organismos o instituciones que puedan tener conocimiento de la existencia de situaciones de violencia de las mujeres y de sus hijos menores que no han sido denunciadas a fin de poder establecer los mecanismos de protección más adecuados para ellas. Se recuerda que su aprobación requiere informe de la Unidad de Apoyo y de la Unidad de Violencia sobre la Mujer de la Fiscalía General del Estado.

CONCLUSIONES. -

A) VIOLENCIA DE GÉNERO Y MENORES:

1.- La guarda y custodia compartida está prohibida en el ámbito de violencia de género, conforme al Art. 92.7 CC. Cuando los procesos penales de violencia de género estén sobreesidos o se haya dictado una sentencia absolutoria, y por las reglas de competencia de los arts. 49 bis y 775 de la LEC son los Juzgados de 1ª Instancia los que deben de conocer de los procedimientos civiles entre aquellos progenitores, es necesaria una eficaz coordinación con las secciones civiles de familia de la Fiscalía a fin que los fiscales que la integran tengan conocimiento de los antecedentes de violencia de género, su entidad y reiteración. Los Sres./as. Fiscales deben de contar en el procedimiento civil con todos los antecedentes necesarios para poder valorar el interés del menor y la relación de mutuo respeto e igualdad de los progenitores.

A tal fin, se trasladará a la Fiscal General del Estado la correspondiente propuesta de Instrucción para una mejor coordinación entre las Secciones de lo Civil y de Familia y de Violencia sobre la mujer de las Fiscalías, para hacer realidad la unidad de actuación primordial en la intervención del Ministerio Público.

2.- Los Sres./as Fiscales deben considerar, salvo supuestos muy excepcionales, que las vejaciones injustas, las injurias y el delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género impide la aplicación del régimen de guarda compartida al poner de manifiesto una relación ausente de mutuo respeto que afecta al marco familiar de referencia del menor que sustenta su crecimiento armónico y adecuado.

3.- Existe una consolidada jurisprudencia del TS, seguida por las Audiencias Provinciales, en orden a determinar el límite temporal o el momento del inicio de la fase del juicio oral al que se refiere el art. 49 bis. 1 LEC, señalando que debe entenderse como el momento de la vista del art. 443 LEC, y no la fecha de la providencia que acuerda la misma. Por lo tanto, el criterio expuesto en la Circular de la FGE 6/2011 queda afectado por esta nueva realidad jurídica, para lo que se promoverá una modificación de la misma, sin perjuicio de atender a los pronunciamientos jurisprudenciales.

4.- En la denuncia que interponga el Fiscal al amparo del art. 49 bis.2 de la LEC los Sres./as Fiscales deben indicar por Otrosí que el JVSM que va a conocer de aquella debe requerir, en su caso, al Juez de 1ª Instancia la remisión del procedimiento de familia. Asimismo, deberán de solicitar, si fuera necesario, la orden de protección, las medidas del punto 7 del art. 544 ter o en su caso, las medidas de los art. 544 quinquies o de los arts. 65 y 66 de la LO1/2004.

Hasta el conocimiento por el Juez competente de la denuncia interpuesta al amparo del art. 49 bis.2, el Juez de 1ª Instancia de oficio puede acordar y el M. Fiscal solicitar alguna de las medidas al amparo del art. 158 del CC, si es necesario para salvaguardar el interés de un menor hasta que sea requerido de competencia. Los Sres./as Fiscales deberán acordar con los fiscales

de familia que en los casos de urgente protección de los menores soliciten ante el Juez de 1ª Instancia la aplicación del art. 158 hasta que la denuncia sea conocida por el JVSJ.

5.- La coordinación parental no tiene cabida en el ámbito de violencia de género al ser un instrumento próximo a la mediación excluida por el art. 87 ter. 5 LOPJ y por el art. 48 del Convenio de Estambul, por lo que los Sres./as Fiscales deben oponerse a su aplicación en este ámbito.

B) CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO:

6.- En relación al delito de acoso previsto en el Art. 172 ter CP, siguen vigentes las conclusiones alcanzadas en las jornadas de Fiscales de 2016, en lo relativo a la necesidad de que los/as Srs. Fiscales recojan y describan en el escrito de acusación todos y cada uno de los hechos de hostigamiento individualizados, que conforman el patrón de conducta del sujeto activo y, a ser posible con ubicación espacio-temporal, a fin de lograr un reflejo fiel de la estrategia de persecución. Por la misma razón en el escrito de acusación se deben describir, de la forma más amplia y detallada posible, los efectos que la conducta desplegada por el sujeto activo haya producido sobre la vida cotidiana del sujeto pasivo.

7.- Cuando como consecuencia de la prueba practicada existan dudas sobre el resultado de la conducta enjuiciada, es decir, si ha ocasionado una alteración grave de la vida cotidiana, o mera molestias e incomodidades, los/as Srs Fiscales deberán en fase de conclusiones definitivas solicitar como alternativa bien el delito de acoso intentado bien el delito de coacciones del Art. 172.2 CP como tipo genérico y homogéneo.

8.- Este tipo delictivo con frecuencia viene integrado por diversas conductas que pueden constituir otros delitos cuya punición plantea importantes problemas concursales a resolver conforme a la cláusula establecida en el Art. 172 ter. Apartado 3 CP., lo que en principio supone castigar cada uno de los hechos delictivos por separado en concurso real. No obstante, los Sres/as Fiscales deberán analizar en cada caso la relación en que se encuentran los diversos tipos delictivos imputados a fin de evitar bien la impunidad de alguno de ellos bien la doble incriminación por vulneración del principio ne bis in ídem. En términos generales cuando el acercamiento, llamadas, contactos, vigilancias o seguimientos reiterados, suponga además del acoso, el quebrantamiento de una pena o medida de alejamiento y/o no comunicación deberá entenderse, como se concluyó en 2016, que existe un concurso ideal entre el delito de quebrantamiento y acoso, debiendo recurrirse la resolución que considere existe un concurso real a fin de provocar un pronunciamiento del TS sobre la materia que ponga fin a esta controversia.

9.- La Agravante de Género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma, su fundamento es pues de naturaleza subjetiva. Para apreciar esa circunstancia es necesario que los Ser/as . Fiscales hagan constar en su escrito de conclusiones los hechos que dejen patente esa situación relacional de dominación y sentimiento de superioridad del agresor respecto a la víctima.

10.- La Circunstancia Mixta de Parentesco del artículo 23CP es de aplicación en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que entre autor y víctima (independientemente del sexo de éstos) media o ha mediado una relación sentimental, dotada de estabilidad y convivencia al menos parcial y que los hechos están relacionados directa o indirectamente con

dicha convivencia, sin requerir una situación de afecto real, datos que los Sres/as fiscales deberán reflejar en el escrito de acusación.

11.- Las Circunstancias Agravantes de Género del artículo 22.4ª CP y la Mixta de Parentesco del artículo 23 CP operando como agravante son compatibles, como ha mantenido el TS en varias sentencias, pues responden a fundamentos distintos y pueden aplicarse de manera conjunta respecto de un mismo supuesto, siempre que se imputen por la acusación, se prueben en el acto del juicio y se recojan en la sentencia los hechos que dan lugar a la aplicación de una y otra. Los Sres/as Fiscales, deberán solicitar la aplicación de ambas cuando concurren los requisitos necesarios y, valorarán la posibilidad de recurrir la sentencia en que no se aprecie alguna de ellas.

12.- Por el contrario, los Sres/as. Fiscales no aplicarán la agravante de Género ni la Circunstancia Mixta de Parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 173.2 CP, para no vulnerar el principio non bis in ídem.

13.- Los Sres/as Fiscales, a la hora de aplicar la agravante de alevosía, tendrán en cuenta la situación de confianza y ausencia de cautela de la víctima en los ataques contra la vida y/o integridad cometidos por el esposo, pareja o ex pareja en el interior del domicilio, y la facilidad que ello reporta teniendo en cuenta el resto de circunstancias del ataque y, en especial si la víctima tuvo alguna posibilidad real de una defensa mínimamente efectiva.

C).- PROBLEMAS PROCESALES:ACTUACIONES DE LA FISCALIA EN LOS JUICIOS RÁPIDOS:

14.- Los Sres/as Fiscales, deberán analizar con cautela cada caso en concreto en especial los antecedentes previos antes de decidir sobre el procedimiento a seguir, teniendo en cuenta las limitadas posibilidades de investigación que permiten las DUJR, evitando investigaciones rápidas pero superficiales.

15.- En los supuestos de violencia habitual del Art. 173.2 CP, o delito de acoso del Art. 172 ter CP, en los que se denuncian conductas reiteradas a lo largo de un periodo más o menos largo de tiempo con los perniciosos efectos sobre la víctima, no parece que el trámite oportuno sean las DUJR, por lo que los Sres/as Fiscales solicitarán la transformación de DUJR a Diligencias previas, a fin de poder instruir la causa recabando informes de la UVIF y/o psicosociales, y otras pruebas que permitan acreditar los hechos y valorar de forma adecuada la situación de riesgo en que se encuentra la víctima. En estos casos se deberá impulsar la rápida tramitación y conclusión de la instrucción, conforme con el Art. 324 LEcrim.

16.- La conformidad se basa en un previo reconocimiento de los hechos por parte del acusado, pero no es de aplicación automática en detrimento del carácter disuasorio de la pena y de la proporcionalidad de la misma, de manera que los Sres/as Fiscales, de forma previa deberán analizar los de antecedentes y medidas cautelares existentes , así como las valoraciones policiales de riesgo, que constituyen indicadores importantes de la gravedad del hecho. Las mismas consideraciones deben regir a la hora de informar sobre la concesión de la suspensión de condena.

17.- Cuando se trate de un delincuente primario, es posible optar por la pena de Trabajos en Beneficio de la comunidad . Los Sres/as Fiscales deberán tener en cuenta que la petición de pena de TBC requiere inexcusablemente el consentimiento del acusado conforme al Art. 49

CP y la Circular FGE 2/2004. En caso de celebración del juicio en su ausencia, deberán modificar la petición de pena.

18.- Cuando el acusado posea denuncias anteriores, o quebrantamientos de medidas, aún sin condenas, por haber hecho la víctima uso del Art. 416 Lecrim o por falta de corroboración de su declaración, los Sres/as Fiscales deberán optar por la pena de prisión, salvo que concurran especiales circunstancias que aconsejen lo contrario.

19.- 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 mediante su lectura.

20.- Si la víctima personada, renuncia al ejercicio de la acción penal, recupera la posibilidad de acogerse a la dispensa del Art. 416 Lecrim. Los Sres/as 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.

21.- Cuando el/la víctima/ testigo amparada por el derecho de dispensa sea menor de edad, los Sres/as 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.

D).- VALORACIÓN DEL RIESGO:ABORDAJE Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA:

22.- Los Sres/Sras. Fiscales pondrán especial cuidado durante el interrogatorio de las víctimas, informándoles de la trascendencia probatoria de su declaración procurando su colaboración con el menor desgaste psicológico posible.

23- Los Sres./Sras. Fiscales solicitarán la aportación de informe de valoración de riesgo policial o forense antes de emitir informe sobre medidas cautelares. Si no fuera posible su práctica, informarán por escrito al Fiscal Delegado sobre los criterios de valoración tenidos en cuenta.

24.-Los Sres./Sras. Fiscales solicitarán, -si no procediera la prisión provisional-, la instalación de dispositivo telemático de control en aquellos supuestos en los que VIOGEN ofrezca una valoración policial de riesgo MEDIO O SUPERIOR. En otro caso, informarán por escrito al Fiscal Delegado sobre las circunstancias en que hayan fundamentado su informe.

25.- Cuando se solicite medida cautelar de prohibición de aproximación a la víctima con instalación de dispositivo telemático de control, los Sres. /Sras. Fiscales habrán de solicitar que la distancia de referencia sea de 500 metros, dado que estos sistemas no resultan operativos a distancias inferiores. En todo caso, deberá solicitarse del órgano judicial que la medición de la distancia de alejamiento se verifique en línea recta, en los términos previstos en la STS 691/18, de 21 de diciembre. En los procedimientos por quebrantamiento de condena o medida cautelar, si no hubiera pronunciamiento expreso en la resolución judicial, se utilizará este sistema de medición.

26.-Los Sres./Sras. Fiscales velarán porque el Juzgado de VSM o de Instrucción comunique al Centro de Control COMETA el cambio de procedimiento y órgano judicial en los supuestos de inhabilitación o de remisión al órgano de enjuiciamiento.

E).- ACTUACIONES EXTRAPROCESALES DEL MINISTERIO FISCAL:

27.- La Circular 6/2011 y la Instrucción 2/2005, ambas de la Fiscalía General del Estado, han quedado afectadas por la nueva redacción del art. 23 de la LO 1/2004, dada por el Real Decreto-Ley 9/2018, para lo que se promoverá una modificación de los mismos. En tal sentido, solo se requiere la constatación de indicios de criminalidad por delitos que sean de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, para que los Sres./as Fiscales puedan acreditar positivamente la condición de víctima de violencia de género, sin que sea precisa la concurrencia de una situación objetiva de riesgo, dado que el nuevo artículo 23 desvincula la acreditación de esta condición de la orden de protección. Las certificaciones también se pueden emitir en el seno de las Diligencias de Investigación.

28.- Los Sres./as Fiscales podrán emitir la certificación en estos supuestos a favor de los hijos menores de las mujeres víctima de violencia de género o a aquellos menores que se encuentren bajo su tutela, guarda o custodia, víctimas de esta violencia.

29.- Se recuerda el deber de remitir a la Unidad Coordinadora de violencia sobre la mujer copia de cada una de las certificaciones que se emitan positivas o negativas tanto al amparo del art. 23 de la LO1/2004; 31 bis del LEX o art. 220 y 332 del RDL8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS. Las certificaciones que el Fiscal emita que no hayan sido solicitadas en el procedimiento judicial deberán constar en el mismo.

30.- La especial vulnerabilidad de las mujeres extranjeras en situación irregular en España víctimas de violencia de género y la efectividad de los derechos reconocidos en la normativa de extranjería, exige una activa intervención del Ministerio Público. Por ello, los/as Sres Fiscales instarán a las FFCCSSEE a fin de que se haga constar en todos los atestados la situación administrativa de la mujer extranjera víctima de violencia de género, así como la información de derechos que le asisten de conformidad con los arts. 32 bis LEOX y 131.2 del Reglamento de Extranjería. Si tal información no consta, velarán porque la misma se realice en sede judicial por parte del LAJ.

31.- Concluido el procedimiento por sentencia en primera instancia condenatoria o por cualquier resolución que ponga fin al mismo los Sres./as Fiscales Delegados velarán porque se haya dado cumplimiento al deber de comunicación e información del art. 134 de RELOEX tanto a la víctima como a la oficina de Extranjería.

32.- Los Sres./as Fiscales delegados deberán impulsar su participación en los protocolos que se elaboren en sus correspondientes territorios dirigidos a facilitar de una manera más rápida y eficaz la información y la coordinación con otros organismos o instituciones que puedan tener conocimiento de la existencia de situaciones de violencia de las mujeres y de sus hijos menores que no han sido denunciadas a fin de poder establecer los mecanismos de protección más adecuados para ellas. Se recuerda que su aprobación requiere informe de la Unidad de Apoyo y de la Unidad de Violencia sobre la Mujer de la Fiscalía General del Estado.

Madrid a 1 de febrero de 2019

Fdo.: Pilar Martín Nájera
Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer