LA PROTECCIÓN DEL MENOR ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Granada

SUMARIO. -I. INTRODUCCIÓN. - II. RESPUESTAS JURÍDICAS. 1.-Protección del menor como víctima a partir de las reformas legislativas de 2015.- 2.- Orden de Protección. - III. PATRIA POTESTAD Y PROTECCIÓN DEL MENOR VÍCTIMA DE VIOLENCIA. 1.- Patria potestad y custodia. - 2.- De la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con la menor víctima. IV. CONCLUSIONES.

Resumen: Las diferentes reformas operadas en 2015 sobre la LOPJM, La LO 1/2004, la LECrim, el Código Civil, o la aprobación de la LEVD, intensifican la protección del menor como víctima en los casos de violencia de género, para garantizarles una protección integral y ampararlos en cuanto a las medidas civiles que les afectan, especialmente a la patria potestad.

Palabras clave: Violencia de género, menor víctima, medidas civiles, orden de protección, patria potestad.

Abstract: The different reforms carried out in 2015 on the LOPJM, the LO 1/2004, the LECrim, the Civil Code, or the approval of the LEVD, intensify the protection of the child as a victim in cases of gender violence, to guarantee them comprehensive protection and protect them, as regards the civil measures that affect them, especially parental authority.

Keywords: Gender Violence, minor victim, civil measures, protection order, parental authority

I. INTRODUCCIÓN

La violencia es uno de los fenómenos más negativos de los que la sociedad actual debe hacer frente. No se trata de un problema generado en los últimos tiempos, sino de una de las lacras más detectables a las que la ciudadanía se enfrenta de manera reiterada, que siempre ha existido y que, ha de erradicarse con el esfuerzo y compromiso social y jurídico de todos los poderes públicos. La regulación parte desde todas las disciplinas jurídicas enfocándola desde la socialización y la educación. La propia Fiscalía General del Estado narra que "como toda figura delictiva que se basa en las relaciones personales y afectivas, su forma de manifestarse está estrechamente ligada a los cambios socio culturales que en este ámbito se vienen produciendo los últimos años, donde surgen nuevos escenarios que conviven junto a las formas tradicionales de los matrimonios y las parejas de hecho estables, otras relaciones afectivas sin convivencia e incluso sin un proyecto claro en común o en que la relación comienza y se mantiene on line y parejas o relaciones de noviazgos de personas muy jóvenes, casi niños, por supuesto sin convivencia, donde se producen semejantes situaciones de dominio, control, humillación y maltrato psicológico y físico del varón sobre la mujer, que constituye la esencia de la Violencia de Género".

Tal y como establece el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul en 2011, es muy importante la actuación de las Administraciones competentes en cuanto a la adopción de medidas que garanticen en el ámbito de la educación la transmisión de valores de igualdad, respeto y no discriminación y en el ámbito de los profesionales implicados, su especialización a todos los niveles.

Son numerosos los esfuerzos que se han venido haciendo para la protección de las víctimas, que no son sólo mujeres, sino también los menores que sufren la violencia en su domicilio, y que se han de proteger más intensamente por los perjuicios que les ocasionan este tipo de situaciones en su propio hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, y que, desgraciadamente, los convierte también en víctimas de la misma. En esta línea, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que llevó a cabo la modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, indica en su Exposición de Motivos que cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable y singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas: condicionando su bienestar y su desarrollo; causándoles serios problemas de salud; convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer y favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas.

No podemos obviar, en este sentido, que las relaciones afectivas tienen comienzo a edades cada vez más tempranas pero ya se desarrollan patrones de dominio y control que se consideran normales. Así como el incremento de la violencia de género digital, especialmente entre adolescentes y jóvenes pues las redes sociales constituyen el principal medio de comunicación entre ellos y a la vez, facilita el control, vigilancia, presión sobre la pareja.

Cuestión de naturaleza controvertida y omitida hasta las numerosas reformas acaecidas en 2015 en la mayor parte de los sectores del ordenamiento jurídico, pero en ningún caso exenta de problemática por los bienes jurídicos a proteger, ha sido la consideración del menor como víctima directa o indirecta de la violencia de género. Violencia irracional que afecta esencialmente a la mujer -posiblemente sería más adecuado hablar de violencia contra la mujer-; y los hijos como víctimas directas del maltrato en su variable de violencia sobre víctimas especialmente vulnerables, dentro de la discutible ampliación al respecto que hizo la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género -en todo caso, su artículo 1.2 asevera que en ella “se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta

violencia”-, o violencia doméstica, e indirectas, en cuanto víctimas sufridoras de la latente violencia de género que se produce en su entorno familiar.

En consecuencia, también el Derecho civil tiene un papel importante en el aporte de respuestas jurídicas en la lucha contra esta lacra social; consecuentemente con esto, se detallan importantes medidas protectoras hacia los menores en tal situación. Ello desde las más diversas dimensiones civilistas es el objeto de este trabajo sobre la protección del menor, como víctima, en relación a las medidas civiles que se derivan de los casos de violencia de género y, relevantemente, los relacionados con la patria potestad y la custodia compartida.

Para ello partiré de la normativa en cuanto a la estimación del menor como víctima y su protección en este sentido. Junto a los aspectos conceptuales y definatorios tanto doctrinales como ofrecidos por la práctica jurisprudencial se atenderá a dos variables para su consideración en un extenso seguimiento interpretativo de las actualizaciones legislativas al respecto. Así: a) LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en la que se hace especial hincapié en el interés del menor –“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan”-. En el tema que nos ocupa se manifiesta la conveniencia de que su vida se desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; b) Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyo artículo 11 señala como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores su protección contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar o de género, y añade el artículo 13 que “Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación”.

Junto a ellas y a la anteriormente citada LO 1/2004, cabe incluir como objeto relevante a seguir, la protección derivada del Estatuto de la Víctima del delito de 4/2015, de 27 de abril, que, aunque de carácter general, presenta una especial relevancia asimismo en este tema. De necesaria atención, igualmente, y de manera concreta, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género y su primera concesión normativa el Real-Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. En este último documento se afirma en relación al tema que estoy planteando que “La protección de los menores, hijas e hijos de las mujeres víctimas de violencia de género constituye uno de los ejes del Pacto de Estado que exige una respuesta más urgente”. El propio texto del Real Decreto se refiere a la modificación del artículo 156 del Código Civil.

En tal sentido modifica los artículos de la reiterada LO 1/2004, 61-para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia-, 65 (De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores) -con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género-, 66 (De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores) -para superar la concepción del régimen de visitas y entendiéndolo de una forma global como estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores-.

En definitiva, la protección del menor ante la violencia de género desde el Derecho civil se fundamenta en las siguientes cuestiones que trataré: privación de la patria potestad o custodia de menores, suspensión del régimen de estancias, visitas y comunicación con los menores, y las demás derivadas de la orden de protección.

II. RESPUESTAS JURÍDICAS

1.- Protección del menor como víctima a partir de las reformas legislativas de 2015

Es indiscutible que el daño que el agresor causa a la mujer atentando contra su integridad física, psicológica o moral, en muchas ocasiones no se limita a ellas, sino que, como se viene comprobando a lo largo de los años, se extiende a las personas más cercanas y vulnerables, como son los hijos propios o comunes, o a otras personas próximas al entorno familiar, atentando contra su vida¹.

Indica el Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD), que esta norma² tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos. Es por ello que parte de un concepto amplio de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado. Comprende a la víctima directa, pero también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados, situando en éstos últimos al cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria. En el

¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2018

² Conforme a la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, procede, por tanto, transponer al derecho interno, no sólo las cuestiones que traslucía el informe de la Comisión de 2009 respecto al grado de transposición de la Decisión Marco 2001/220/JAI, sino también las cuestiones pendientes de transponer con arreglo a las Directivas especiales y los nuevos derechos y exigencias que recoge la nueva Directiva de 2012.

caso de menores, el interés superior del menor actuará a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor víctima³.

El artículo 2 LEVD se ocupa del concepto general de víctima diferenciando, conforme a lo anterior, entre: a) víctimas directas, aquellas que sufren un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio; y, b) víctimas indirectas, que en lo que a menores y delitos de violencia de género nos interesa, se refiere, y siempre que la víctima directa haya fallecido o desaparecido por el hecho violento, acoge el legislador a los hijos y descendientes.

Puntos comunes de eficacia jurídica conforme a los menores víctimas de violencia de género o doméstica, presentan tanto la LEVD como la Ley 8/2015, antes citada, en cuanto a la necesidad de visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral⁴.

Trasladando la regulación y consideración del menor como víctima directa e indirecta al tema central de nuestro trabajo, hemos de señalar en los casos de Violencia de género quienes son los menores implicados que podrían estar en el procedimiento penal seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer:

a) Como víctima directa, consideramos al menor sujeto pasivo de la violencia física o psicológica ejercida por el investigado, y tal y como regula el art. 87 ter 1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de los delitos cometidos⁵ contra "los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho⁶ de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género".

Conforme a dicha regulación, plantea, con muy buen criterio, PERAMATO MARTÍN la situación de que según la literalidad del precepto, el menor que no fuera

³ El artículo 10 de la LEVD establece los derechos de asistencia y apoyo de los menores víctimas, al indicar que " los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley".

⁴ Apartado V del Preámbulo de la LEVD.

⁵ El artículo 87 Ter se refiere a los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a "homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación"

⁶ En lo que respecta a los conceptos de pupilo, potestad, tutela, curatela y acogimiento, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos del Código Civil relativos a las relaciones paterno-filiales (arts. 154 y ss), tutela, curatela y guarda de los menores o incapacitados (art. 215 y ss) y a la guarda y acogimiento de menores (art.172 y ss).

descendiente del agresor o siendo hijo o tutelado de la víctima de violencia de género, ésta no fuera esposa ni conviviera con él en el momento de los hechos, de forma que no sería competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer para instruir y enjuiciar el caso. Argumenta la autora, sustentado por el criterio planteado en la Circular número 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, la posible salvedad que podría existir en este supuesto manifestando que podría darse "sino fuera posible el enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa por tratarse de hechos indisociables la agresión a la mujer y la agresión al hijo de ésta que mantiene una relación de afectividad análoga al matrimonio sin convivencia con el agresor, supuesto en el que debería atribuirse conjuntamente la competencia para la instrucción de la causa al JVM por razones de especialización"⁷.

b) Por lo que respecta a los menores víctimas indirectas en los casos de violencia sobre la mujer, y en base a lo expuesto en la LEVD, la madre, tutora, curadora, acogedora o guardadora del menor habrá tenido que desaparecer o fallecer por causa de la violencia de género, de forma que se le reconocerán a los menores, todos los derechos de la mencionada ley, con independencia de que la mujer y el agresor, sean o hayan sido matrimonio o pareja con o sin convivencia.

En esta línea, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce importantes cambios en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), en relación a la violencia. Centrándose en la adaptación de los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia en España, tales como la situación de los menores extranjeros, los que son víctimas de violencia y la regulación de determinados derechos y deberes. Materializándolo a través de la reforma del artículo 11 donde introduce como principio rector de la actuación administrativa, la protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar o de género, de forma que se desarrollaran y fomentaran actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil.

Igualmente y, a través de la reforma operada en el artículo 12, se garantiza el apoyo necesario para que los menores bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, puedan permanecer con la misma.

De igual trascendencia son las modificaciones realizadas por la Ley 8/2015 de 22 de julio, en cuanto al interés y protección del menor como víctima de la violencia, artículo dos de la Ley de Protección Jurídica del menor. El segundo apartado, sienta unos criterios generales de aplicación al supuesto concreto, como pueden ser, la protección del derecho a la vida, satisfacción de sus necesidades básicas, la consideración de los deseos, sentimientos u opiniones. Destacar en tal sentido por el tema que abordamos, " la

⁷ PERAMATO MARTÍN, T. «El papel del fiscal en la adopción de medidas civiles en los procedimientos penales de violencia de género a la luz de las últimas reformas». En LA LEY Derecho de familia, nº12. LA LEY 7870/2016, pág.3; Circular Nº 4/2005 Relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor".

Una de las cuestiones más interesantes y necesarias de las reformas mencionadas es, sin duda, la que afecta al artículo 1.2 de la LO 1/2004, a través de la disposición final tercera de la Ley 8/2015. Resulta sorprendente que en todos estos años, y con la fuerza jurídica y social con la que nació esta Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no se tuviera en cuenta en su regulación el papel de los menores, que de una u otra forma están presentes en el entorno familiar en el que se produce esta violencia sobre la mujer madre. Tal y como afirma MÚRTULA LAFUENTE en relación a esta Ley " no se diseñó ninguna actuación tendente a proteger de forma directa y específica a los menores, sino tan sólo de forma refleja cuando se adoptasen medidas en relación a sus madres, víctimas del maltrato de su pareja, a pesar de presentarse como una Ley «integral»"⁸. Resulta necesario reconocer a las menores víctimas de la violencia de género, mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. Cualquier tipo de violencia es injustificable en relación a los menores, pero es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género⁹.

Es por ello que la nueva regulación comprendida en el artículo 1.2. de la LO 1/2004, añade al concepto global de víctimas, que recogía la anterior, la referencia *a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia, para establecer medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia*¹⁰.

Los parámetros de la situación real que justifica este importante cambio en el régimen de los menores, al hacerles víctimas directas del maltrato a que se refiere la Ley 1/2004 y por tanto garantizarles la adopción de las medidas civiles y penales como sujetos del procedimiento.

El 28 de septiembre de 2017 se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados el Pacto de Estado contra la Violencia de Género con la reciente modificación del artículo 156 del Código Civil que atiende a la patria potestad.

Su reformado contenido tiene su origen en la medida 148 del mencionado Pacto, dentro del número 4, "Intensificar la asistencia y protección de los menores" cuyo objetivo principal es el de desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad. Desde esa perspectiva se propone

⁸ MÚRTULA LAFUENTE, V. El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género. Dykinson. Madrid, 2016, págs. 23-24.

⁹ Exposición de Motivos de la Ley 8/2015.

¹⁰ Antes de la reforma de 2015, disponía el artículo 1.2. LO 1/2004 "Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas".

la modificación del artículo 156 del Código Civil, para que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando existe sentencia firme o hubiera una causa penal en curso por malos tratos o abusos sexuales.

Semejante realidad normativa modificadora se produce a través del citado Real-Decreto Ley 9/2018, en cuya Disposición segunda añade un nuevo párrafo segundo en el susodicho artículo 156- cuya justificación contenida en la Exposición de Motivos en su apartado séptimo es muy parecida a la reproducida anteriormente en la Medida 148 del Pacto, con la diferencia ampliatoria del último párrafo (“cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas de ambos”), como así queda en el reformado artículo, con el siguiente tenor “Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos”.

Semejante modificación ha sido cuestionada por un sector de la doctrina desde su muy reciente inicio aplicativo¹¹. En cuanto a su oportunidad, su propia tramitación legislativa, su innecesariedad asentada en la existencia de respuestas adecuadas a esta cuestión en el Código Civil.

2. La Orden de Protección como medida civil

La Orden de Protección es una resolución judicial que consagra el “estatuto de protección integral” de las víctimas de violencia doméstica, mediante la adopción, por un mismo órgano jurisdiccional, de medidas cautelares penales y civiles, activando otras medidas de asistencia social.

Es regulada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, e intenta presentarse como una norma que pretende articular acciones integrales y coordinadas que aúnen tanto medidas cautelares penales sobre el agresor con el objetivo de impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil, entre otras, para dar respuestas a su situación de especial vulnerabilidad, y en términos tan importantes como el ejercicio de la patria potestad.

¹¹ Por ejemplo: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. “Perfectamente prescindible”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Num.9/2018 parte Tribuna, págs. 1-3 (edición electrónica).

La orden de protección se dictará para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, de alguna de las personas comprendidas en el art.172.2 del Código Penal¹², confiriendo a la víctima, como ya se ha indicado a lo largo del trabajo, un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil, entre otras.

Debe existir una situación objetiva de riesgo¹³ tal y como se desprende, a modo de ejemplo, en el Auto núm. 226/2017 de 7 abril de la Audiencia Provincial de Ourense, en cuanto a reconocer que las lesiones padecidas por la denunciante, producidas en presencia de sus hijas menores de edad, advierten de la existencia de una situación objetiva de riesgo y que, por tanto, es necesario adoptar medidas que garanticen la seguridad física y psíquica de la denunciante, como la orden de protección que conlleva la necesaria regulación de los efectos civiles derivados de la ruptura de la convivencia y los relacionados con la guarda y custodia de los hijos.

Responden estas medidas, al incluirse en la orden de protección, a criterios de urgencia y necesidad, como cautelares que son. Indica Guilarte Martín- Calero en referencia a las mismas que "son provisionales y previas a un procedimiento civil de nulidad, separación o divorcio, de medidas paterno-filiales o de alimentos, de manera que la adopción de tales medidas en la orden de protección trata de anticipar las medidas que, en su caso y respecto de las mismas personas, la resolución judicial dictada en el orden civil pudiera adoptar en relación con los alimentos, la vivienda familiar o la guarda y custodia de los hijos"¹⁴. Deberían adecuarse en su contenido y alcance a las medidas

¹² Se refiere como víctimas el artículo 172.2 del Código Penal a "El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados".

¹³ La existencia de indicios no basta para que exista una orden de protección, sino que como hemos manifestado, debe existir una situación objetiva de riesgo, ya que la voluntad del legislador no ha sido que se dicten en todo procedimiento iniciado por los delitos referidos. Así lo pone de manifiesto el auto nº 84/2017, de 9 de marzo, de la Audiencia Provincial de Badajoz, indicando que "la existencia de indicios de la posible comisión de una infracción de las consignadas en el art. 544 ter no basta para el dictado de la orden de protección, que requiere también del segundo presupuesto. De haber sido voluntad del legislador que se decretase orden de protección en todo procedimiento iniciado por denuncia de delito o falta contra la vida la integridad física o moral la libertad sexual, la libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal, lo habría manifestado expresamente o hubiese omitido la exigencia de situación objetiva de riesgo, que no significa otra cosa que, constatación objetiva de posibilidad de advenimiento de una acción lesiva para la integridad física o psíquica de la víctima."

¹⁴ GUILARTE MARTÍN- CALERO, C.« La protección civil de los menores víctimas de violencia de género». LA LEY, Derecho de Familia, 2014, pág.2. LA LEY 8307/2014.

definitivas, ya que posteriormente deberá pronunciarse el orden civil en relación a las mismas¹⁵.

En cuanto a la solicitud, la legitimación la ostentan la víctima o su representante legal, o bien el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, incluyendo a hijos comunes o no menores de 18 años, y mayores de edad con alguna discapacidad. Así mismo, el Juez determinará su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. El planteamiento inicial que se deduce de la previa resolución desde el orden civil, podría llevar a concluir que una vez dictada en un procedimiento de familia, no tendrían cabida en la orden de protección ya que todos esos aspectos estarían ya regulados. Sin embargo, y conforme al interés del menor, en atención al ejercicio de la patria potestad, y ante un supuesto de violencia de género o doméstica, el Juez deberá pronunciarse sobre la modificación de las acordadas con anterioridad desde el orden civil. Probablemente la causa principal de esta nueva resolución en cuanto a la variación de las medidas adoptadas, sea debido a supuestos en que pueda existir una situación de peligro, de la cual se debe apartar al menor, o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Es por ello que el Juez podrá adoptar este tipo de medida dentro de cualquier proceso civil o penal, tal y como recoge el artículo 158 CC¹⁶, además de la previsión contenida en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004, que más adelante trataremos.

En tal sentido y conforme a la nueva redacción del precepto, se obliga al juez a pronunciarse, en todo caso, sobre la adopción de cualquiera de las medidas civiles que se prevén si existen menores o discapacitados. Estas medidas, sin olvidarnos del contexto de violencia en el que se enmarcarían, podrán consistir en: a) la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; b) determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, d) el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios¹⁷.

¹⁵ Es el apartado trece de la disposición final primera de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, el que redacta el número 7 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la regulación de las medidas civiles en la mencionada orden de protección. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Para más abundamiento sobre la reforma, "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el Estatuto de la Víctima del Delito". Monografías. BIB\2015\4616. www.aranzadigital.es

¹⁶ Como bien expone PERAMATO, resulta sorprendente que no se prevea la posibilidad de que sea el Ministerio Fiscal el que pueda solicitar esas medidas en la orden de protección, existiendo una resolución civil previa, ya que es el Fiscal el protector de los menores y de las personas vulnerables. Se subsana esa falta de previsión conforme a lo contenido en el 158 CC y 65, 66 de la LO 1/2004. PERAMATO MARTÍN. T.«El papel del fiscal...», pág 10.

¹⁷ En cuanto a la duración, estas medidas civiles contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en

Conforme a lo manifestado hasta el momento, y en base a los criterios y contenido de las medidas civiles, hemos de destacar el caso recogido por el Auto 165/ 2017 de 18 de mayo de la Audiencia Provincial de la Rioja sobre medidas civiles previamente denegadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Solicita la recurrente que los tres hijos queden bajo la guarda y custodia de la madre. Las partes cesaron su relación y tomaron medidas en relación a los hijos consentidas por ambos ya que ninguno de ellos consideró procedente acudir a la vía civil para regular la situación. Uno de los hijos es mayor de edad y otro de ellos tiene 15 años, por lo que cuenta con madurez suficiente para decidir con quién quiere vivir, y ambos se encuentran viviendo con el padre. La hija de nueve años, por acuerdo de ambas partes lo hace con la madre.

Las medidas son solicitadas en el marco de una orden de protección al amparo del artículo 544 ter de la LECrim, y se exige para su adopción los siguientes presupuestos según el dictado del 544 ter.¹⁸: a) existencia de indicios fundados de la comisión de un delito o falta de características determinadas y contra las personas mencionadas en el artº. 173.2 C.P. En el presente caso se trata sospechas, que no de la existencia de hecho delictivo y de la participación del imputado; b) situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección.

En cuanto al "pronóstico del peligro", se refiere a la concurrencia del riesgo concreto de que el imputado atentará contra bienes jurídicos de la víctima. No consta en este supuesto acreditada una situación objetiva de riesgo en la que pudieran encontrarse los hijos. Además ninguna de las personas legitimadas para ello solicitaron medidas de carácter penal, por considerar que no se da dicha situación objetiva de riesgo, y, por ello, no se adopta medida alguna de naturaleza penal. Por todo ello, el cauce adecuado para el planteamiento y resolución de las cuestiones relativas a guarda y custodia y alimentos de los hijos, sería el procedimiento civil correspondiente, debiendo el recurso ser rechazado y confirmada íntegramente la resolución impugnada..

III. PATRIA POTESTAD Y PROTECCIÓN DEL MENOR VÍCTIMA DE VIOLENCIA

1. Patria potestad y custodia

El régimen jurídico de la patria potestad viene preceptuado conforme a lo dispuesto a partir del artículo 154 del CC, el cual determina que ésta, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Mientras que los deberes y facultades de quienes la ostentan quedan determinados por la diferenciación

vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término aquellas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.

¹⁸ Presupuestos recogidos en el auto nº 239/2017, de 27 marzo, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, entre otros.

personal y patrimonial en dos aspectos: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2. Representarlos y administrar sus bienes.

Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores, por lo que no cabe pactar ningún acuerdo que afecte a la titularidad de la misma, que seguirá ostentándose por ambos. La ruptura del matrimonio o de la pareja no exime a los padres de sus obligaciones con los hijos (artículo 92.1 CC), derivadas, como se ha indicado, del artículo 154 CC.

Las medidas relativas a los hijos están reguladas específicamente en los artículos 92, 93, 94 y 96 CC, que abordan, la privación de la patria potestad si existe causa para ello, la determinación del modo de ejercicio de la misma, la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, pudiendo ser unilateral o compartida, la fijación de la pensión alimenticia, el establecimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia, tanto con el progenitor no custodio, como eventualmente con los abuelos, y la atribución de los hijos a la vivienda familiar. Aspectos todos ellos que vendrán influenciados por el régimen de guarda y custodia que se haya determinado.

Conforme al artículo 65 de la LO 1/2004, el Juez podrá suspender el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él, respecto al inculcado por violencia de género. Estas medidas deben valorarse conforme al interés del menor una vez que existan los presupuestos necesarios para decretarlas, en situaciones graves de violencia de género que abarquen al menor como víctima de la situación. Aunque ciertamente es una realidad, la no suspensión de la patria potestad al inculcado maltratador, aun existiendo una orden de alejamiento de la madre, de forma que se mantiene la patria potestad compartida y el ejercicio a la mujer¹⁹.

Como una de las consecuencias de semejante violencia de género y que incide de manera relevante en los menores es la prohibición de la custodia compartida -institución básica para, en interés del menor, sostener una relación adecuada con ambos progenitores- en los supuestos de violencia, en cuanto el maltrato conyugal se hace extensivo a los hijos con afectación negativa a su bienestar y desarrollo, rompiendo la bondad de aquella. Sobre tal cuestión versan los contenidos del artículo 92, apartado 7 del Código Civil en el que se estima improcedente “la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

¹⁹ Entre otras, SAP Madrid de 20 de marzo de 2015.

En tal sentido, la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia 319/2018 de 17 de mayo, resalta lo preceptuado en el artículo anteriormente citado, en cuanto a que el progenitor que solicita la custodia compartida alega la existencia de error en la valoración de la prueba, en concreto porque no es firme la sentencia que le condenaba como autor de un delito de maltrato habitual en el ámbito de la violencia sobre la mujer. Expone la Audiencia que en todo caso la firmeza o no de la sentencia carece de relevancia al respecto. Precisamente el artículo 92.7 Código Civil, como he mencionado, señala que no procederá cuando alguno de los padres esté incurso en un proceso penal. De conformidad con lo indicado, el legislador no exige en tales casos, como requisito imprescindible, el dictado de una sentencia firme como alega la parte recurrente, sino únicamente que cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por los delitos que menciona, e incluso también cuando el juez advierta la mera existencia de indicios de violencia de género.

En este supuesto por tanto, la custodia compartida pretendida por la parte recurrente, resultaba totalmente inviable jurídicamente, tanto antes del dictado de la firmeza de la sentencia de referencia, como, en mayor medida, tras su firmeza.

En ningún caso se permitirá este régimen cuando existan conductas de violencia en el ambiente familiar. Así se refiere, en este caso, la SAP de Murcia, a la STS de 4 febrero 2016, en la que se expone que "una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos". Máxime cuando hemos hecho especial hincapié en el mandato del art. 2 de la LO 8/2015 que exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia".

Como dice Pérez Vallejo²⁰, más allá de la proscrita custodia compartida del citado artículo 92, apartado 7, las perspectivas de futuro marcan -en la dirección protectora del menor que si bien, en estos casos, puede parecer que no ha sido objeto de una agresión directa, sufre, sin embargo, las consecuencias de dicha violencia de género o, según se estime, doméstica, en su hábitat vital. Cabe afirmar, no obstante, la dificultad de asumirlos como víctimas colaterales de dicha violencia de género, más bien son víctimas directas en una apreciable interpretación extensiva del término, puesto que se mueven en un ambiente de miedo y anulación, tanto por presenciar con habitualidad actos violentos hacia su madre, como por el mero hecho de vivir en un clima de continuada violencia- la

²⁰ PÉREZ VALLEJO, Ana M^a. "Violencia de género y relaciones paternofiliales. De la prohibición de la custodia compartida, a la suspensión del derecho de 'visitas' y privación de la patria potestad". En *Estudios Jurídicos Penales y Criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Vol II. Dirs. Suárez López y otros. Madrid, 2018, pág. 2323.

prevalencia de los derechos del menor, sobre el sostén del “interés del propio menor” frente a los derechos derivados de la relación paterno filial²¹.

Se ha de resaltar la preocupación, en este sentido, recogida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018, en cuanto a que a pesar de la prohibición legal prevista en el art. 92.7 CC, no son pocos los casos en que el padre investigado o condenado por un delito de Violencia de Género solicita un régimen de custodia compartida, lo que provoca la oposición del Ministerio Fiscal y que habitualmente se solicite informe al Equipo Técnico, cuyo informe suele ser relevante a la hora de resolver la cuestión, si bien como denuncian muchos Fiscales, carecen de formación en materia de violencia de género o su falta de preparación deriva de la gran movilidad del personal o de la contratación externa a la que se recurre. En algunas provincias se señala que en 5 ocasiones se ha concedido la custodia compartida cuando el asunto penal se archivó o cuando los hechos son puntuales y de escasa entidad, en otras, se refleja que excepcionalmente se concede siempre con el informe del Equipo técnico y siempre en aras al interés superior del menor.

Algunas Fiscalías, señalan que los mayores problemas se plantean cuando la víctima no formula denuncia y decide acudir a la vía civil, procedimiento en que late la situación de violencia de género no denunciada por lo que, con frecuencia se otorgan custodias compartidas o en aquellos supuestos en que se ha acordado la custodia compartida y posteriormente surge una denuncia por Violencia de Género, en que debe valorarse el periodo más o menos dilatado de custodia compartida sin incidentes y la entidad de la denuncia, y especialmente el interés superior del menor y su estabilidad, previa audiencia del mismo²².

2. De la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con el menor víctima

El progenitor que no tenga la custodia, tendrá derecho a un régimen de estancias y comunicación con sus hijos²³. Conforme a la regulación de este derecho en relación al

²¹ En dicho sentido se mueve la citada LO 8/2015, de 22 de julio al afirmar en su Exposición de Motivos que “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma”.

²² Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018.

²³ El Tribunal Constitucional en su Sentencia 176/2008, de 22 de Diciembre, en cuanto a nuestro tema expone los siguientes razonamientos: "Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo "graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Se trata, en realidad, de un derecho

progenitor que no conviva con los menores, el artículo 90.1 del CC, alude a la guarda y custodia unilateral por acuerdo de los cónyuges en convenio regulador, cuando se refiere a que deberá contener, como extremo, "a) el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos". Por su parte el artículo 94 CC refuerza esta situación indicando que "el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía".

Se ha pasado así de unas meras visitas rutinarias a un régimen detallado y extenso, donde se prevén las visitas intersemanales con un determinado tiempo de duración o, las fechas de estancia con un especial significado familiar, de tal manera que se ajusten a las actividades que forman parte de la cotidianidad de los menores y de aquellos con los que tienen derecho a relacionarse²⁴. El cambio de terminología ha tratado de superar tanto en el Código civil como en la legislación autonómica el término "derecho de visitas" propio de épocas en las que el progenitor que no ostentaba la custodia tenía una relación casi esporádica con sus hijos, típica de otro tipo de parientes y no de verdadero progenitor. En la actualidad resulta mucho más adecuado referirse al régimen de estancias y comunicaciones, puesto que deriva directamente del artículo 154CC "el derecho a estar en su compañía", que en caso de separación o divorcio no pueden ejercer de manera simultánea²⁵.

tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos". Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, "contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 ("Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 ("En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño"); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ("Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses")".

²⁴SANTANA PÁEZ, E. "El interés del menor..Relaciones con abuelos y allegados. Conflictos de intereses entre menores y relaciones paternofiliales yuxtapuestas". En *Especialidades en Derecho de Familia*. Asociación Española de Abogados de Familia. AAVV. Dykinson, 2014, págs. 167, 168, establece que "en materia de relaciones personales, es el beneficio de los menores el que debe valorarse en cada caso, no un beneficio genérico y difuso, sino que debe materializarse y determinarse a través de la valoración de hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor, atribuyéndose por ello al juzgador, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación, convivencia y visitas, y para fijar en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor".

²⁵ IGLESIAS MARTÍN, C.R. a este respecto, "el cambio de terminología, además, ha supuesto hacer hincapié en que ya no procede referirse al derecho de visita del progenitor no custodio u otros familiares, ya que es una denominación que parece conllevar un carácter esporádico de la relación, por lo que resulta más oportuno hablar de derecho de relación personal, estancia y comunicación". En "El derecho de estancia

El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial²⁶.

Con esta comunicación se van a reforzar, aún más, las relaciones paternofiliales con respecto a las necesidades afectivas, educacionales y de estabilidad, es un derecho de contenido puramente afectivo, que se concede para favorecer las relaciones humanas entre el progenitor y el hijo, y que variará según el sistema de guarda que se adopte²⁷. Conforme a lo comentado sobre el artículo 94 del CC, en relación a la comunicación y visitas del progenitor que no ostente la guarda y custodia, se configura como un derecho del que podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo graves circunstancias, como se ha señalado anteriormente.

Al hilo de lo anterior, y en relación al artículo 66 de la LO 1/2004, he de destacar la STS de 26 noviembre de 2015, la cual establece como doctrina jurisprudencial que, " el Juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes"²⁸.

y comunicación de los menores en las crisis matrimoniales. Especial referencia a las situaciones de custodia compartida". En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil* num.7/2018, parte Doctrina, 2018, págs.2 y ss.

²⁶ Si estuviéramos ante un caso de violencia de género dependerá del contenido de la orden de protección; si existe de alejamiento a la madre tendrán que realizarse a través de puntos de encuentro familiar o por tercera persona.

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, hablando de las visitas en general, señala: "El derecho de visita del progenitor se concede con la finalidad de favorecer las relaciones humanas y la corriente afectiva entre él y el hijo, pero lo más valioso es el interés del menor en caso de conflicto. Se trata de un derecho-deber, o si se prefiere, de una función, con más peso el deber y la función que el derecho (a pesar de los arts. 94 , 160 , 161 CC), lo que incidirá decisivamente tanto en la posibilidad de instaurar regímenes especiales, limitativos o restrictivos de la extensión normal de la comunicación entre progenitor e hijo, como en la adopción de medidas o remedios jurídicos ante el incumplimiento del progenitor, que se excede de sus facultades o del tiempo que dispone o, inversamente, no se comunica con su hijo, incidiendo negativamente en el desarrollo integral de éste, al que conviene la relación triangular con su padre y su madre". También en, VVAA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. ALBALADEJO GARCÍA, DÍAZ ALABART (Dir), Tomo II, Ed. Edersa, Madrid, 1982, pág. 397. BUENO NUÑEZ, S. "Comentario al artículo 160". En *Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Madrid, 2018, págs. 556 y ss.

²⁸ El supuesto se fundamenta en un matrimonio con una hija que posteriormente se divorcian, liquidando los bienes y estableciendo las medidas respecto de su hija. Al poco se reconcilian y nace otra hija. Después se condenó al demandante por un delito de malos tratos habituales contra la demandada, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor, y un delito de amenazas a las penas de dos años y ocho meses, seis meses y seis meses de prisión y accesorias. Existiendo una orden de alejamiento provisional respecto de la demandada y la hija mayor al momento de interponerse la demanda. No existe ninguna limitación de comunicación o visitas impuestas judicialmente respecto de la hija menor. Por lo que se solicita que la hija menor de edad, quede bajo la guarda y custodia de la madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad, así como la fijación de un régimen de visitas respecto de dicha menor. Primera Instancia y la Audiencia estiman en parte la demanda declarando atribuir la guarda y custodia de la menor a la madre,

En el supuesto de que no se acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores²⁹. Se le obliga, por tanto, a adoptar medidas no sólo sobre la patria potestad sino también sobre las otras instituciones de protección en las que podrían estar los menores cuando ha existido violencia de género. Lo que la norma pretende es evitar la desprotección del menor en cuanto a que tenga que ser el Juez civil el que se ocupe de estas medidas. Sin duda se puede considerar que no ha existido maltrato sobre los menores y aún condenado por violencia de género se le permite un régimen para ejercer la patria potestad, cuya forma deberá determinar el Juez. Materia muy controvertida por algunos sectores que consideran debería predominar el automatismo de la supresión de la patria potestad ante hechos constitutivos de malos tratos³⁰.

Por último y conforme se ha dicho respecto al artículo 66 de la LO 1/2004, el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Difiere mucho el contenido de la redacción anterior del precepto "el Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes" a la

con ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. En referencia al régimen de visitas opta por el establecimiento del mismo en favor del padre, argumentando que, al no existir ninguna condena entre ellos, y sí una desvinculación total no es razonable prolongar de forma indefinida esa falta de contacto respecto de la menor. Se inclinan por un régimen de visitas restrictivo, de un día a la semana, dos horas y en un punto de encuentro familiar. De manera que se fomentará la relación paterno filial a medida que la menor vaya retomando el contacto de forma progresiva y no traumática con su padre, una vez se haya producido la excarcelación del mismo y se justifique documentalmente que se ha sometido a un programa terapéutico en el que se le trate de su violento carácter y que le habría llevado a cometer los hechos por los que ha resultado condenado.

Alega la recurrente que no se ha tenido en cuenta que dicha menor no ha convivido, prácticamente, con su padre; que no se ha preocupado de ella, que el padre está cumpliendo condena por malos tratos a la recurrente y a su hija, hermana de ella, que el tribunal está priorizando los derechos del padre sobre los de la hija menor de edad y que no tuvo en cuenta el informe del Instituto de Medicina Legal, que desaconsejaba las visitas. Igualmente, el Ministerio Fiscal informó que se había "priorizado el derecho del padre frente a los riesgos que pueda sufrir la menor. Es decir, no se ha aplicado debidamente el principio del interés del menor". Resta aquí indicar que analizando y aplicando lo expuesto hasta el momento en este tema, (artículo 94 CC que permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita, artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 que autoriza la suspensión o restricción del derecho de visitas, interés del menor, artículo 2 LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"), el Tribunal Supremo declara que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos ya que el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa. Argumenta la Sala que no se respeta el interés de la menor, al no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quién lo debe desarrollar, ni quién homologará los resultados obtenidos, por lo que, en base a la normativa mencionada, no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija, estableciendo la doctrina jurisprudencial antes mencionada.

²⁹ Así como sobre " las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución", artículo 66 LO 1/2004.

³⁰ MAGRO SERVET, V. "Medidas incluidas en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, afectantes a la violencia de género". *Diario LA LEY* nº 8664. Documento *on line*, 14 de diciembre de 2015, pág.17.

actual modificada por la LO 8/2015. En la hipótesis de que no se acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. Interpretamos que el Juez tiene la obligación de determinar las visitas, en cuanto a la relación, y el lugar de encuentro del encausado hacia los menores, sean o no hijos, pero que sí dependan de él; la estancia conforme a un periodo de tiempo más largo en el disfrute de la compañía; y la comunicación, para tener contacto bien sea telefónica, por email, Whatsappo redes sociales.

Son numerosas las situaciones en las que se puede decretar la suspensión del régimen de visitas, aunque la casuística jurisprudencial señala dos como las más habituales: causa penal abierta y rechazo del menor ,y el ingreso en prisión del progenitor.

Respecto a la primera de ellas, se recoge en la SAP de Cádiz 8/2019 de 15 de enero, la situación de supuestos malos tratos cometidos del padre contra su hijo, y el rechazo, manifestado por el propio menor, a cualquier contacto con su padre. Voluntad justificada por los técnicos del Punto de Encuentro donde se realizaban las visitas restringidas. Expone la Audiencia que " lo cierto es que la vigencia de una causa abierta que se sigue en un Juzgado de Instrucción por supuestos malos tratos cometidos por el padre con el menor Rodolfo , está absolutamente justificada la decisión del juez *a quo* que considera conveniente que el régimen de visitas quede en suspenso. El propio menor ha manifestado cierto rechazo a todo contacto con su padre y como señala la resolución recurrida " *Esta voluntad, además, no puede tildarse de caprichosa o carente de fundamento, porque se produce en un contexto de posibles malos tratos por parte del padre hacia el menor y su hermana.* ". Considera la resolución mantener la suspensión, en base a la normativa que he reiterado con anterioridad, a lo largo de este trabajo, en relación a la protección del menor³¹. No obstante y *ad cautelam*, manifiesta la Audiencia

³¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género señala en su art. 66 que el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, destaca en su art. 10 como derecho de los menores b) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas. Además, el apartado e) del mismo precepto destaca que mientras se ayuda al menor con la asistencia legal y nombramiento de defensor judicial el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores. el Estatuto de la Víctima aprobado por la Ley 4/2015 de 27 de abril, en su art. 2 conceptúa como víctima, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito y le otorga un derecho a la protección (art. 3), el art. 94 del Código Civil faculta al juez limitar o suspender el régimen de vistas si se dieran graves circunstancias que lo aconsejen y el art. 158 del Código Civil en el ámbito de protección del menor por parte del juez competente en materia de familia permite, de oficio o a instancia del hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, adoptar medidas de prohibición de aproximación o comunicación con el mismo incluso a los progenitores y en general, las demás disposiciones

la posibilidad de que cuando finalice la causa, en caso de archivo o sentencia absolutoria, es lógico que pueda reanudarse el régimen de visitas y en caso contrario la decisión de la jurisdicción penal determinará en contenido y alcance de la relación paterno filial. Obviamente deberá tenerse en cuenta el interés del menor, como prevalente en estas situaciones y otras que les afecten.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, el ingreso en prisión del progenitor, se ha de destacar la SAP de Ciudad Real 102/2019 de 25 de marzo, que recoge una situación en la que el padre se encuentra en prisión (por tema relacionado con las drogas), la menor nació encontrándose en tal situación, y aunque tuvo una relación en dicho centro, con la misma, constante la relación con la madre, lo cierto y verdad es que hace año y medio que no mantiene relación con ambas, puesto que fue denunciado por la madre adoptándose medidas civiles y penales de protección.

En estas condiciones, y aunque en Primera Instancia se estableció un régimen de visitas y comunicación, la Audiencia procede a suspender el régimen de visitas teniendo en cuenta el interés supremo de la menor. Considera que no es el mejor escenario para que la niña pueda mantener relación con el padre ni tampoco para reconstruir dicha relación que se fracturó hace tiempo. La reanudación de los contactos, supondrían un ejercicio complejo a desarrollar en un escenario poco hábil para tal fin. El recinto de un centro penitenciario no es el marco ideal y más adecuado para la reanudación y el desarrollo de un régimen de visitas, merced al impacto negativo que, en abstracto, puede generar en la estabilidad emocional de una menor. En este sentido, y al igual que en el caso anterior, se deja la vía abierta por si la salida de prisión pueda suponer una reevaluación de la decisión en caso de justificación de variación sustancial de circunstancias.

En esta misma línea de protección del interés superior del menor y derecho de visitas del padre en prisión, la SAP 158/2019 de 11 de marzo versa sobre el caso de una unión de hecho sin convivencia porque la progenitora era menor de edad al tiempo del nacimiento de la menor. Presentó denuncia por acoso y hubo orden de alejamiento pero ella no quiso declarar contra él y al no ratificarse en su denuncia el progenitor fue absuelto. Actualmente se encuentra cumpliendo condena por otra causa. La sentencia da la custodia a la madre, establece el régimen de visitas para cuando salga de prisión. La Audiencia mantiene la decisión conforme al interés del menor y toda la normativa de protección hacia el mismo, puesto que el padre ha utilizado los pañales de la pequeña para pasar marihuana con ocasión del ejercicio del derecho de visitas. Por lo que de acuerdo con el art. 94 del C. Civil y art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija, sin perjuicio de que cuando cumpla la pena impuesta en el centro penitenciario pueda instar el establecimiento de medidas,

que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para la misma.

IV. CONCLUSIONES

Son muchos los esfuerzos legislativos que se han hecho para aceptar que no sólo las mujeres son víctimas de la violencia de género, sino que también reciben esta consideración los menores que asisten a episodios violentos en su propio hogar, de manera directa o indirecta hacia ellos, conceptualizándolos como lo que son, víctimas necesarias de atención y protección.

De todo lo expuesto, podemos concluir que aún no se ha conseguido visibilizar y proteger adecuadamente a los menores. Es una realidad que el agresor, en muchas ocasiones, los utiliza como un instrumento para perpetuar, más si cabe, el daño a la progenitora. De ahí la importancia de las medidas civiles en cuanto a la patria potestad y el régimen de visitas del no custodio. Ciertamente es que por regla general la titularidad de la patria potestad la ostentan ambos progenitores, decretándose la guarda y custodia en favor de la madre y manteniéndose, salvo circunstancias excepcionales como las narradas, el régimen de visitas, que se llevará a cabo en los Puntos de Encuentro.

De los datos aportados por el CGPJ se constata un preocupante descenso del número de resoluciones judiciales civiles sobre suspensiones del régimen de visitas, de la patria potestad o de la guarda y custodia a pesar de las reformas introducidas en 2015 en los arts. 64, 65 y 66 LO 1/2004 y 92 CC, y 544 ter.7.º LECrim, en orden a reforzar la obligación de pronunciarse sobre estas materias, que pasa de 2721 medidas acordadas el año anterior a 2368 en el año que comentamos no obstante el incremento de denuncias.

La orden de protección es de suma importancia como medio para articular acciones integrales y coordinadas que aúnen tanto medidas cautelares penales, como civiles, para dar respuestas a situaciones de especial vulnerabilidad. Carecería de sentido el inicio del procedimiento penal sino está íntimamente relacionado con las cuestiones civiles que se derivan del mismo, máxime cuando se trata del ejercicio de la patria potestad. Fundamental resulta la determinación de la situación de riesgo a la hora de adoptar estas medidas bien sea en el ámbito civil o penal, por la posible repercusión que pueda tener en el menor.

Otra de las cuestiones que suscitaba una preocupación social importante, era la asistencia psicológica a los menores hijos de víctimas de violencia de género cuando el padre no otorgaba su consentimiento, lo cual obligaba a acudir al Juzgado solicitando autorización en base al art. 156 CC. Tema resuelto debido a la modificación anteriormente señalada en dicho artículo mediante el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, de manera que el tratamiento psicológico como derecho del menor quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común de los titulares de la patria potestad.