

UNIVERSIDAD DE GRANADA



TESIS DOCTORAL

**LA PRÁCTICA JUDICIAL EN LOS
DELITOS DE MALOS TRATOS.
PATRIA POTESTAD, GUARDA Y
CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS**

PRESENTADA POR

M^a Carmen Peral López

Directora:

Dra. Dña. M^a Ángeles Cuadrado Ruiz, Profesora Titular de Derecho Penal.

Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal.

Granada, España

2017

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales

Autora: María del Carmen Peral López

ISBN: 978-84-9163-398-3

URI: <http://hdl.handle.net/10481/47880>

LA PRÁCTICA JUDICIAL EN LOS DELITOS DE MALOS
TRATOS.

PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN
DE VISITAS

Tesis doctoral presentada por la doctoranda **M^a Carmen Peral López** para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, por la Universidad de Granada.

Directora:

Dra. Dña. M^a Ángeles Cuadrado Ruiz, Profesora Titular de Derecho Penal.

Programa Formativo de Doctorado en Derecho Penal y Política Criminal.

Universidad de Granada

Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal

Granada, España

2017

A MARÍA e IGNACIO,

Ni en el mejor de mis sueños hubiera imaginado que compartiría mi vida con dos seres tan
excepcionales.

A la memoria de mi PADRE

Cuando el corazón ya se ha hecho insensible a los golpes y a la amenaza, el maltratador
utiliza a los hijos e hijas para conseguir su objetivo de controlar y dominar a la mujer sin
necesidad de agredirla físicamente

Miguel Lorente Acosta

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	VI
LISTADO DE ABREVIATURAS	VII
INTRODUCCIÓN	IX
OBJETIVOS	XI
HIPÓTESIS	XIII
METODOLOGÍA	XV
ESTRUCTURA	XVII
MOTIVACIÓN	XIX

PRIMERA PARTE

MALOS TRATOS: VIOLENCIA DOMÉSTICA. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS HIJAS E HIJOS DE LA VÍCTIMA.

I. CAPÍTULO PRIMERO. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO	3
1. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA DOMESTICA	6
2. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO	9
II. CAPÍTULO SEGUNDO. MARCO NORMATIVO	15
1. LEGISLACIÓN EUROPEA	16
2. RESPUESTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	19
3. EVOLUCIÓN NORMATIVA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA	25
3.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA	37
3.2 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	43
3.2.1 REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN NORMATIVA SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO	43
3.2.2 LA ORDEN DE PROTECCIÓN	48
3.2.3 LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO ...	66
3.2.3.1 AMBITO PENAL	71
3.2.3.2 AMBITO JUDICIAL	74

A) Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer	74
B) Competencias en materia civil	76
C) Medidas judiciales para la salvaguarda de la protección y la seguridad de las víctimas	81
D) Las Fiscalías contra la Violencia sobre la Mujer.	85
4. REFORMAS EN EL ÁMBITO PENAL Y PROCESAL PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	86
4.1. REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, de 30 de MARZO	86
4.1.1. Referencia a la circunstancia agravante de género del art 24.4 del CP, incorporada tras la reforma de la L.O. 1/2015.	105
4.1.2. Referencia a las Competencias para los Juzgados de violencia sobre la Mujer.	115
4.2. REFORMAS DE LA LEY 4/2015, de 27 de abril, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.	116
4.3. REFORMAS DE LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.	123
4.4. REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL	132
4.5. COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER	136
5. LEGISLACIÓN EN MATERIA CIVIL	148
6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS PENALES Y CIVILES	150
6.1. PENAS PRIVATIVAS DE LA PATRIA POTESTAD Y PENA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	150
6.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE CARÁCTER CIVIL. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS	158
III. CAPÍTULO TERCERO. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS HIJAS E HIJOS DE LA VÍCTIMA.	165
1. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL MALTRATO A MENORES.	167
1.1. DIFERENCIA DE CONCEPTOS	175
1.2. DIFERENTES FORMAS Y TEORÍAS EXPLICATIVAS DEL MALTRATO A MENORES	178
1.3. EL DERECHO-DEBER DE CORRECCIÓN	183
2. INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS MUJERES Y SUS HIJAS E HIJOS	185
2.1. FACTORES DE RIESGO	190
2.2. CONSECUENCIAS	193
2.3. EL CICLO DE LA VIOLENCIA	196
3. LOS MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.	203
3.1. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN	205
3.2. CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS HIJAS E HIJOS	208

TOMA DE POSTURA	213
-----------------------	-----

SEGUNDA PARTE

PROBLEMÁTICA DEL MENOR VICTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS EL CESE DE LA CONVIVENCIA DE SUS PROGENITORES	218
--	-----

RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y PRÁCTICA JUDICIAL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: PRIVACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS	227
---	-----

CAPÍTULO IV. LA PATRIA POTESTAD	227
---------------------------------------	-----

1. DERECHO COMÚN	227
------------------------	-----

1.1. LAS RELACIONES PATERNOFILIALES	231
---	-----

1.2. LA PATRIA POTESTAD	238
-------------------------------	-----

1.3. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	245
--	-----

2. LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	246
---	-----

2.1. ARAGÓN	246
-------------------	-----

2.2. CATALUÑA	247
---------------------	-----

2.3. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA	248
---------------------------------------	-----

2.4. COMUNIDAD VALENCIANA	248
---------------------------------	-----

3. JURISPRUDENCIA: RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA JURISDICCIÓN CIVIL. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA MEDIDA.	249
--	-----

3. 1. CAUSAS PRIVATIVAS DE PATRIA POTESTAD	253
--	-----

3. 2. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CAUSA CIVIL	255
--	-----

4. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CAUSA CRIMINAL	272
--	-----

4.1. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO PENA PRIVATIVA DE DERECHOS. ESPECIAL REFERENCIA EN LOS DELITOS RELATIVOS A VIOLENCIA DE GÉNERO	289
--	-----

4.2. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO MEDIDA CAUTELA.	297
--	-----

4.3. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. REFERENCIA AL RÉGIMEN DE VISITAS.	300
--	-----

4.4. PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	324
---	-----

4.5. LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	324
--	-----

CAPÍTULO V. GUARDA Y CUSTODIA	327
-------------------------------------	-----

1. DERECHO COMÚN	329
------------------------	-----

2. DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL PROPIO.	331
--	-----

2.1. ARAGÓN	331
-------------------	-----

2.2. CATALUÑA	333
2.3. NAVARRA	334
2.4. COMUNIDAD VALENCIANA	335
3. REQUISITOS	337
4. JURISPRUDENCIA	338
5. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	340
6. SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	342
CAPÍTULO VI. RÉGIMEN DE VISITAS	351
1. CARACTERÍSTICAS	355
2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.	361
3. JURISPRUDENCIA	367
4. SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS COMO MEDIDA CAUTELAR.	371
5. MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN	379
TOMA DE POSTURA	388
TERCERA PARTE	
FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUS REPERCUSIONES EN LAS VÍCTIMAS	
CAPÍTULO VII. FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS DIFERENTES OPERADORES JURÍDICOS.	395
1. INTRODUCCIÓN	396
2. MARCO NORMATIVO	402
3. FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS DIFERENTES OPERADORES JURÍDICOS.	409
4. CUESTIONES RELEVANTES EN MENORES Y VIOLENCIA DE GÉNERO	429
4.1. EL INTERÉS SUPREMO DEL MENOR	430
4.2. PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR	436
4.3. NUEVA FORMA DE VIOLENCIA: EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (S.A.P.)	440
5. EFECTOS DE LA FALTA DE FORMACIÓN	445
TOMA DE POSTURA	452
CONCLUSIONES, ANÁLISIS Y PROPUESTAS	463
BIBLIOGRAFÍA	477

FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES	493
LISTADO DE TABLAS Y GRÁFICOS	518

AGRADECIMIENTOS

A mis hijos por la comprensión y apoyo constante, por su amor incondicional, por ser mi norte

A Jesús, Guadalupe, José e Isidoro, por la gran ayuda aportada y a Vicky por ser nuestro ángel.

A M^a Ángeles, directora de tesis y amiga, sin ella esta tesis, junto a lo que conlleva, no habría existido.

A Juanjo y Ángel por compartir conmigo sus conocimientos del mundo informático, a Pilar por su escucha atenta y Antonio por su paciencia. A mis compañeras de kilómetros diarios.

A Nelly, Trini, Carmen, M^a Luisa y Ana, vuestra presencia en esos momentos nunca os la podré agradecer lo suficiente.

A María, Javi y Yoyi, por ser una familia para los tres.

A mis abuelos, especialmente a mi abuelo-padrino Antonio, por abrirme el camino del Derecho y enseñarme el de la Justicia.

A mi ahijado

A mis hermanos con la esperanza de que algún día entiendan

A mis tíos-padres-abuelos, Manolo y Paqui, qué importantes habéis sido.

A mis amigas-hermanas Rosalía y Rocío, siempre a mi lado

A Yolanda y sus amigas, por mostrarme una visión diferente de la vida

A Mar por iniciarme en el camino

A Estrella y María por ser mi tabla con la que salí a flote

A Micaela por tanto y tanto

A mi madre de por vida

A mi padre, siempre que le pedí ayuda encontré un SÍ y un AHORA

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
ART.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CFR.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
COOR.	Coordinador
CP	Código Penal
Dir.	Director
ED	Editorial/Edición
IBID	Ibidem: en el mismo lugar
JF	Juzgado de Familia
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MC	Medida Cautelar
NNUU	Naciones Unidas
OMS	Organización Mundial de la Salud

ONG	Organización no gubernamental
OP	Orden de Protección
OP. CIT.	Obra citada
OEP	Orden Europea de Protección
P	Página
PEF	Punto de Encuentro Familiar
PP	Páginas
REC	Recurso
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
S.A.P.	Síndrome de Alienación Parental
SS	Siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SSTEDH	Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
SSTSJ	Sentencias Tribunal Superior de Justicia
T	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund (Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, en castellano).
VID.	Véase
VOL	Volumen

INTRODUCCIÓN

La violencia de género es considerada por Naciones Unidas la principal causa de muerte en todo el mundo de las mujeres entre 15 y 44 años. Las hijas e hijos de mujeres víctimas de violencia de género sufren una doble victimización, al haber vivido en un ambiente de violencia permanente dirigida en principio hacia sus madres y en el peor de los casos quedar huérfanos por esta lacra social. La victimización que sufren estas niñas y niños puede llegar a ser triple cuando son testigos de este tipo de violencia. En este sentido, los estudios e investigaciones confirman que la violencia de género es uno de los factores de riesgo más importantes relacionados con la seguridad física y emocional de la infancia y adolescencia, pudiendo llegar incluso a causarles la muerte.

En los casos de violencia de género con resultado de muerte, a las múltiples consecuencias negativas que puede sufrir un menor víctima de violencia de género, se debe añadir las graves secuelas que provoca un hecho traumático como es que la madre resulte víctima mortal por este tipo de violencia o en el mejor de los casos, decida cesar la convivencia con el maltratador, llevando consigo una historia de violencia física y psíquica en compañía, muchas veces, de sus hijos. A pesar de las graves consecuencias que pueden sufrir estos menores, una intervención psicológica en crisis y un buen apoyo por parte de los operadores jurídicos son fundamentales para promover una adecuada gestión emocional y minimizar el desarrollo de trastornos psicológicos y emocionales de mayor envergadura, pero también se hacen necesarias unas medidas jurídicas de protección.

En 2006 el Gobierno español hizo un reconocimiento público, puso de manifiesto que en España había dos millones de mujeres maltratadas, que el fenómeno era más complejo y que involucraba también a otras personas que sufrían daños y consecuencias muy graves producto de la violencia: las hijas e hijos de las mujeres que viven o han vivido en un entorno donde se es víctima de violencia de género.

Muchos estudios e investigaciones han seguido en esta línea y han demostrado que menores en estos ambientes de violencia saben mucho de lo que han visto, han oído o entendido mucho más de lo que sus progenitores tienen conocimiento, incluso, aunque no vean perciben las consecuencias del maltrato ya sea en el hogar o en su madre; no es

necesario que hayan presenciado un episodio violento para ser afectados. El daño existe, independientemente de la edad, y en la mayoría de los casos es grave.

Estos menores ante el cese de la convivencia de la pareja no dejan de sufrir puesto que, en la mayoría de los casos, empiezan un régimen de visitas con el padre, situación que los expone, en ocasiones, a posibles nuevos riesgos de exposición a un nuevo tipo de violencia hacia ellos o encaminada hacia la madre a través de ellos. A esto hay que sumar las secuelas psicológicas tras la situación vivida (estrés postraumático, trastornos del sueño, del aprendizaje, de la alimentación, desconfianza en las relaciones interpersonales), cambio de roles en la vida de estos niños, madurando repentinamente en su afán de proteger a la madre y el problema de la violencia transgeneracional, donde casi la mitad de los menores que han sufrido este tipo de violencia repetirán conductas que han visto en sus padres.

En 2015 se suceden una serie de reformas, en cumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución Española y ante todas las demandas de cambios sustantivos jurídico-procesales en el sistema de protección de menores: la Ley 8/2015, de 22 de julio, Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal y que modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Pero estas reformas tendrán un valor puramente simbólico, de escasa rentabilidad práctica, como lo demuestra el hecho de no haber aumentado prácticamente las medidas de protección a los menores en estos supuestos en los casi dos años transcurridos desde la entrada en vigor de dichas reformas.

Quizás la solución no esté en unas reformas con medidas que facultan y de gran elasticidad y que de poco sirven sin una previa formación especializada real de los operadores jurídicos, que enseñe a detectar los numerosos matices de este tipo de violencia.

OBJETIVOS

El objetivo principal de esta tesis es relacionar la violencia de género con las hijas e hijos menores, una vez que se ha formulado la denuncia; en qué medida se les consideran víctimas de la situación violenta que ejerce el maltratador sobre la madre y cómo se les protege ante tal riesgo.

Pero también me propongo poner de manifiesto las carencias y divergencias entre la práctica judicial y el espíritu de los legisladores en materia de violencia de género, con especial atención a las víctimas, incluidos los menores hijos de las mujeres que han sufrido este tipo de violencia. Sobre todo a la vista de los datos estadísticos, la resoluciones judiciales estudiadas y las opiniones de los profesionales del derecho, psicólogos, trabajadores sociales, forenses, en definitiva, de todos los operadores jurídicos.

Se tratará también de acreditar que la falta de formación integral y específica en materia de violencia de género perpetúa la existencia de falsos mitos que trascienden a lo largo de todo el proceso penal y en las resoluciones dictadas con consecuencias muy negativas para las víctimas.

Se tratará de acreditar que, pese a que se han reconocido en las últimas reformas normativas a los menores como víctimas de violencia de género al vivir en un ambiente con violencia, precisamente causada por la persona de la que se espera cariño y protección, la puesta en vigencia de estas normas no ha modificado la estadística en cuanto a la aplicación, por parte de jueces y tribunales, de las medidas de protección o cautelares y las penas que recoge nuestra legislación en esta materia. Por consiguiente se podría decir que de poco sirve un reconocimiento legal y una modificación normativa de semejante envergadura si después no se ve aplicada en resoluciones judiciales.

La falta de formación integral y específica en materia de violencia de género y una normativa que deja a la interpretación del juzgador la posibilidad de su aplicación al caso concreto que por ella ha de regirse, se presentarán como las dos principales causas de esta significativa inoperatividad de las normas que regulan el tratamiento del menor como

víctima directa en los delitos de violencia de género y en especial las penas y medidas referentes a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas, estancias, relación o comunicación de los menores con su progenitor.

Por lo tanto, hay un objetivo general en la elaboración de esta tesis que es el de estudiar y analizar la repercusión en los menores de la violencia de género vivida en el ambiente familiar y la aplicación de la normativa referente a su protección del agresor maltratador.

El objetivo específico es la demostración de la resistencia a aplicar esta normativa, en particular referente a penas y medidas civiles de protección en el interés superior del menor, pese a las reformas legislativas, a través de un análisis legislativo y jurisprudencial

HIPÓTESIS DE TRABAJO

La investigación parte de la constatación, a través de los informes anuales y las estadísticas trimestrales publicadas por el Consejo General de Poder Judicial, de la disparidad de criterios en la aplicación de la normativa en materia de violencia de género y sobre todo de inaplicación cuando se trata de normas elaboradas con la finalidad de proteger a los menores como víctimas de estos delitos.

Se va a partir de la cuestión, ¿la normativa actual española es la adecuada para proteger a las mujeres víctimas de violencia de género y a las hijas e hijos de aquéllas?, ¿se está aplicando acertadamente esta normativa vigente?

Partiendo del reconocimiento de la existencia de disfunciones en la aplicación de la norma en esta materia como hipótesis general, también se estudiarán como subhipótesis:

- a) La posible falta de formación en materia específica de violencia de género de los distintos operadores jurídicos, como elemento de resistencia a la aplicación real y efectiva de la normativa existente.
- b) Añadir a esta falta de formación la minimización y ocultación del hecho de la violencia de género, en los menores víctimas de violencia de género, la posibles existencia de prejuicios y estereotipos en el imaginario de los operadores jurídicos, como posibles causas de los criterios divergentes en los informes, autos, sentencias y demás decisiones judiciales.
- c) La elasticidad de las normas objeto de este estudio, que deja a la discrecionalidad del juzgador su imposición unido a lo anteriormente señalado como fundamento de la aplicación de las penas y medidas de protección al menor como una excepción y en casos se extrema gravedad.
- d) La falta de sensibilización y de especialización como causa de la resistencia a la aplicación de la norma para proteger a los hijos e hijas de la víctimas de violencia de género atendiendo a éstos como una víctimas más junto a su madre.

METODOLOGÍA

El ámbito elegido es el jurídico y dentro del mismo el proceso penal y en concreto las penas y medidas civiles, en los supuestos de violencia de género, que afectan directamente a los menores hijos de las víctimas de estos delitos.

Con este criterio, se han elegido las normas aplicables al objeto de análisis así como jurisprudencia y bibliografía relacionada.

La metodología jurídica combina el análisis de textos legales vigentes en el ordenamiento jurídico español, el análisis de la jurisprudencia más relevante en lo concerniente a la materia que regula dicha legislación y los resultados de los datos y estadísticas publicadas por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial.

Pero esta materia, debido a su complejidad, necesita ser estudiada con un enfoque multidisciplinar, porque este tipo de violencia se manifiesta de forma física, psicológica o emocional, social, siendo materia de estudio de disciplinas como la medicina, la psicología, el trabajo social, la sociología, o el derecho.

El objetivo final de este análisis será el estudio de la disfunción existente entre la normativa vigente y su aplicación en las distintas resoluciones judiciales.

Detectar que aunque los estudios e investigaciones en el campo de la salud y la psicología, las demandas sociales a través del Defensor del Pueblo y diferentes organismos y ONGs y la misma realidad social han conseguido sensibilizar al legislador, esto no ha ocurrido así con los operadores jurídicos que se resisten a aplicar la normativa vigente salvo en casos excepcionales y de gran gravedad sin que en ningún momento el legislador mostrara en el espíritu de la norma que ese era su fin.

La metodología jurídica ha sido cuantitativa en cuanto se han recogido los datos y estadísticas publicados por el Consejo general del Poder Judicial desde 2005 hasta 2016 que nos llevan a estudiar la disparidad de ~~datos~~ en cuanto a la aplicación de penas y medidas civiles de protección a menores en los supuestos de violencia de género. A su

vez se ha utilizado la metodología cualitativa para conocer la fundamentación, a través de las resoluciones judiciales, de la aplicación o inaplicación de la norma en este ámbito, es decir la práctica judicial.

ESTRUCTURA DE LA TESIS

La presente tesis va precedida de los agradecimientos, listado de abreviaturas y una introducción en la que se relaciona el objeto de la presente investigación, las hipótesis de trabajo, la metodología empleada y la estructura de la investigación realizada.

El cuerpo de la tesis lo forman tres partes bien diferenciadas. La Primera parte consta del Capítulo Primero que define los conceptos de violencia doméstica y de género, el Capítulo Segundo que hace un recorrido por la normativa internacional y nacional que regula este tipo de violencia y los efectos en las víctimas, desde las primeras normas que regulaban la protección contra la violencia intrafamiliar hasta nuestros días, con las últimas reformas sufridas, así como qué órganos serán competentes para el conocimiento de los asuntos materia de este estudio. Se hace un recorrido desde la presentación de la denuncia hasta la resolución judicial firme, con especial atención en la normativa recientemente incorporada en 2015. Un Tercer Capítulo aborda el fenómeno de la violencia de género y sus consecuencias en las hijas e hijos de la víctima, entendiendo a éstos como víctimas directas de violencia de género y en el que se muestran y analizan los dos principales problemas de este estudio: la violencia de género y, derivado de ésta, el maltrato a menores, tratándose temas como la resiliencia, la trasmisión de generación en generación de los comportamientos violentos, el ciclo de la violencia, en resumen, mostrar las investigaciones realizadas que hacen visibilizar este tipo de maltrato en la infancia y adolescencia y sus consecuencias.

La Segunda Parte aborda la problemática del menor víctima de violencia de género tras el cese de la convivencia de sus progenitores, respuesta del ordenamiento jurídico español y práctica judicial en los delitos de violencia de género, con especial incidencia en las medidas de privación y suspensión de la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas. Afronta el estudio de las medidas de protección a los menores víctimas de violencia de género y las penas privativas de derechos que afectan directamente a éstos en sus relaciones con el progenitor agresor, tras hacer un recorrido por las nuevas reformas del Código Civil en materia filio-parental (la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas), mencionando brevemente el Derecho Foral Civil de las

Comunidades Autónomas que dispongan del mismo y demás legislación autonómica, así como la aportación de sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, a fin de mostrar una realidad práctica. Por tanto, consta esta Segunda Parte de tres capítulos, tratando el Cuarto Capítulo de esta tesis sobre la Patria potestad, el Quinto Capítulo sobre la Guarda y Custodia y el Sexto sobre el Régimen de visitas.

En esta Segunda Parte se analiza la Jurisprudencia y la práctica judicial de los diferentes operadores jurídicos en la aplicación de la normativa descrita, haciendo hincapié en la importancia de la valoración del riesgo, el claro retroceso en la concesión de órdenes de protección, la escasísima concesión de medidas de protección a menores víctimas de violencia de género y la excepcionalidad como característica principal de las sentencias en las que se aplican las penas relativas a privar o limitar la patria potestad, guarda y custodia o régimen de visitas, así como la disparidad existente por órganos judiciales en su aplicación

La Tercera Parte de esta tesis alude, en un Capítulo Séptimo, a la necesidad de formación y especialización de los distintos operadores jurídicos en materia de violencia de género, así como la relación existente entre la posible falta de formación específica, la subsistencia de prejuicios y estereotipos y la resistencia a una aplicación integral del espíritu de la ley en el ámbito objeto de análisis.

Le siguen a estos siete capítulos las principales conclusiones obtenidas, análisis de los resultados fruto de la elaboración de esta tesis, la bibliografía, las fuentes normativas y jurisprudenciales utilizadas para su elaboración y el listado de tablas y gráficos que incluye.

MOTIVACIÓN

A medida que he ido avanzando en el estudio del derecho me encontraba más motivada sobre la investigación en materia de los derechos de las mujeres a lo largo de la historia, sobre todo, al realizar los cursos de doctorado y paralelamente en los distintos casos encontrados en el ejercicio de la profesión de letrada.

Sin embargo, sin dejar esa motivación, sino precisamente como consecuencia de ese estudio, en los últimos años mi interés se ha inclinado por el análisis de las diferentes situaciones en las que se encontraban los menores a partir del momento en que la madre toma la difícilísima decisión de denunciar a su pareja por unos hechos de violencia de género.

Tanto a nivel social como mediático se han tratado casos de gran repercusión por su crudeza y frialdad, como la primera vez que se visibilizó a un menor asesinado por su progenitor con el objetivo de hacer daño a su madre, a sabiendas que ese es el mayor dolor que se puede infligir a una madre. La menor de siete años, primera muerte de un menor contabilizada como víctima de violencia de género, fue asesinada en 2003 a manos de su padre maltratador.

Por desgracia, siguieron casos de más de cincuenta niños asesinados con el mismo fin que se hayan contabilizado, como el caso de los hijos de Bretón, progenitor que calcinó a sus hijos de seis y dos años de edad en 2011 o el caso de un hombre que se suicidó al arrojararse por la ventana del Hospital de La Paz en Madrid, en febrero de 2017, asesinando a su hija de un año al lanzarse con ella en brazos tras discutir con su madre y casos de niños que, bien por no poder demostrar los episodios vividos con su progenitor, bien por ser estos comportamientos relativizados por los diferentes operadores judiciales, no trascienden y no son causa de la especial protección que la norma debería recoger y los juzgadores habrían de aplicar.

El ejercicio de la abogacía y los estudios e investigaciones que he podido examinar, unidos al conocimiento de casos cercanos, me ha hecho constatar que un maltratador no

es buen padre; que los niños, con mucha frecuencia, son utilizados como la manera de seguir ejerciendo violencia sobre la mujer maltratada a través de ellos, aprovechando el derecho de visitas y comunicación; que a su vez fueron víctimas de violencia en el ambiente en que vivieron antes del cese de la convivencia de sus progenitores y a pesar de todo esto en la práctica judicial se sigue desvinculando la violencia de género con los menores, se sigue trivializando el factor riesgo, salvo en casos extremos, fácilmente constatables por su crueldad y trascendencia.

A partir de 2015, se hace eco el legislador de esta demanda y regula una serie de modificaciones normativas en esta materia, siendo la violencia de género hacia la mujer con hijos a cargo y el interés del menor los que parece motivan este cambio. Al menos así se divulgó en los diferentes medios de comunicación.

Sin embargo, los jueces y tribunales se muestran reacios a suspender un régimen de visitas o privar de la patria potestad a un padre, muchas veces con el argumento personal de que “hacerle eso a un padre es muy duro” y disfrazándolo de, como mínimo un dudoso, interés del menor la necesidad de contactos y estancias con el progenitor maltratador, aún en los casos en los que la negativa del menor a tener relación con su progenitor es patente. Pero la situación incluso empeora en algunos supuestos, culpando a la madre de ser mala influencia para los hijos que demandan su protección, siendo acusada de un delito de desobediencia por incumplimiento de una resolución judicial en la que se establece un régimen de visitas, imponiéndole multas coercitivas y apercibiéndole de un posible cambio de custodia.

Así pues, esta tesis va encaminada a hacer visible la situación actual de la práctica judicial en cuanto a la protección de las víctimas de los delitos de violencia de género, tanto las mujeres como, especialmente, sus hijas e hijos.

PRIMERA PARTE

MALOS TRATOS: VIOLENCIA DOMÉSTICA. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS HIJAS E HIJOS DE LA VÍCTIMA.

I. CAPÍTULO PRIMERO. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

1. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA DOMESTICA

2. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

I CAPÍTULO PRIMERO. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Partiendo del concepto de violencia como los malos tratos o agresiones físicas, los malos tratos psicológicos, emocionales o sexuales, el someter a la víctima a actos de intimidación o de deterioro paulatino de su autoestima, así como toda forma de ejercer poder y control¹, se hace necesario diferenciar entre maltrato físico y maltrato psíquico o emocional. La Organización Mundial de la Salud, a través del Informe mundial sobre la violencia y la salud de 2016 recordaba que esta Organización define la violencia como: “El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo,

¹ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2005. nº 15; CORSI, J. “La violencia en el contexto familiar como problema social”. En J. CORSI. *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Paidós. 2003; CUADRADO RUIZ / REQUEJO CONDE, “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2000, p. 1560-1566; MAQUEDA ABREU, M. L. “¿Es la estrategia penal una solución a las violencias contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007; MAQUEDA ABREU, M. L. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Boletín de Información y Análisis Jurídico*. nº 21. 2006; MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en: QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 1525; MAYORDOMO RODRIGO, V. *Violencia contra la mujer: un estudio de Derecho Comparado*, Madrid, 2005; MONTALBÁN HUERTAS, I. “Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional”. Madrid: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. 2004; MONTALBÁN HUERTAS, I. “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”. *Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación*, nº 12. 2007.

contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”²

Por violencia física se entiende todo acto que tiene la intención o se percibe como intención de causar dolor físico o de herir a otra persona con el objeto de doblegarla. Se refiere a cualquier lesión infligida (hematomas, quemaduras, fracturas, lesiones, intoxicación), que no es accidental y que provoca un daño físico o enfermedad³

La violencia psicológica o emocional es una forma de maltrato que se presenta bajo las formas de hostilidad verbal, si bien también aparece en la forma de constante bloqueo de las iniciativas y de la autorrealización personal, con resultado de provocación de trastornos psicológicos en la víctima que sufre dichas acciones⁴. El grado de visibilidad del daño que deja este tipo de violencia es mínimo. Ataca el orgullo, la dignidad, la autoestima y es prácticamente imposible detectarla a simple vista. Pero los estragos que ocasiona en la autoestima e identidad personal son inmensos. El constante maltrato va minando la personalidad de la víctima que llega a creerse merecedora de los malos tratos.⁵

² Organización Mundial de la Salud. Informe Mundial sobre la violencia y la salud, 2016. Publicado en español por la Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud. Capítulo 1. p. 4. En referencia al WHO Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1996 (documento WHO/EHA/SPI.POA: URL:[http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/] http://www1.paho.org/Spanish/AM/PUB/capitulo_1.pdf

³ GARCÍA ÁLVAREZ, C., LÓPEZ CASTRO, R. CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, A. *Violencia doméstica, aspectos médico-legales*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Universidad de Valladolid. 2006.

⁴ LIPSKY, S. / CAETANO, R. atribuyen al impacto psicológico igual o mayor daño que al provocado por las agresiones físicas. *Impact of intimate partner violence on unmet need for mental health care*. 2007. pp. 822 y ss.

⁵ En este sentido se pronuncia la STS 1770/2007, de 31 de enero: “La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el Código Penal configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173CP como el art. 177 CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos. Resulta pues obligado delimitar el concepto penal de integridad moral que, evidentemente, no cabe confundir con el derecho fundamental a la misma”.

En este tipo de violencia se incluyen todas las situaciones que desembocan en insultos, burlas, desprecio, críticas o amenazas de abandono, humillaciones, desvalorizaciones, críticas exageradas, tanto en la intimidad como en público, lenguaje con tonos despectivos y humillantes, insultos, amenazas, inculpaciones, aislamiento familiar y social, control del dinero y de la toma de decisiones.

También existe otro tipo de violencia, la sexual, que podría definirse como todo acto sexual no deseado, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción con el uso de fuerza física, la tentativa de obtener sexo bajo coacción, el acoso sexual incluyendo la humillación sexual, la cohabitación forzada, el matrimonio forzoso, la mutilación genital, la prostitución obligada y en definitiva los actos de violencia que afecten a la integridad sexual de las mujeres.

En España, tanto la jurisprudencia como la doctrina han ido elaborando una prolija relación de los aspectos que la caracterizan.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido elaborando el concepto de violencia, principalmente a partir de una serie de delitos: los delitos de coacciones, los delitos de robo, los delitos de malos tratos, y finalmente, los delitos contra la libertad sexual⁶

El interés de esta investigación se centra en un tipo de violencia que, por sus características específicas, se encuadra en el ámbito familiar, por lo que habrá que diferenciar entre los dos términos que definen la violencia intrafamiliar: la violencia doméstica y la violencia de género.

⁶ MORILLAS CUEVA, L., “Violencia de género versus violencia doméstica. Un reflexión a propósito de la Ley Integral”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (Coord.) *La ley integral. Un estudio multidisciplinar*. Madrid: Dykinson. 2009. pp. 20 y ss.

1. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA DOMESTICA.

La Organización Mundial de la Salud define la violencia doméstica como “Los malos tratos o agresiones físicas, psicológicas, sexuales o de otra índole, infligidas por personas del medio familiar y dirigida generalmente a los miembros más vulnerables de la misma: niños, mujeres y ancianos”.⁷

El Consejo de Europa la define como “Toda acción u omisión cometida en el seno familiar¹¹ por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica o incluso la libertad de otro de los miembros de la familia, y que causa un serio daño al propio desarrollo de su personalidad”.

El Convenio de Estambul, en el seno del Consejo de Europa, celebrado el 11 de mayo del 2011, brinda en su artículo 3, una definición de violencia, que se considera muy relevante. Define en la letra b) la violencia doméstica como “todo acto de violencia física, sexual, psicológica o económica que ocurren dentro de la familia o unidad doméstica o entre los anteriores o actuales cónyuges si el autor comparte o ha compartido el mismo domicilio con la víctima”.⁸

El origen de la violencia doméstica es complejo, tiene su causa en condiciones sociales, relaciones conyugales, conflictos familiares y los aspectos personales como la propia personalidad. La violencia ha sido y es utilizada como un instrumento de poder y dominio del fuerte frente al débil, del adulto frente al niño, del hombre frente a la mujer a través de los tiempos. Este tipo de violencia deriva así en graves riesgos para la salud de las víctimas, en los planos físico y psicológico, y el resultado emocional que genera esta

⁷ *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Capítulo 1. p. 5. En referencia al WHO Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1996, puede consultarse en: (documento WHO/EHA/SPI.POA: URL:[http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/] http://www1.paho.org/Spanish/AM/PUB/capitulo_1.pdf)

⁸ *Convenio de Estambul*. Consejo de Europa, 11 de mayo de 2011. (Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence). Ratificado por España el 18 de mayo de 2014, publicado en BOE el 6 de junio de 2014, entrando en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014.

situación va a considerarse, sin ninguna duda, un factor de desequilibrio para la salud mental, tanto de las víctimas como de los que con ellas conviven.

La violencia doméstica está presente de forma alarmante en las sociedades contemporáneas. El fenómeno es extremadamente complejo, poseyendo dimensiones estructurales y funcionales⁹.

La violencia en el ámbito intrafamiliar comprende:

La violencia física o cualquier acción no accidental que provoque o pueda provocar daño físico, enfermedad o riesgo de padecerla.

La violencia psíquica o los actos, conductas o incluso la exposición a determinadas situaciones que agredan o puedan agredir, alteren o puedan alterar el contexto afectivo necesario para el desarrollo psicológico normal, tales como rechazo, insultos, amenazas, humillaciones, o cualquier forma de aislamiento.

La violencia sexual, considerada como toda actividad dirigida a la ejecución de actos sexuales en contra de la voluntad, dolorosos o humillantes o abusando del poder o autoridad, con engaño o por desconocimiento en el caso de los menores¹⁰.

La violencia económica que tiene su origen en la desigualdad en el acceso a los recursos económicos que deben ser compartidos, al derecho de propiedad, a la educación y a un

⁹ Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas. *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington: OMS. 2002.

URL: www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf.

Así también se ha manifestado la doctrina vid. Supra n. 1

¹⁰ “La mayoría de las ocasiones la agresión sexual constituye un *episodio más* de los muchos que vienen a sumarse a ese interminable elenco de actos violentos anteriores, concomitantes o posteriores a su perpetración, pero no menos vejatorios ni degradantes para ella, que integran en su conjunto ese deleznable comportamiento al que, genéricamente considerado, se ha dado en llamar *malos tratos habituales en el ámbito doméstico o familiar*, infracción regulada en los artículos 153 DEL Código Penal”. CARMONA SALGADO, C. “La violación como episodio concreto del maltrato doméstico a la luz de la jurisprudencia más reciente”. En *Estudios penales sobre violencia doméstica*. SUAREZ LOPEZ, M.J.; GARCÍA VITORIA, A.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. CARMONA SALGADO, C.; MORILLAS FERNÁNDEZ, D.; OTROS . 2006

puesto de trabajo. Existirá violencia económica cuando uno de los miembros de la familia emplee el poder económico para provocar daño a otro.

Los lazos afectivos que unen a estos miembros hacen que las agresiones en el contexto familiar generen una serie de dinámicas muy diferentes a las agresiones que puedan acontecer en otros grupos sociales. Son actos de violencia familiar, la negligencia en el cuidado de menores, el abuso físico, sexual y psicológico a menores, las disputas, peleas, agresiones entre los miembros así como el maltrato a los ancianos.

Es, por lo tanto, un proceso en el cual intervienen factores individuales, familiares y socioculturales, y cada uno de ellos constituye un factor de riesgo que puede dar cabida a la violencia en la relación de pareja o familiar¹¹. Estos factores son de diferente índole: biológicos, psicológicos y sociales que pueden predisponer, precipitar e impulsar a una persona a incurrir en violencia o un comportamiento aprendido y transmitido de generación en generación, siendo éste último un tipo de violencia repetitivo que se agrava con el tiempo¹².

La violencia familiar afecta a la intimidad de las personas y al mundo privado de las relaciones familiares¹³. Cuando ha sucedido un hecho de estas características, el efecto sobre la víctima y quienes intentan solucionarlo puede ser en extremo complicado, debido a los tabúes y sanciones sociales que existen sobre la situación en que una persona haya sufrido maltrato por parte de sus propios familiares. Eso hace difícil incluso que la propia víctima o sus familiares confiesen el hecho, y lleva así mismo a situaciones complicadas entre los trabajadores sociales y los profesionales que traten el caso, a los que se les van a presentar problemas éticos ante la posibilidad de actuar para remediar la situación.

Para que exista violencia doméstica a los efectos penales debe concurrir:

¹¹ HERRERO HERREO, C. *Criminología parte general y especial*. 3ª. Edición, aumentada y actualizada. Madrid, 2007 Dykinson.

¹² JIMÉNEZ SOLIS, A. (y cols). *Implantación del programa de violencia doméstica*. Episteme nº 12 Año 3, octubre 2007 - 2008. p. 2.

¹³ GUERRINI, R. *I maltrattamenti al di fuori della famiglia. Art. 572 c.p. e nuove emergenze di tutela*. Siena, 2010

- a) Violencia física, psíquica o psicológica que produzca un agravio en la vida, integridad física o moral, en la libertad, en la libertad sexual, en la capacidad de decisión y/o en la tranquilidad de la víctima, según hemos visto. La Dogmática considera de forma unánime que el término violencia se refiere tanto a violencia física como psicológica, considerándose igualmente tanto las lesiones físicas como las psicológicas¹⁴.
- b) Que la víctima sea en referencia al autor, miembro de su mismo núcleo familiar, es decir, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o adopción, menor o incapaz que conviva con el autor o sea éste el sujeto que ejerza su potestad o el cónyuge, siempre que no sea susceptible de convertirse en víctima de la violencia de género.

2. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

La violencia doméstica con frecuencia se confunde con la violencia de género, pero ésta última tiene unas características propias. Gran parte de los juristas entiende que la segunda nació de la genérica violencia doméstica, una apunta a la mujer y otra a la familia como sujeto de referencia.¹⁵

La expresión violencia de género legalmente en España se constata que nace con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁶. Hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentra ninguna

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial.*, Valencia: Tirant lo Blanch, 20º ed. 2015.

¹⁵ Cfr. FARALDO CABANA, P. “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F., (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008; MAQUEDA ABREU, M. L. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Boletín de Información y Análisis Jurídico*. nº 21. 2006. p. 5.; MONTALBÁN HUERTAS, I. “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”. *Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación*, nº 12. 2007 MORENO, J. M. *Maltrato Infantil*. Madrid: Editorial EOS. 2002. MORILLAS CUEVA, L., “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (Coord.) *La ley integral. Un estudio multidisciplinar*. Madrid: Dykinson. 2009. pp. 20 y ss. MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y de género en la Ley Orgánica 1/2004”. En *Estudios sobre la tutela penal en violencia de género*, coord., por Núñez Castro, E. Editorial Tirant, 2010, p. 30 y 31.

¹⁶ Ley Orgánica 1/2004 presenta la característica de elevar, en la mayoría de los casos, al grado de delito aquellas conductas que, en circunstancias normales, serían constitutivas de falta. FARALDA CABANA, P.

alusión explícita a este tipo de violencia en los textos internacionales, salvo su consideración esporádica como una de las formas de discriminación hacia la mujer proscritas por la Convención de Naciones Unidas de 1979.

En el plano internacional, comienza a generalizarse su empleo, a partir de los años noventa, gracias a actuaciones como la de la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos que tuvo lugar en Viena en 1993, en ese mismo año, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 1994 y la Conferencia Mundial de Mujeres, celebrada en Beijing en 1995. En cuanto al empleo tardío del término, Durán Febrer lo achaca a que tradicionalmente se asumía incluido en el concepto igualdad de género que ya incluía la mayoría de los textos internacionales.¹⁷

Antes de la existencia de esta Ley, las sentencias del Tribunal Supremo que analizaban casos que trataban dicho tipo de violencia, optaban por reconducirlas al Art. 153 CP, ubicado según se analizará después en el Título de los delitos de lesiones¹⁸, si bien algunas de esas sentencias ya comenzaban a tomar consciencia de la especificidad de esta conducta y los diferentes matices que posee el concreto bien jurídico protegido. La STS 5178/2000, de 24 de junio consideraba, al aplicar el Art. 153 a este delito, “un plus distinto de los concretos actos de agresión. El bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar contra valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes y en el derecho a la seguridad, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos”, prosigue dicha sentencia “la norma recogida en el artículo 153 se crea con la

“Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, MUÑOZ CONDE, F., (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. pp. 741 y ss.

¹⁷ DURÁN FEBRER, M. “Análisis Jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. *Revista Artículo 14*. nº 17. Instituto de la Mujer. 2004. pp. 4 y 5.

¹⁸ Cfr. CUADRADO RUIZ, M^a Á., “Las lesiones” en ZULGADÍA ESPINAR, J, M y MARÍN DE ESPINOSA, E, (dir) *Derecho Penal Parte Especial*, 3^a Ed. Valencia 2010.

finalidad de proteger a las personas más débiles físicamente frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno”.

Ley Orgánica 11/2003, haciéndose eco de tal discusión de la doctrina jurídica sobre la diferencia entre la violencia doméstica y la violencia contra la mujer al entender que se trataban de dos bienes jurídicos protegidos de diferente índole, redacta el Art. 173 en sus números 2 y 3, trasladando aquí los contenidos del Art. 153, lo cual supone un cambio en el propio concepto y en la definición del bien jurídico a proteger, ampliándose el número de sujetos pasivos, de una forma más acorde con la realidad.

La comisión de este tipo de delincuencia, no en una simple debilidad física, sino en los diferentes roles sociales que tradicionalmente se han asignado a varones y mujeres. Para Acale Sánchez: “Mientras la violencia ejercida sobre la mujer es cualquier clase de violencia cometida por cualquier persona, con la expresión “violencia de género” se quiere hacer referencia a aquella clase de violencia que reciben los distintos géneros por su pertenencia al mismo y por el papel que tradicionalmente cada uno de ellos viene desempeñando. En particular, la violencia contra la mujer por razón de género es una expresión con la que se hace referencia a aquella clase de violencia en la que la mujer es sometida a actos de violencia por su propia condición de mujer y por el papel que tradicionalmente se le ha otorgado socialmente¹⁹, como esposa, madre, hija, trabajadora, etc.”²⁰. No hay que olvidar que hasta momentos relativamente recientes la violencia entre cónyuges ha tenido cierta aceptación social, considerándose que era legítimo en ciertos casos que uno pudiera tratar violentamente al otro.²¹

Volviendo a la definición de violencia de género, el art. 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de las Naciones Unidas define la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino

¹⁹ MEDINA ARIZA, J.J. *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002

²⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular... *op. cit.*, p. 14.

²¹ LORENTE ACOSTA, M., *Mi marido me pega lo normal*. Barcelona: Planeta. 2003.

que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, incluyendo las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada”.

Para la mayor parte de la doctrina, violencia de género significa cualquier actuación violenta sufrida por una mujer por su pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un menoscabo físico, sexual o psicológico, abarcando desde las lesiones a las amenazas; desde las coacciones hasta la privación de libertad, las agresiones a su libertad sexual, el trato degradante, tanto en la esfera pública como en la privada, pudiendo llegar hasta el homicidio o el asesinato²².

En la Declaración de Beijing, organizada por la ONU (IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Reunida en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995), se recogió que “la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana especialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias...”.²³

La Constitución española, en el artículo 14 otorga la igualdad plena entre el hombre y la mujer²⁴, no ha sido hasta tiempos muy posteriores cuando varias normas jurídicas han llegado a aceptarla; hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1/1998, de 22 de febrero, la mujer no podía acceder a formar parte de las Fuerzas Armadas; hasta la entrada en vigor de la Ley 17/1999, de 18 de mayo no se incorpora tal principio de igualdad, de manera plena, a las mismas Fuerzas Armadas, al pasar a formar parte del Régimen General de las Fuerza Armadas.

²² AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE i MESTRE, R. “Violencia sobre las mujeres. Discriminación, subordinación y derecho”. En BOIX REIG, J. / MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords.) *La nueva Ley contra la violencia de género*. Madrid: Iustel. 2005. pp. 15 y 16.

²³ URL:<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf> Vid. CUADRADO RUIZ, M^a Á., “Violence against women. Forced marriages” en VII IFCCCLGE, Paper Collection, Beijing, 2015.

²⁴ “Los españoles son iguales antes la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna...”.

No todo acto de violencia de un hombre sobre una mujer es violencia de género²⁵.

Para que un delito sea considerado de violencia de género deberá concurrir:

- a) Violencia física, psíquica o psicológica, que produzca un agravio en la vida, integridad física o moral, en la libertad, en la libertad sexual, en la capacidad de decisión o en la tranquilidad de la víctima.
- b) Que la víctima sea respecto al autor del delito, esposa, ex esposa, pareja, ex pareja (aun sin haber existido convivencia) o que se encuentre inmersa en cualquier otra análoga relación de afectividad (según se recoge en la Art. 1.1, de la Ley Orgánica 1/2004), entendiéndose por ésta la relación dotada de una cierta duración y vocación de permanencia, que traspase lo meramente episódico y la simple amistad, quedando igualmente excluidos encuentros amistosos o meramente esporádicos aún de contenido sexual.²⁶
- c) Que esa violencia física/psíquica o psicológica exprese discriminación de la mujer, desigualdad o relación de poder, en éste caso, del hombre sobre la mujer (Ley Orgánica 1/2004, art. 1, apdo. 3).

²⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., «El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género», en P. FARALDO CABANA (dir.), *Política criminal y reformas penales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

²⁶ SAP Barcelona 14779/2012, de 6 de noviembre

II. CAPÍTULO SEGUNDO. MARCO NORMATIVO

1. LEGISLACIÓN EUROPEA
2. RESPUESTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO
3. EVOLUCIÓN NORMATIVA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA
 - 3.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA
 - 3.2 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO
 - 3.2.1 REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN NORMATIVA SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO
 - 3.2.2 LA ORDEN DE PROTECCIÓN
 - 3.2.3 LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO
 - 3.2.3.1 AMBITO PENAL
 - 3.2.3.2 AMBITO JUDICIAL
 - A) Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer
 - B) Competencias en materia civil
 - C) Medidas judiciales para la salvaguarda de la protección y la seguridad de las víctimas
4. REFORMAS EN EL ÁMBITO PENAL Y PROCESAL PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO
 - 4.1. REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, de 30 de MARZO
 - 4.1.1. Referencia a la circunstancia agravante de género del art 24.4 del CP, incorporada tras la reforma de la L.O. 1/2015.
 - 4.1.2. Referencia a las Competencias para los Juzgados de violencia sobre la Mujer.
 - 4.2. REFORMAS DE LA LEY 4/2015, de 27 de abril, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.
 - 4.3. REFORMAS DE LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA
 - 4.4. REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL
 - 4.5. COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER
 - 4.6. LA ORDEN DE PROTECCIÓN

5. LEGISLACIÓN EN MATERIA CIVIL

6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS PENALES Y CIVILES

6.1. PENAS PRIVATIVAS DE LA PATRIA POTESTAD Y PENA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

6.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE CARÁCTER CIVIL. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

II. CAPÍTULO SEGUNDO. MARCO NORMATIVO

En el Capítulo Primero se ha establecido la diferencia entre violencia doméstica y de género y en este Capítulo II se hace un recorrido desde el origen de la normativa, en materia de violencia de género en nuestro país, en la normativa internacional y en la de nuestro país hasta la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como lo regulado en nuestro ordenamiento jurídico en materia de violencia doméstica, en concreto la que afecta a los menores.

En el presente capítulo se expondrá el marco normativo presente en el ordenamiento jurídico español, sobre todo con las últimas reformas operadas consecuencia de la ratificación por el Estado español del Convenio de Estambul

1. LEGISLACIÓN EUROPEA

La Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas señala en relación a la “Protección contra toda forma de violencia” que: “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras que el niño se encuentre

bajo la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquiera otra persona que le tenga a su cargo”. (Art. 19).

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha expresado frecuentemente su preocupación por el alcance de las distintas formas de violencia contra los niños y las niñas, incluido el abuso sexual, habiendo formulado en 2011 la Observación general Núm. 13 sobre el “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”. En esta Observación se incide en una serie de elementos a incorporar a los marcos nacionales de coordinación entre los que figuran, de manera especial, el papel central de la familia en las estrategias de cuidado y protección de los niños y la dimensión de género en la violencia contra los niños, así como el abuso y la explotación sexual. En 2013, viene a completar la anterior, en la materia objeto de estudio, la Observación del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas n° 14 sobre el “Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial

La Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social (ECOSOC), en su punto n° 14 sobre “Pautas de Justicia en causas relativas a los niños víctimas y testigos de delitos”, exige que la intervención de los menores en estos procedimientos judiciales se realice en un ambiente adecuado, que se acomode a las especiales necesidades del niño, conforme a sus habilidades, edad, madurez intelectual y capacidad, debiendo desarrollarse en un lenguaje que el niño utilice y comprenda²⁷.

A la necesidad de dispensar una protección específica a los menores expuestos a tales situaciones se refiere también 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: “las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada...” (Aptdo. 17 Exposición de Motivos). Su art. 22.4 dispone que las víctimas menores de edad tienen necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización

²⁷ Al respecto BELTRÁN MOLTALVO, L. Séptimas Jornadas Nacionales sobre Víctimas del Delito y Derechos Humanos “seguridad pública”. México 2010. Primera edición: marzo, 2010 ISBN: 978-607-7888-30-7, pp 124 -127.

secundaria o reiterada. En función de su evaluación individual, el art. 23 les reconoce, entre otros derechos, que sus declaraciones en los procesos se realicen en dependencias adaptadas a tal fin, por profesionales adecuados, sin contacto visual con el infractor y utilizando la tecnología adecuada para que su presencia no sea necesaria en la sala de vistas. El art. 24 prevé además que “en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales”.

La Carta Europea de los Derechos del Niño (1992), que en su apartado 8.19 establece que “Los Estados miembros deben otorgar protección especial a los niños y niñas víctimas de tortura, malos tratos por parte de los miembros de su familia debe asegurarse la continuación de su educación y el tratamiento adecuado para su reinserción social”.

La Recomendación (85) 4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de marzo de 1985, sobre la violencia dentro de la familia, interesa de los Estados miembros “que prevean las medidas necesarias para que la declaración de los miembros de la familia en los casos de violencia dentro de ésta se realice sin ninguna presión exterior. Sobre todo los menores deberían tener un asesoramiento adecuado”. A su vez, la Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, menciona la necesidad de “crear, desarrollar o apoyar los servicios dirigidos a categorías específicas de víctimas, como los niños”.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul en 2011, en vigor en España desde 1 de agosto de 2014, conocido como el Convenio de Estambul, establece en su artículo 26 la necesidad de proteger y apoyar a los niños testigos²⁸, al instar a que “las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en la oferta de servicios de protección y apoyo a las víctimas, se tengan en cuenta adecuadamente los

²⁸ VENTURA FRANCH, A. “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica” *Revista de Derecho Político*, nº 97, 2016 pp. 179-208

derechos y necesidades de los niños testigos de todas las formas de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio”.

Así pues, la preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales, ratificados en los últimos años por España, y por otras instituciones y organismos internacionales, marcando una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de una mayor protección y protagonismo para el mismo.

Consecuentemente con los mandatos imperantes en nuestra Constitución en normativa internacional y con la tendencia general apuntada, se ha llevado a cabo, en los últimos años, un importante proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores.

2. RESPUESTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como ya se ha expuesto, tras la entrada en vigor de la L.O.1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se han firmado Convenios y se han emitido Directivas en el marco de la Unión Europea que obligan a España a dar respuesta legislativa a diferentes cuestiones que afectan directamente a la violencia sobre la mujer y a los hijos de éstas: el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica o Convenio de Estambul, por el que España se compromete a llevar a cabo las modificaciones que sean necesarias en su ordenamiento jurídico interno a los efectos de la aplicación del Convenio en su totalidad; la Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección, que tiene por objetivo garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado dentro de la UE y 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, por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

En respuesta a la firma del Convenio de Estambul y al cumplimiento de la Directivas de la Unión Europea, en España se han publicado numerosas normas que inciden en la materia objeto de estudio: la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y Ley Orgánica 6/2014 de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima de los Delito, la L.O. 5/2015, de 27 de abril, de reforma de la LECrim y LOPJ en materia de interpretación y traducción en los procesos penales; la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria; la L.O 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la L.O. 8/15, de 22 de julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia .

Como obligación relevante, entre otras, el Convenio de Estambul impone a los Estados parte que adopten medidas para “promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres”.

Por lo tanto, habrá de partir del planteamiento de que todo acto de violencia sobre la mujer por el simple hecho de serlo, se considere injustificable e injusto, erradicando aquellas concepciones estereotipadas que perturben el avance hacia la igualdad y a la erradicación de la más grave de las manifestaciones de discriminación por razón de género.

Se hace referencia a aquellas nociones estereotipadas a las que se refirió el Comité contra todas las Formas de Discriminación de la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW) en la resolución de 18 de julio de 2014 y a las que se refirió también el informe de dicho Comité de 24 de julio de 2015 que contenía las Observaciones a los informes periódicos 7º y 8º de España, en el que se insiste sobre su permanencia en la familia, en la sociedad y en el sistema educativo y en la necesidad de eliminar los que imperen en la actuación judicial. Se requiere al Estado Español para que proporcione y exija formación obligatoria y especializada a los jueces, fiscales, abogados, policía, y demás profesionales implicados

en la lucha contra la violencia sobre la mujer, formación como principio básico para conseguir una respuesta efectiva contra esta lacra social.

La Recomendación General del Comité para la Eliminación de la Discriminación para la mujer nº 19 de 1992 (ONU), ya ponía el énfasis en la motivación sexista y en la característica de la desproporción al definir la violencia de género como “dirigida contra la mujer por el hecho de ser mujer o que afecta a las mujeres de forma desproporcionada”. El concepto se va perfilando y en la Resolución de la Asamblea General de la NACIONES UNIDAS 48/104 del 20 de diciembre de 1993, se define la violencia de género como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.” Tras hacer mención a distintos actos de violencia física, psicológica o emocional, sexual, hace referencia a la violencia institucional, es decir, a la violencia tolerada por el Estado.

A este tipo de violencia, la tolerada por el Estado, también se refiere el Convenio de Estambul²⁹ en el art. 5.1 cuando dispone que “Las Partes se abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra la mujer y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado, se comporten de acuerdo con esta obligación”

²⁹ Convenio de Estambul. Artículo 3 – Definiciones A los efectos del presente Convenio:

- a) por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;
- b) por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;
- c) por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;
- d) por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;
- e) por “víctima” se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;
- f) el término “mujer” incluye a las niñas menores de 18 años.

El mismo Convenio, en el art. 32, define "violencia contra la mujer" como "una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra la mujer que incluye los actos de violencia de género que producen o son susceptibles de producir sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico a las mujeres, incluidas las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en público o en la vida privada" y, a continuación, se refiere a la violencia sobre la mujer por razón de género como "la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada".

Ya en el III Informe Internacional sobre la Violencia contra la mujer del Centro Reina Sofía, en el que se decía que "las mujeres son un grupo de riesgo, no solo en el maltrato familiar sino también en otros contextos como la escuela (acoso escolar), el lugar de trabajo (mobbing y acoso sexual), los conflictos armados (violaciones en tiempos de guerra y en campos de refugiados), la cultura (ciertas prácticas tradicionales en determinadas culturas como la mutilación genital femenina o los matrimonios forzados) y las calles (tráfico ilegal con fines de explotación sexual)". Esa afectación desproporcional lleva a la conclusión que son delitos de violencia sobre la mujer por razones de género los delitos contra la libertad sexual.

Según datos del Ministerio del Interior, en casi la totalidad el agresor es hombre y la víctima mujer: el delito de trata con fines de explotación sexual, en el que más de un 70% de las víctimas son mujeres y el 80% estaban sometidas a explotación sexual (según información de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito); el delito de mutilación genital femenina que, por definición, es un delito que en exclusiva lo sufren las mujeres y el delito de matrimonio forzado, que es definido por la UNODC³⁰ como "toda institución o práctica en virtud de la cual una mujer, sin que le asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas". Todos estos actos son, sin lugar a la duda, actos de violencia de género. La Resolución aprobada el 18 de diciembre de 2014, 69/56 de la Asamblea General de Naciones Unidas recoge que "cada año aproximadamente 15 millones de niñas

³⁰ Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

se casan antes de cumplir los 18 años y que más de 700 millones de mujeres y niñas actualmente vivas se casaron antes de los 18”

A pesar de lo anteriormente expuesto, el legislador español en la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, opta por un concepto sesgado para referir exclusivamente como violencia de género la violencia física, psíquica o sexual 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. Por tanto, el objeto de la L.O. 1/2004 es sólo la violencia que se ejerce sobre la mujer en el ámbito de la pareja o ex pareja.

De este modo, con esta limitación del objeto de la Ley Integral, quedan excluidas del ámbito de protección de esta norma todas aquellas mujeres que son víctimas de violencia de género en otros ámbitos distintos al de aquellas relaciones afectivas y, tras la entrada en vigor del Convenio de Estambul, el legislador español tendrá que enfrentarse a la necesidad de dar una respuesta también multidisciplinar a las demás víctimas de violencia sobre la mujer, pues el Convenio establece, entre otros objetivos, el de concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres sin distinción incluyendo la violencia que aquellas sufren en el ámbito doméstico³¹, estableciendo en su articulado con claridad que se aplicará “a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”.

El Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica o Convenio de Estambul, tiene por finalidad luchar contra todas las formas de violencia sobre las mujeres y niñas incluida la violencia doméstica de que son objeto mayoritariamente las mujeres. En el Preámbulo se reconoce que “las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género”; “que la violencia doméstica afecta a las mujeres de

³¹ ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, M. del P., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P., “Las víctimas invisibles de la violencia de género”. *Revista Clínica de Medicina de Familia* 5, 2012 pp. 30-36

manera desproporcionada y que los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica” y que ” los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia³²”.

El mismo Convenio tiene como objetivos:

- a) proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- b) contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida mediante la autonomía de las mujeres;
- c) concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- d) promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- e) apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;

Además en el mismo artículo, advierte el Convenio que “Para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones por las Partes, el presente Convenio crea un mecanismo de seguimiento específico”.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) tampoco comparte la limitación del objeto de la Ley integral contra la violencia de género española, en las Observaciones a los informes periódicos 7º y 8º de España, constata que la L.O.1/2004 no cubre todas las formas de violencia sobre la mujer fuera del ámbito afectivo y urge al Estado Español a que “Revise la legislación nacional vigente en violencia contra la mujer para incluir otras formas de violencia basadas en el género, por ejemplo, la violencia de los cuidadores, la violencia policial y la violencia en los espacios públicos, lugar de trabajo y escuela”³³

³² En el art. 2 del Convenio de Estambul se recoge como ámbito de aplicación, en su apartado 1: El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.

³³ Naciones Unidas CEDAW/C/ESP/CO/7-8 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España El Comité examinó los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España (CEDAW/C/ESP/7-8) en sus sesiones 1309 y 1310, celebradas el 8 de julio de 2015 (véanse CEDAW/C/SR.1309 y 1310). La

También CEDAW hace una Recomendación al Estado Español en este mismo informe en referencia a las hijas e hijos víctimas de violencia de género, exhortando a España a que garantice que no se concedan regímenes de visitas y custodias en los casos en los que peligre el bienestar y la seguridad de la mujer y sus hijos.³⁴

A su vez, en la misma materia, el Convenio en el art. 31, obliga a adoptar medidas legislativas para que los derechos de custodia y visita de los hijos tengan en cuenta los incidentes de violencia y para que su ejercicio no ponga en peligro los derechos y seguridad de la víctima y de los niños. De igual modo prevé la garantía de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas de dichos delitos, que pueden incluir la pérdida de los derechos de patria potestad, si el interés superior del menor, incluyendo la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de otra manera, como recoge el art. 45, prohibiendo en todo caso la mediación y la conciliación, como fija el art. 48.

Por lo que se refiere a la materia penal y procesal penal, el Convenio establece unas obligaciones para los Estados entre ellas: la necesidad de adoptar medidas legislativas para tipificar determinados delitos, la posibilidad de dictar normas que prevean la aplicación de determinadas circunstancias agravantes y de imposición de penas concretas y las obligaciones relativas, entre otras, a regulación de la denuncia.

lista de cuestiones y preguntas del Comité figura en el documento CEDAW/C/ESP/Q/7-8 y las respuestas de España figuran en el documento CEDAW/C/ESP/Q/7-8/Add.1. Distr. general 29 de julio de 2015 Español Original: inglés 15-12828X (S) *1512828

³⁴ Matrimonio y relaciones familiares

38. Al tiempo que observa que en sus directrices de 2013 sobre los procedimientos relativos a la violencia de género, el Consejo General del Poder Judicial rechazaba la validez del llamado “síndrome de alienación parental”, al Comité le preocupa que el concepto siga aplicándose en varias decisiones judiciales en el Estado parte para retirar la custodia de los hijos a la madre y otorgársela al padre acusado de violencia doméstica. El Comité observa con preocupación que los mecanismos legislativos actuales y futuros no abordarán adecuadamente la consideración que debe acordarse a la existencia de violencia doméstica a la hora de determinar la custodia de los hijos. Al Comité también le preocupan los intentos de aprobar leyes que establecen la custodia compartida como norma general cuando se decide sobre tales casos.

39. El Comité recomienda al Estado parte que:

- a) Garantice que no se conceda a los padres el derecho de visita sin supervisión en los casos en los que se pongan en peligro los derechos, el bienestar y la seguridad de los niños;
- b) Garantice que no se aprueben leyes que establezcan la custodia compartida como norma general para decidir en los casos de custodia de los hijos, y tome medidas para abordar adecuadamente la consideración de las necesidades específicas de las mujeres y los niños a la hora de determinar la custodia de los hijos en los casos de violencia doméstica.

CEDAW. Informes periódicos 7º y 8º combinados de España. 29 de julio de 2015

3. EVOLUCIÓN NORMATIVA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

Ya en 1978 se recogió en el art. 39 de la Constitución española que es responsabilidad de los poderes públicos la protección integral de los niños y niñas. El Código civil El Código Civil incluye en el art. 172.1 la definición de desamparo infantil como “situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes de guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”, especificando también en su artículo 154 las obligaciones inherentes a la patria potestad.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) incluye una serie de medidas de que afectan a los menores víctimas de maltrato.

La Ley Orgánica 1/1996, del 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recoge el marco normativo para las distintas Comunidades Autónomas que poseen las competencias en temas de protección del menor, a la hora de declarar medidas de protección (riesgo o desamparo) en casos de maltrato infantil.

En España, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su Exposición de Motivos señala que “las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores de edad que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia”. La Ley Integral recoge también una serie de derechos de los menores de edad que conviven en el entorno familiar donde se sufre violencia de género, tales como: artículos 5, 7.c, 14, 19.5, 61.2, 63, 65, 66 y en la Disposición Adicional 17ª.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, posteriormente por...2015

El Código Penal tipifica los delitos relacionados con los malos tratos a la infancia. En la reforma de 2010 aumentó la protección otorgada a los menores de edad, y se mejoró

técnicamente la regulación de las agresiones y abusos sexuales cometidos sobre menores de 13 años, incorporando un nuevo capítulo denominado “los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, así como incrementando las penas previstas para estos supuestos. Código que en 2015 acogerá nuevas modificaciones³⁵.

El Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, que modifica el sistema de asistencia jurídica gratuita, y reconoció a todos los menores de edad que fueran víctimas de situaciones de abuso o maltrato, con independencia de la existencia de recursos para litigar, el derecho de asistencia jurídica gratuita, que les será prestado de inmediato. Esta norma pretende además, de forma específica, reforzar la protección de los menores víctimas de todo tipo de situaciones de abuso o maltrato, otorgando al Juez o Tribunal la facultad de acordar que la asistencia pericial especializada gratuita se lleve a cabo por profesionales técnicos privados cuando entiendan que ello es necesario, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y al interés superior del menor, asistencia pericial especializada gratuita que podrá prestarse de forma inmediata.

Por su parte, el Consejo de Ministros aprobó el 26 de julio de 2013 la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016), que contenía como tercer objetivo general la atención a los menores y a las mujeres especialmente vulnerables a la violencia de género. En concreto, dentro de este objetivo general se encontraba uno específico dirigido a los menores de edad, en el que se incluyen diversas medidas dirigidas hacia las hijas e hijos de las mujeres víctimas de violencia de género, articuladas en diferentes áreas: comunicación, servicios socioasistenciales, sanidad, seguridad y justicia.

³⁵ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.); GÓRRIZ ROYO, E.; MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015. MUÑOZ CONDE, F. (Dir.); DEL CARPIO DELGADO, J.; GALÁN MUÑOZ, A. (Coords.), *Análisis de las reformas penales: presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. MUÑOZ CUESTA, J.; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015. ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Comares, Granada, 2016. TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Coord.), ACALE SÁNCHEZ, M.; GARCÍA RIVAS, N. y otros, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Ed. Iustel, Madrid, 2016. CUADRADO RUIZ, M.A. *Cuestiones Penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*. Ed. Dykinson, Madrid, 2016

En los últimos años, la normativa internacional y la nacional han ido profundizando y completando la regulación sobre la protección a la infancia, incorporando la dimensión de género entre los distintos tipos de violencia sufrida por los niños y adolescentes.³⁶

Teniendo como base la prevalencia del interés superior del menor sobre cualquier otra consideración, lo que supone, entre otras cuestiones, que su vida tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de toda clase de violencia, incluida la violencia de género, se presentaban el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 y la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016, que preveían el impulso de adopción, actualización y aplicación de protocolos y otras medidas para mejorar la atención e intervención en los casos de maltrato infantil, incluyendo a los hijos de mujeres víctimas de violencia de género³⁷.

En 2014 se publica el Protocolo básico de intervención contra el maltrato Infantil en el ámbito familiar. Actualizado a la intervención en los supuestos de menores de edad víctimas de violencia de género. Desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través del Observatorio de la Infancia y la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género, se pretende actualizar Protocolo Básico de Intervención contra el maltrato infantil de 2007, contribuir a hacer efectivo el interés superior del menor, mejorar sus niveles de protección y bienestar y a erradicar la transmisión intergeneracional de conductas violentas.

La Comisión de Exteriores del Congreso aprobó unánimemente convertir el Convenio de Estambul lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en un referente mundial de la lucha contra la violencia de género.

³⁶ Vid. ROMERO BLASCO, F., MELERO MERINO, A. CÁNOVAS AMENÓS, C., ANTOLÍN MARTÍNEZ, M. “La percepción del delito de violencia doméstica de los profesionales de la justicia juvenil” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008

³⁷ LIMIÑANA GRAS, R.M. PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. “Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas” *Anales de psicología* vol. 21, n.º 1, 2005, pp.11-17

Sólo 8 estados miembros de la UE (Austria, Dinamarca, Francia, Italia, Portugal, Suecia, Malta y España) lo han ratificado y otros 14 países lo han firmado, pero no lo han ratificado. Y seis ni siquiera lo han firmado aún: Bulgaria, Estonia, Chipre, la República Checa, Irlanda y Letonia.

La firma del tratado no implica vinculación jurídica con el mismo, hecho que sólo se da con su ratificación.

Este Convenio, cuyo instrumento de ratificación se publicó en BOE de 6 de junio de 2014, entró en vigor el 1 de agosto de 2014 y supone en el marco europeo el reconocimiento de que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia, como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzado, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del “honor” y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres. Reconoce el aumento potencial de la violencia basada en el género y reconoce que los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia, manifestando la preocupación existente por la frecuente exposición de mujeres y niñas a formas graves de violencia, que llegan a constituir un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres

A los efectos del Convenio de Estambul, se considera una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, los actos que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece 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 custodia³⁸, víctimas de esta violencia heterosexual del hombre frente a la que es o ha sido su pareja.

³⁸ GARCIA PRESAS, I. *Guarda y Custodia de los Hijos*. Ed. Juruá LDA, 2015

Por violencia doméstica entiende el Convenio de Estambul todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho o exparejas. Por “género” entiende los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres y por “violencia contra la mujer por razones de género” entiende el Convenio toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

Se aplica por tanto el Convenio de Estambul a todas las formas de violencia de género, no solo la regulada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (art. 2.1 del Convenio) y fija como obligación de los Estados la adopción de medidas legislativas, o de otro tipo, para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito aplicación del Convenio (art. 5.2 del Convenio), así como establece la obligación de las partes de adoptar medidas para alentar denuncias por parte de cualquier testigo de un acto de violencia (art. 27), que se extiende a la previsión de que las normas internas no impidan a los profesionales denunciar, si tiene razones serias de la comisión de un acto grave (art. 28). También que el Convenio obliga a los Estados parte a tipificar determinados delitos: la violencia psicológica (art. 33), el acoso (art. 34), la violencia sexual, también cuando el cónyuge o pareja o expareja, sea el autor, de conformidad con su derecho interno (art. 36), el matrimonio forzoso (art. 37), las mutilaciones genitales femeninas (art. 38), el aborto no consentido y la esterilización forzosa (art. 39), el acoso sexual (art. 40), que habrán de sancionarse con independencia de la relación existente entre víctima y autor (art. 43), debiendo tipificarse asimismo algunos casos de complicidad y de tentativa (art. 41).

A su vez el Convenio obliga a adoptar medidas legislativas para que los derechos de custodia y visita de los hijos tengan en cuenta los incidentes de violencia y para que su ejercicio no ponga en peligro los derechos y seguridad de la víctima y de los niños en el artículo 31 del Convenio de Estambul³⁹. También prevé la garantía de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas de dichos delitos, que pueden incluir la pérdida de los

³⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F. “El convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género”. *Aequalitas* n° 35, 2014 pp. 6-15

derechos de patria potestad, si el interés superior del menor, incluyendo la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de otra manera, como establece el art. 45 y prohíbe la mediación y la conciliación en estos casos, así lo fija el art. 48. Establece la obligación general de investigación de los delitos sin demoras injustificadas que redunde en una investigación y procedimiento efectivos teniendo en cuenta la perspectiva de género⁴⁰, recoge el art. 49 y prohíbe valorar los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima, salvo que sean pertinentes y necesarios, según el art.54.

Por tanto, desde la entrada en vigor de la L.O.1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género hasta la fecha, se ha firmado Convenios y emitido Directivas del Consejo y Parlamento Europeos que han obligado al legislador a adoptar las medidas legislativas necesarias para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a las mencionadas obligaciones internacionales. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica motiva, en parte, esa actividad legislativa, incidiendo en temas tan importantes como la tipificación del delito de matrimonio forzado o de hostigamiento y acoso.

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, ha sido trasladada a nuestra normativa por la Ley 15/2015 del Estatuto de la Víctima que reforma determinados artículos de la L.E.Crim de absoluta relevancia en el ámbito de la violencia de género

Por su parte, la Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección han motivado la publicación de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y de la Ley Orgánica 6/2014 de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de gran interés para proteger a las víctimas cuando se trasladan a otro país de la

⁴⁰ PÉREZ VIEJO, J. y ESCOBAR CIRUJANO, A. (Coords.) *Perspectivas de la Violencia de Género. Grupo 5*, D.L. Madrid, 2011

Unión Europea o a las de estos países si vienen a España y cuentan con una Orden Europea de Protección.

En cuanto a la legislación de las Comunidades Autónomas, en cada Comunidad Autónoma se han desarrollado legislaciones específicas, planes de acción, programas marco o incluso protocolos específicos para atender la problemática del maltrato infantil y de la violencia contra la mujer.

En Andalucía, Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género (BOJA, 18 de diciembre de 2007; BOE, 13 de febrero de 2008). En los artículos 5 a 7, destaca la necesidad de formación, delimitando incluso las líneas de investigación al análisis de las causas, los factores de riesgo, el seguimiento de los instrumentos establecidos para su erradicación y para la protección integral de la víctima, de sus familias y de los menores a su cargo; en el art. 37 encomienda a las Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género, a través de los Institutos de Medicina Legal, la realización de informes valorativos de los efectos de la violencia en las mujeres y de la exposición a la violencia y de las agresiones sufridas por los hijos y menores a su cargo;

En Aragón, la Ley 4/2007, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón (BOA, 9 de abril de 2007). En su artículo 1 pasa a definir lo que se entiende por violencia ejercida contra las mujeres, a los efectos de esta ley, como todo acto o agresión contra las mismas, motivado por la pertenencia a dicho sexo de las víctimas, que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico o psicológico, así como las agresiones a su libertad e indemnidad sexuales, incluida la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, que se realicen al amparo de una situación de debilidad, dependencia o proximidad física, psicológica, familiar, laboral o económica de la víctima frente al agresor. Como se observa, se optó por ampliar el ámbito de protección y asistencia a la mujer, más allá del concepto legal de violencia de género que se establece en la Ley Orgánica 1/2004. Con ello pretende otorgar una protección más completa y general frente a cualquier tipo de violencia de la que es o puede ser víctima una mujer en cualquier ámbito de la vida.

Por otro lado, en materia de derechos y obligaciones de los progenitores, establece el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la autoridad familiar por sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial, es la privación que contiene en el artículo 90, de tal manera que, en interés del hijo, los Tribunales podrán privar y acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación. En el mismo texto legal también se recogen los supuestos y consecuencias de la suspensión de la autoridad familiar en los artículos 91 y 92

En Canarias, la Ley 16/2003, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, aprobada el 8 de abril de 2003, en el artículo 4 al clasificar este tipo de violencia incluye a los hijos de la víctima: Situaciones de violencia doméstica: son las que se operan por quienes sostienen o han sostenido un vínculo afectivo, conyugal, de pareja, paterno-filial o semejante, con la víctima. Se incluyen en este ámbito los supuestos de violencia cometidos sobre personas que estén o hayan estado ligadas al agresor por relación conyugal o análoga relación de afectividad, sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro.

En Cantabria, Ley 1/2004, de 1 de abril (BOC, 12 de abril), Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas, desarrollada por el Decreto 64/2006, de 8 de junio.

En Castilla-La Mancha Ley 5/2001, de 17 de mayo (BOC-LM, de 22 mayo), de Prevención de Malos Tratos y Protección a Mujeres Maltratadas, desarrollada por Decreto 38/2002, de 12 de marzo, que desarrolla las previsiones contenidas en la misma, sobre todo en lo referente a sensibilización, prevención, asistencia y ayudas.

En Castilla y León, se aprobó Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León y Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León.

En Cataluña, su Estatuto (Ley Orgánica 6/2006, de 19 julio) aborda de forma específica los derechos de las mujeres ante la violencia machista. Así, en el artículo 19 determina, como derechos de las mujeres, el libre desarrollo de la personalidad y la capacidad personal y vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, maltratos y todo tipo de discriminación. Más adelante, en el artículo 41.3 establece como uno de los principios rectores de las políticas públicas el deber de garantizar que se haga frente de modo integral a todas las formas de violencia contra las mujeres y a los actos de carácter sexista y discriminatorio, y, asimismo, establece el deber de fomentar el reconocimiento del papel de las mujeres en los ámbitos cultural, histórico, social y económico, y el de promover la participación de los grupos y las asociaciones de mujeres en la elaboración y evaluación de dichas políticas. Además, en el artículo 153 aborda las políticas de género disponiendo que corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva de la regulación de las medidas y los instrumentos para la sensibilización sobre la violencia de género y para su detección y prevención, así como la regulación de servicios y recursos propios destinados a conseguir una protección integral de las mujeres que han sufrido o sufren este tipo de violencia. En virtud a lo anterior se aprueba la Ley 5/2008, de 24 de abril de los derechos de las mujeres para la erradicación de la violencia machista, que define la violencia machista también como violencia en el ámbito familiar, consiste en la violencia física, sexual, psicológica o económica ejercida contra las mujeres y las menores de edad en el seno de la familia y perpetrada por miembros de la propia familia, en el marco de las relaciones afectivas y los vínculos del entorno familiar.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, recoge en el apartado 5, del art. 236 la denegación, suspensión y modificación de las relaciones personales entre hijos y progenitores, que podrá ocurrir si se incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa. Aparece el motivo de “justa causa” y su definición: existe justa causa si los hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista.

La privación de la potestad parental se regula en el artículo 236-6 por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, y, existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista; o no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses; en cualquier caso, la autoridad judicial podrá acordar la recuperación de la misma si el interés de los hijos lo aconseja.

En Ceuta, el 19 de noviembre de 2015, se acordó la adhesión de la Policía Local de Ceuta al Protocolo del Ministerio del Interior y de la Federación Española de Municipios y Provincias, un documento que lleva por título ‘Protocolo de Colaboración y Coordinación entre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de la Policía Local, para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género’, creándose un propio Protocolo de actuación para la Ciudad Autónoma de Ceuta, firmado el 21 de noviembre de 2016.

En la Comunidad de Madrid, Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, incluye en su ámbito de aplicación en el art. 2.2: “Asimismo, se considera Violencia de Género la ejercida sobre los menores y las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a los mismos con ánimo de causar perjuicio a aquélla.” Por tanto, recoge en su ámbito de aplicación a los menores como víctimas desprotegidas e instrumentalizadas por los agresores para agravar y abundar en el padecimiento de sus madres. Esto supone una respuesta coherente y adaptada a la realidad de la situación actual de la Violencia de Género.

La Comunidad Foral de Navarra, mediante Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, modificada por la Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, el Parlamento de Navarra aprobó la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista.

En Navarra, la ley 66 de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, dispone que: “Privación de la patria potestad. El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su

potestad por sentencia firme. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación”.

En la Comunidad Valenciana, la Ley 7/2012, de 23 de noviembre, de la Generalitat, Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el Ámbito de la Comunitat Valenciana, en el art. 5 relativo al concepto de violencia sobre la mujer, recoge: “A los efectos de esta ley, se entenderá por víctima de violencia sobre la mujer: toda mujer o niña que sea objeto de las conductas descritas en los artículos precedentes, así como los hijos e hijas menores y/o personas sujetas a tutela o acogimiento de las mismas que sufran cualquier perjuicio como consecuencia de la agresión a aquellas.”

Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En su artículo 1 señala que el objeto de esta Ley es “regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas”.

Extremadura no tiene aprobada ninguna ley contra la violencia de género, si bien cuenta al menos con una ley de igualdad, en concreto la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Extremadura.

Para Galicia, la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género, extiende su ámbito de aplicación a las hijas e hijos de la víctima de violencia de género y las califica de víctimas directas o indirectas en el art. 1.2 : “Las medidas contempladas en la presente ley serán de aplicación a todas las mujeres que vivan, residan o trabajen en Galicia y que se encuentren en una situación de violencia de género, así como a sus hijas e hijos y a otras personas dependientes de ellas, víctimas directas e indirectas.”

La Comunidad autónoma de las Islas Baleares cuenta con una ley de igualdad, la Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres, aunque no tiene regulación propia en materia específica de violencia de género.

La Rioja aprobó la Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja, que en el párrafo 2º del art. 1 reconoce a las hijas e hijos de las víctimas de violencia de género como víctimas de dicha violencia: “Asimismo, es objeto de esta ley el establecimiento de un eficiente y coordinado sistema de asistencia a las víctimas y a sus hijos, o a otras personas dependientes de ellas, víctimas directas e indirectas, que garantice acciones, asistencia, detección, protección y recuperación de las mismas.”

La Ciudad Autónoma de Melilla, cuenta con un Protocolo interinstitucional de actuación en materia de violencia de género de la Ciudad Autónoma de Melilla

En el País Vasco, la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, dedica el Capítulo VI del Título III, a la Violencia de Género y, mediante Decreto 264/2011, de 13 de diciembre, por el que se crea el Observatorio Vasco de la Violencia Machista contra las Mujeres y se regula su funcionamiento y composición

La Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, aprobó la Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, en su artículo 1.2 incluye en su ámbito de aplicación :” Del mismo modo es objeto de esta Ley la adopción de medidas integrales para la sensibilización, prevención y erradicación de la violencia de género, así como la protección, atención y asistencia a las víctimas y a sus hijos e hijas o personas sujetas a su tutela o acogimiento”.

La Región de Murcia cuenta con la Ley para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia (Ley 7/2007, de 4 abril) tiene por objeto erradicar la violencia hacia la mujer desde un enfoque integral y multidisciplinar, implantando medidas de sensibilización, prevención e integración de las víctimas.

Concluyendo, la evolución legislativa en España, en relación a la violencia de género y doméstica, pone de relieve la desigualdad histórica entre el hombre y la mujer en nuestro ordenamiento jurídico. En la legislación española, desde el primer Código penal de 1822 hasta prácticamente hace pocos años, el legislador no atendió la situación de violencia a que eran sometidas las mujeres. Poco a poco se irán abordando importantes reformas,

dejando de lado la violencia en el ámbito familiar y aún más la sufrida por la mujeres, hasta que se consiga la atención de los poderes públicos.

En los siguientes apartados se hará un recorrido por las diferentes reformas penales en el ámbito familiar hasta la concreción de los delitos que tienen por objeto sancionar la violencia de género

3.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

En el Código Penal de 1822, promulgado el 9 de julio de ese año, Código basado en las doctrinas de la Ilustración, en los arts. 625 y 658 se castigaban determinadas conductas relacionadas con la violencia en el ámbito familiar, en lo que tenían que ver con el “exceso en el derecho de corrección sobre los hijos o descendientes”⁴¹. Años después, el Código Penal de 1870, recogía en su artículo 431, una circunstancia agravante específica para el caso de que las lesiones se cometieran sobre los miembros de la familia, con excepción de las causadas sobre los hijos como consecuencia de un exceso en el derecho de corrección. Ya en el siglo XX, en el art. 762 del Código Penal de 1928, se sancionaba el maltrato por abuso del derecho de corrección⁴².

Con la reforma operada en el Código de 1973 por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se introdujo por vez primera la tipificación del delito de violencia familiar, añadiendo al art. 425 del citado texto la posibilidad de castigar con la pena de arresto mayor la lesión o el maltrato corporal producida de manera reiterada en el seno familiar. En el artículo, la víctima debía ser el cónyuge o persona asimilada a

⁴¹ Código Penal 1822, art. 625: “Los padres y abuelos que escediéndose en el derecho de corregir á sus hijos o nietos cuando cometan alguna falta, maten á alguno de estos en el arrebato del enojo, serán considerados siempre, y castigados como culpables de homicidio involuntario cometido por ligereza. Cualquiera otro que escediéndose en igual derecho, cuando legítimamente le competa, incurra en el propio delito con respecto á sus criados, discípulos ú otras personas que estén á su cargo y dirección, será castigado, segun el caso respectivo, con arreglo á las disposiciones generales de este capítulo”.

⁴² Código Penal 1928, art. 762: “Los ascendientes y tutores que abusando del derecho de corregir y castigar moderadamente a los menores que estén bajo su potestad o guarda les maltrataren de modo (tan) grave que hiciera peligrar su salud, serán castigados con la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”.

dicho estatus, o los hijos, menores o incapaces sujetos a la patria potestad, tutela o guarda de hecho, se dejaba fuera a los ascendientes y exigía el requisito de la habitualidad. No hay que olvidar que ya la Constitución española de 1978, en su art. 39 había recogido: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Con el Código Penal vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, con entrada en vigor el 26 de mayo de 1996), muchas han sido las leyes que han venido a regular el delito en estudio, especialmente las propias modificaciones sufridas por el Código, que de las 23 reformas asumidas hasta marzo de 2017, contempla siete en concreto en las que el legislador entra directamente a regular las conductas objeto de esta materia:

- La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal.
- La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley, que fue fruto del Primer Plan de Acción contra la violencia doméstica aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998.
- La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que al modificar el Código Penal, trata los delitos relacionados con los malos tratos a la infancia, entre otros, aumenta la protección otorgada a los menores de edad de menos de 13 años, ya que se concreta la regulación de las agresiones y abusos sexuales cometidos sobre menores, así como incrementa las penas previstas para estos supuestos.
- La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

La doctrina⁴³ y la jurisprudencia se hacen eco de cada una de estas modificaciones y así se transcribe en la STS 1366/2000, de 7 de septiembre, que, al hilo de todo lo dicho, comenta: “y, por último, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, introduce importantes cambios en el art. 153 del Código Penal y así se incorpora a la conducta típica la violencia psíquica, elimina la necesidad de que la relación matrimonial o análoga subsista en el momento del maltrato y se aportan criterios para interpretar el término “habitualidad”⁴⁴,

⁴³ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular... *op. cit.*”; CORSI, J. “La violencia en el contexto familiar como problema social”. En J. CORSI. *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Paidós. 2003; CUADRADO RUIZ / REQUEJO CONDE, “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal”. *La Ley*: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 2000, p. 1560-1566; MAQUEDA ABREU, M.L.: “¿Es la estrategia penal una solución a las violencias contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007; MAQUEDA ABREU, M. L. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Boletín de Información y Análisis Jurídico*. nº 21. 2006; MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en: QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 1525; MAYORDOMO RODRIGO, V. *Violencia contra la mujer: un estudio de Derecho Comparado*, Madrid, 2005; MONTALBÁN HUERTAS, I. “Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional”. Madrid: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. 2004; MONTALBÁN HUERTAS, I. “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”. *Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación*, nº 12. 2007.

⁴⁴ El Tribunal Supremo, a través de reiterada jurisprudencia aclaró aún más el concepto de “habitualidad”, si bien la definición que encontramos en el número tres del artículo en estudio. La STS 2414/1996, de 20 de diciembre, entiende por habitualidad “la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas”. En apoyo de la misma, se reseñó la STS 1208/2000, de 7 de julio; en esta resolución se establece que “La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito, es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la aplicación analógica del concepto de habitualidad que el Art. 94 del CP establece a los efectos de la suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido, con mayor acierto, que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado permanente de agresión. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual. En este caso, la sola lectura del relato histórico de la Sentencia, pone de relieve que no estamos ante dos individuales acciones de agresión o violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como habitual”. En la STS 6389/2000, de 7 de septiembre, en la se declaraba que “la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad, constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que comporta de ataque a la incolumidad física o psíquica de las víctimas, sino, esencialmente, por lo que implica la vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar”.

expresándose en el nuevo párrafo segundo del art. 153 que “para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”⁴⁵.

La Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, de modificación del Código Penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley que entró en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, apenas dos meses después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1999, modificó aspectos ya reformados por la primera, al ampliar, por ejemplo, de nuevo, el número de víctimas potenciales del delito, ya que la Ley matizaba que la relación matrimonial o asimilada a la misma no tenía por qué seguir vigente para poder apreciarse la conducta enjuiciada, permitiéndose la punición aún con la relación terminada, incluyéndose por ello, la posibilidad de que la víctima fuese el excónyuge o la expareja. También esta modificación introduce la posibilidad de la violencia psíquica junto a la física y en el ordenamiento procesal penal, mediante el art. 544 bis LECrim regula la medida de alejamiento.⁴⁶

En paralelo a la modificaciones de la normativa, teniendo en cuenta las recomendaciones hechas tanto desde el Consejo General del Poder Judicial como desde la Fiscalía General del Estado, el Gobierno Español presentó en el año 2001 el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001– 2004), propuesto por los ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Interior, Justicia, Educación, Cultura y Deportes y, Sanidad y Consumo. Posteriormente, mediante el Convenio de 26 de septiembre de 2002, se creó el Observatorio sobre Violencia Doméstica y de Género, Convenio suscrito por los Presidentes del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, el Ministro de Justicia y el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a través del Instituto de la Mujer.

⁴⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. RAMÓN RIBAS, E. *Violencia de género y violencia doméstica*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. p. 117. SÁNCHEZ-BAYÓN, A.: *Sistema de Derecho Comparado y Global*. Valencia. Tirant. 2011.

⁴⁶ TIRADO ESTRADA, J., “Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. *Revista La Ley*, nº 4888. 1999

Dicho Observatorio pretende otorgar mayor eficacia a las actuaciones que por separado realizaban las instituciones aludidas en relación a este tipo de violencia, para lograr una lucha más eficiente y su deseable paulatina erradicación. Actualmente está integrado por las siguientes instituciones: el Consejo General del Poder Judicial, que ostenta la Presidencia; el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Igualdad, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia y el Consejo General de la Abogacía Española.

Como el propio Observatorio recoge, su “utilidad está relacionada con los objetivos fijados en el documento constitutivo: 1. Recopila y analiza los datos obtenidos de las estadísticas judiciales, tales como número de denuncias, órdenes de protección, sentencias, víctimas.... 2. Promueve análisis, estudios e investigaciones acerca de la respuesta judicial. 3. Elabora conclusiones y recomendaciones sobre la evolución de la violencia de género. 4. Concede premios anuales de reconocimiento a la persona, institución o asociación que más haya destacado en la erradicación de la violencia doméstica y de género. Y, especialmente, es un instrumento para mejorar la coordinación de las instituciones que lo forman y abordar las diferentes iniciativas que se propongan para erradicar, desde la Administración de Justicia, la violencia doméstica y de género”.⁴⁷

A raíz del II Plan Integral contra la violencia doméstica (2001-2004), se aprobaron varias leyes como:

- a) Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la creación del Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido de determinados delitos, habilitada para el procesamiento por delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual cometidos contra las personas recogidas en el art. 173.2 CP. Dicha Ley reforma asimismo los arts. 14 y 104 LECrim en orden a obtener una mejor distribución de la competencia para el conocimiento de las faltas y para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, respectivamente, intentando evitar la victimización secundaria de las víctimas. Concepto este último definido por Subijana

⁴⁷ El convenio de constitución del Observatorio fue suscrito el 26 de septiembre de 2002. En la actualidad está integrado por las siguientes instituciones: el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), que ostenta la Presidencia, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Ministerio del Interior, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia, a través de turnos rotatorios anuales, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de España. Disponible en URL:http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero

Zunzunegui como “los daños de origen físico, psíquico, social o económico, originados a la víctima de un delito por el sistema estatal de justicia”.⁴⁸

- b) Ley 27/2003, de 31 de junio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, estableciendo la orden de protección implica un instrumento legal necesario para la protección de las potenciales víctimas de la violencia doméstica de cualquier tipo de agresión. Esta Ley innova, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el art. 544 ter, por el que se define la orden de protección de este tipo de víctimas, cuya finalidad consiste en que la víctima pueda conseguir un estatuto integral de protección que aúna una acción cautelar de naturaleza civil y penal, activando al mismo tiempo los mecanismos de protección social previstos a favor de las víctimas por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. Se barajó la posibilidad de la creación de un registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica, cuyo cometido era la inscripción de la orden de protección así como de cualquier hecho relevante a los efectos de protección de los sujetos pasivos de este tipo de delincuencia. Dicho registro se creó mediante el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.
- c) La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que modificó la protección regulada en el art. 153 CP y en la exposición de motivos de la Ley aclara que el objeto de la reforma era el propósito de abarcar todas las posibles manifestaciones de la violencia familiar, teniendo en cuenta tanto los efectos preventivos como los represivos, incrementándose así la penalidad prevista e incluyendo todas las conductas asimilables a dicha actividad delictiva. Con esta Ley se crearon, mediante el art. 173.2 del CP, los malos tratos habituales, pasando a considerar delito de lesiones la anterior conducta de falta de lesiones, de malos tratos o de amenazas leves, cuando la víctima fuese alguna de las personas recogidas en el art. 173.2 CP⁴⁹ y en este artículo y en el art. 153 se concreta la relación entre autor y víctima, haciendo que el ámbito de aplicación alcanzase a los casos en que el sujeto pasivo estuviese o hubiese estado unida al autor por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, a los malos tratos

⁴⁸ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”. *Revista del Poder Judicial*, 3ª Época, n.º 54. p. 168.

⁴⁹ BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica o de género”. *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9. 2007. p. 10.

reiterados que se cometan sobre personas que por su especial vulnerabilidad se encontraran sometidas a custodia en centros públicos o privados, así como todos los casos en que la violencia habitual se ejerciese sobre cualquier persona que conviva en el núcleo familiar del sujeto activo⁵⁰.

Mediante esta reforma se amplía el número de penas a imponer, añadiendo la de trabajos en beneficio de la comunidad, la de la prohibición a la tenencia y porte de armas y, como facultativa para el Juez o Tribunal, la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por espacio de seis meses a tres años.

Por consiguiente, tras las reformas introducidas por la Ley Orgánica 11/2003, que diferenciaban si había existido o no habitualidad, se inició la separación en dos tipos de violencia en el seno familiar, recogándose en dos títulos distintos (tercero y séptimo) del Libro II del Código Penal, cuya consecuencia fue la apertura de un nuevo planteamiento en cuanto al bien jurídico que se pretendía proteger.

3.2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

3.2.1. REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN NORMATIVA SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Tras la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la siguiente reforma fue la de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que, además de regular medidas de sensibilización, prevención y detección (Título I), un catálogo de derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género (Título II) y una previsión de tutela institucional (Título III) y judicial (Título V) modificó el Código Penal en lo siguiente:

⁵⁰ GÓMEZ NAVAJAS, J. “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 11, 2004, págs.45-87. “¿Existe una protección penal adecuada frente a los malos tratos? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 CP”, *Análisis jurídico de la Violencia contra las mujeres*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004, págs. 63-119

El art. 36 de la propia Ley Integral, que tiene como rúbrica “Protección contra las lesiones” modificó el art. 148 CP al crear nuevos supuestos que agravarían las lesiones, las contenidas en los números: 4. “Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”, y 5 “Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

El art. 37 de la Ley 1/2008, referido a la protección contra los malos tratos otorga un nuevo contenido al propio art. 153 CP, al tipificar las conductas consistentes en las lesiones no constitutivas de delito y los malos tratos.

El art. 38 continúa recogiendo la protección contra las amenazas, y añade tres nuevos apartados al art. 171 CP, que por su importancia, transcribimos: “4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor: “ 5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años”.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el

domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza: 6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

El art. 39, en relación con las coacciones, al art. 172 CP, amplía el segundo párrafo.

El art. 41 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, que regula la protección contra las vejaciones de carácter leve, modifica los términos del artículo 620, del Libro III del Código Penal: “En los supuestos del número 2 de este artículo (Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito), cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.

También reforma la normativa penal con los cambios operados en los arts. 83 y 84 CP (relativos a la suspensión de penas); 88 CP (relativo a la sustitución de penas), 468 CP (quebrantamiento de condena) y 620 CP (falta de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas).

En cuanto a la competencia para conocer de estos delitos, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece la creación los Juzgados de Violencia Contra la Mujer con la finalidad de evitar la descoordinación existente entre el Juez de Instrucción y el Juez de 1ª Instancia o el de Familia, al objeto de otorgar mayor efectividad a las resoluciones judiciales, saliendo al paso de acontecimientos pasados, carentes de sentido como el que se dictase para alguien una orden de alejamiento de la víctima si una resolución judicial civil posterior establece un régimen de visitas y al padre condenado se le reconoce el derecho a acudir al domicilio familiar a recoger a los hijos comunes, se supone que con la unificación de los asuntos civiles y penales en un solo órgano judicial este tipo de circunstancias no ocurrirían.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, no modifica el delito de malos tratos según se recogía en el art. 173.2 CP, manteniéndose por ello como el artículo que alberga el castigo de la violencia habitual en el ámbito familiar.

Este delito no deja de ser un tipo agravado de los delitos contra la integridad moral, sancionando al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre unos sujetos pasivos concretos, pero se traslada este tipo desde las lesiones a los delitos contra la integridad moral porque la conducta castigada en este delito afecta al propio desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de la víctima⁵¹. La auténtica exigencia para la aplicación de este tipo es la de la habitualidad., el artículo la define en su apartado tercero, dejando claro que para que la misma exista, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

En cuanto a la pena prevista, si el Juez o tribunal lo estimase adecuado, de cara al interés del menor o incapaz, podrá además imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento en un período que irá de uno a cinco años.⁵²

Se contempla el subtipo agravado de vulnerabilidad, entre otros motivos, por la edad de la víctima⁵³

⁵¹ En este sentido la STS 1162/2004, de 15 de octubre, “el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –Art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –Art. 15– y en el derecho a la seguridad –Art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del Art. 39”.

⁵² La STS 982/2001, de 6 de junio, concluye que “dicha inhabilitación sólo podrá recaer sobre el menor o incapaz víctima, sin extenderse al resto que no hubieran padecido”

⁵³ La STS 1205/2009, de 5 de noviembre. El subtipo agravado de especial vulnerabilidad por el hecho “de estar encomendado el cuidado del menor al autor del delito pues es evidente que la situación del menor que por razón de su edad necesita la protección de una persona mayor generalmente sus padres, resulta especialmente vulnerable respecto a eventuales ataques a los bienes jurídicos de los que es titular cuando provienen de la persona que precisamente queda encargada de su guarda y custodia por decisión de aquéllos, es decir de quien resulta responsable de su protección”. Asimismo, STS 131/2007, de 16 de febrero, en la que se hace una definición del concepto de vulnerabilidad como “la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse”. En el mismo sentido, STS 730/2010, de 20 de julio.

En todas las agravaciones que aporta la Ley 1/2004, se aprecia que serán atendiendo al resultado producido o al riesgo causado, luego la causa de agravación es facultativa para el juzgador a la vista del resultado efectivo o del concreto riesgo potencial.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre modificó el art. 153 CP, en sus números 1 y 2, regula la acción del menoscabo psíquico o la causación de una lesión no definida como delito por los artículos que le son anteriores (arts. 147 al 152 CP), así como el maltrato de obra sin causar lesión. En este sentido, Cerezo Mir excluye “aquellos malos tratos de obra sin causar lesión si se producen con el ánimo de corregir y aparecen como necesarios y adecuados al fin correccional, realizados dentro del fin legítimo del derecho de corrección”⁵⁴.

En su tercer párrafo se eleva la pena de los dos primeros números (en cuanto a la pena privativa de libertad, prisión de tres meses a un año), a su mitad superior, siempre que el delito se realice en presencia de menores, utilizando armas, tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el Art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, situaciones todas ellas que serán posteriormente comentadas.

Y en su cuarto y último número, se incorpora una fórmula de atenuación aplicable a todos los supuestos recogidos: “No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

Se constata con estos ejemplos que la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, supuso un avance no sólo a la por fin regulada violencia de género, sino también a la regulación de la violencia doméstica.

⁵⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., *El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección, Poder judicial*, 1994, pp. 45-68. CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte General: Introducción*. 6ª edición. Madrid: Tecnos. 2004.

Además desaparece la posibilidad de apreciar falta en el ámbito doméstico, con lo que cualquier acción lesiva que tenga lugar en el seno familiar será considerada delito (a excepción de lo recogido en el art. 620.2 CP sobre las injurias y vejaciones injustas de carácter leve)⁵⁵, por lo que se separarán así los delitos de agresiones sin causar lesión en el ámbito familiar, que quedan en el art. 153 CP, agravándose la pena al autor de agresiones físicas o psíquicas, o de cualquier tipo de maltrato, a cualquier miembro de su ámbito familiar, y el delito de malos tratos habituales, ante similares víctimas, circunscrito en el art. 173.2 y se suprime el requisito anterior de la convivencia entre cónyuges o parejas de hecho, presente o pasada.⁵⁶

Hasta aquí se han tratado resumidamente las leyes y modificaciones que han regulado en España la violencia doméstica, no como violencia de género, sino violencia en el entorno familiar, al objeto de reflejar cómo ha evolucionado la normativa que protege a los menores de actos delictivos en el entorno familiar, hasta la publicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

3.2.2. LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Al igual que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre fue fruto de un cambio en la mentalidad del legislador y consecuencia de una evolución de la normativa hasta diferenciar entre violencia doméstica y violencia de género, formó parte de esa evolución

⁵⁵ Hasta la reforma de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, el Código Penal distinguía entre delitos y faltas y, dentro de los primeros, entre delitos graves y menos graves, atendiendo a la naturaleza de la pena que llevaba aparejada. Tras esta reforma, el Código Penal distingue entre delitos graves, delitos menos graves y delitos leves, cuya diferencia continúa siendo la pena impuesta. La disposición derogatoria única de la LO 1/2015 deroga el Libro III del Código Penal, relativo a “las faltas y sus penas” e introduce el novedoso concepto de delito leve.

⁵⁶ La STS 417/2004, de 29 de marzo, aclara que “La introducción del inciso “aún sin convivencia”, a pesar del silencio de la exposición de motivos sobre esta cuestión puntual, debe interpretarse de forma que lo que ahora -desde su entrada en vigor-, no constituye un requisito del tipo, lo era con anterioridad a su exclusión expresa. La modificación provoca una ampliación en el bien jurídico protegido, pues ya no se trata solamente de la paz familiar o la dignidad de la persona en ese ámbito, sino también en el marco de relaciones análogas en su afectividad a las de los cónyuges, aunque no exista convivencia. La sentencia de instancia se limita a declarar probado que el acusado mantuvo con la víctima de sus agresiones “una relación sentimental estable”, añadiendo en el FD Primero que “no obsta a la permanencia y profundidad de dicha relación de afectividad el que cada uno continuara viviendo en su domicilio, de próxima vecindad”.

también la Ley que creó la orden de protección⁵⁷ y vino a implantar en la práctica el, por entonces novedoso, art. 544 ter de la LECrim, creando un protocolo para su solicitud por parte de las víctimas.

La posibilidad del acuerdo por parte de un juez de ordenar el alejamiento del agresor de su víctima, presenta como antecedente el art. 13 LECrim para los autores de los delitos recogidos en el Art. 57 CP, que ya se expresaba “Considéranse como primeras diligencias: Las de dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito...”.

Ley Orgánica 14/1999 da una nueva redacción que da al citado art. 13 LECrim: “Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis de la presente Ley”

La Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica⁵⁸, se publicó poco tiempo antes que la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Aquélla, fue objeto de estudio por parte de la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 3/03, al analizar diversos aspectos relativos a la implantación práctica de los preceptos recogidos en el art. 544 ter de la LECrim. y crear un Protocolo que facilitase a las potenciales víctimas la solicitud de la orden. Dispone igualmente que la orden se podrá dictar aun en los casos en que no comparezca el agresor en el acto del procedimiento adaptado para la aplicación de la orden, ya que, tras su recepción por el juez de guardia, éste convocará una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Como ya apunta Larrauri

⁵⁷ Para Berbell “se trata de una institución desconocida en varios países europeos, tales como Francia, Italia o Portugal. No obstante, si existe en Austria desde 1997, con una sistemática análoga a la Orden española, y en Alemania desde 2001”. BERBELL, C. “La violencia doméstica en el mundo”. En AA.VV. *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial. 2005. pp. 243-253

⁵⁸ Publicada en BOE nº 183/2003, de 1 de agosto de 2003, con fecha de entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

lo que solicitan en gran parte las mujeres víctimas es que se las proteja del agresor más que se castigue a éste⁵⁹.

El Protocolo para la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica fue creado posteriormente por la Comisión para el seguimiento de la implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, (cuyo preámbulo ya aclara que “La Ley 27/2003, de 31 de julio, crea un nuevo instrumento destinado a intensificar la protección de las víctimas de violencia doméstica mediante una actuación ágil y coordinada. (...)”

Consciente de esta realidad, el párrafo 2º de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 27/03 dispone que corresponderá a la Comisión de seguimiento “la elaboración de Protocolos de alcance general para la implantación de la orden de protección regulada en esta Ley, así como la elaboración de instrumentos adecuados de coordinación que aseguren la efectividad de las medidas de protección y de seguridad adoptadas por los Jueces y Tribunales y por las Administraciones Públicas competentes”⁶⁰.

En consecuencia, la Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica modificó la LECrim en su art. 13, en el sentido de hacerle compatible con la aplicación de las medidas recogidas en el Art. 544 ter, artículo que crea. Para Lamo Rubio, a diferencia de lo que sucede en relación con la medida cautelar recogida en el artículo 544 bis de la LECrim, en la que se fijan unos criterios determinados para determinar si se adoptan o no las medidas, en la orden de protección del Art. 544 ter en realidad no se fija criterio específico alguno, de modo que el Juez o Tribunal, a la hora de adoptar tal decisión, además de verificar la existencia de los presupuestos, deberá tener en cuenta los criterios establecidos respectivamente en la

⁵⁹ LARRAURI PIJOAN, E. “Dogmática y Ley penal”. En LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coords.). *Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons. 2004. p. 363

⁶⁰ Protocolo que fue aprobado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección, constituida el día 22 de julio de 2003. La Comisión estuvo integrada por representantes del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España

normativa penal y civil para adoptar las medidas que finalmente considere que proceden⁶¹.

El primer artículo va a arbitrar las siguientes primeras diligencias:

- a) Consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer.
- b) Recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente.
- c) Detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito.
- d) Proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis LECrim o la orden de protección prevista en el art. 544 ter, que, la Ley 27/2003 crea, y que recoge en su primer número los requisitos que deben darse para que se dicte la orden de protección aludida, al decir que “El juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 CP (quien sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al actor por análoga relación, aun sin convivencia, persona especialmente vulnerable que con él conviva, o demás personas recogidas en el artículo 173.2 del CP), resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”. Para la víctima la orden es de gran importancia, I. Montalbán afirma que aquélla llega a conceptualarla como un “derecho de la víctima y su familia a recuperar la sensación de seguridad frente a posibles amenazas o posteriores represalias del agresor”⁶²

La finalidad de las medidas cautelares es otorgar protección a la víctima de un delito. La ley regula de manera especial estas medidas de protección para las mujeres que sufren agresiones por parte de su pareja y, en general, para las víctimas de violencia en el ámbito familiar. Este sistema especial se articula conforme a la denominada «orden de

⁶¹ En LAMO RUBIO, J. “La nueva orden de protección de las víctimas de violencia doméstica instaurada mediante la LO 27/2003”. *Revista de Actualidad Penal* nº 42. 2003. pp. 1045–1070.

⁶² Cfr. MONTALBÁN HUERTAS, I. *Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional*. Madrid: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. 2004. p. 155.

protección», con la que se pretende otorgar una protección urgente a las víctimas de violencia familiar valiéndose de medidas de naturaleza penal que impidan la realización de nuevos actos violentos y de medidas de índole civil que eviten el desamparo de las víctimas.

La orden de protección es un instrumento legal diseñado para proteger a las víctimas de la violencia doméstica o de género frente a todo tipo de agresiones y concentra en una única e inmediata resolución judicial (un auto) la adopción de medidas de protección y seguridad de naturaleza penal y civil. Al mismo tiempo activa los mecanismos de asistencia y protección social establecidos a favor de la víctima por el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

No es imprescindible la formulación de una denuncia para que se dicte una orden de protección, aunque sí es lo más aconsejable.

¿Quién puede **solicitar** la orden de protección? Pueden solicitar una orden de protección:

- La víctima de actos de violencia física o psicológica por parte de quien sea o haya sido su cónyuge o de quien esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.
- Los descendientes de la víctima, sus ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que convivan con la víctima o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho.
- El ministerio fiscal.
- El órgano judicial puede acordarla de oficio.
- Las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados que tuviesen conocimiento de la existencia de alguno de los delitos o faltas de violencia de género deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de Violencia sobre la Mujer o, en su caso, del juez de instrucción en funciones de guardia o del ministerio fiscal con el fin de que el juez pueda incoar o el ministerio fiscal pueda instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

Una mujer extranjera en situación irregular en España también puede solicitar una orden de protección, su situación administrativa no va a incidir en el derecho a la asistencia

integral que la ley le reconoce como víctima de violencia de género, es más, tiene derecho a regularizar su situación por razones humanitarias, según establecen las normas en materia de extranjería.

Por tanto, las personas que pueden solicitar al Juez de instrucción (tras la publicación de la LO 1/2004 también al Juez de Violencia Contra la Mujer) la emisión de la orden, sin perjuicio de que la dictara de oficio, son la propia víctima o “persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior”, o del Ministerio Fiscal, se hace un recordatorio al deber general de denunciar previsto en el art. 262 de la LECrim para las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior, que deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

Se podrá solicitar la aplicación de la orden, pudiendo hacerse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Una vez presentada habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, el juez ante el que se haya solicitado ésta deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

En un segundo párrafo se recoge un imperativo a los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente, éstas habrán de facilitar a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia, la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición además, información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

El siguiente acto del procedimiento para la aplicación de la orden, consistente en que tras su recepción por el juez de guardia, éste, convocará a una **audiencia urgente** a la

víctima⁶³ o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado, asimismo será convocado el Ministerio Fiscal. La audiencia deberá celebrarse durante el servicio de guardia, y si esto no fuese posible, el juez ante el que hubiese sido presentada la solicitud, la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de dicha solicitud. Para la audiencia, el juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia, disponiendo que las declaraciones se realice por separado.⁶⁴

Celebrada la audiencia, el juez de guardia resolverá mediante **auto** lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Con todo, el juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el art. 544 bis LECrim “el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma”. El art. 544 ter de la LECrim recoge el alcance y el contenido de la orden de protección confiriendo a la víctima de los delitos de maltrato un **estatuto integral de protección** que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal, contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del art. 503, de la orden de protección prevista en el art. 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

⁶³ YUGUEROS GARCÍA, A.J. “Intervención con mujeres víctimas de violencia de género: Educar e informar para prevenir”. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*. Vol. 17 núm. 24, 2015 pp. 191-216

⁶⁴ Al celebrar la comparecencia del artículo 544 ter, si no comparece el presunto agresor, el juez podrá tomar declaración a la víctima, pero no se podrá adoptar la orden de protección. El juez, si lo considera necesario, y de forma excepcional, podrá acordar las medidas del artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 158 del Código Civil hasta que se pueda celebrar la comparecencia del art. 544 ter.

Se solicita la orden de protección por medio de un formulario normalizado y único disponible en las comisarías de Policía, los puestos de la Guardia Civil, las dependencias de las Policías Autonómicas y Locales, los órganos judiciales penales y civiles, las fiscalías, las oficinas de atención a las víctimas, los servicios de orientación jurídica de los colegios de abogados, los servicios sociales o instituciones asistenciales municipales, autonómicos o estatales. El formulario también puede obtenerse por internet: entre otras, en la web del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y en la del Consejo General del Poder Judicial. La orden de protección se ha de solicitar en el juzgado, la Fiscalía, las comisarías de la Policía, los puestos de la Guardia Civil, las dependencias de las Policías Autonómicas y Locales, las oficinas de atención a las víctimas, los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas y los servicios de orientación jurídica de los colegios de abogados.

Una vez recibida la solicitud, ésta será remitida de forma inmediata al Juzgado de Violencia contra la Mujer o, en su caso, al juzgado de guardia.

La solicitud deberá ser remitida de forma inmediata al juez de guardia. Recibida la solicitud, el juez convoca a una audiencia urgente a la víctima, al solicitante si es distinto de la víctima, al presunto agresor, al ministerio fiscal. La declaración se hará por separado. Mientras tanto, el juez adoptará las medidas necesarias para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. Se podrá practicar la prueba que fuera necesaria para acreditar la situación de violencia de género y el posible peligro para la víctima. La orden de protección será **notificada** a las partes (presunto agresor y fiscal) y será comunicada inmediatamente por el juzgado a la víctima y a las Administraciones Públicas competentes para adoptar medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica, etc. A estos efectos, se remitirá la orden de protección a los puntos de coordinación de las comunidades autónomas. Asimismo, la orden de protección se inscribirá en el **Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica**⁶⁵.

⁶⁵ SERRANO HOYO, G. “Sobre la inscripción de la orden de protección, medidas civiles y/o penales, penas y medidas de seguridad en el registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVI, 2008, pp. 103-111

¿El juez puede **denegar** la orden de protección sin celebrar la comparecencia establecida en el artículo 544 ter? Si el juez que recibe la solicitud de la orden de protección considera que no se dan en absoluto los presupuestos para acordarla (falta de indicios delictivos o que sea evidente que no hay riesgo alguno para víctima y su entorno), no deberá siquiera convocar la comparecencia para denegar la orden de protección. Dictará un **auto** en que declare improcedente la solicitud sin necesidad de más⁶⁶. En este sentido es clara la jurisprudencia de las audiencias provinciales.⁶⁷

Se dicta la orden de protección en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de una mujer (por parte de un hombre que sea o haya sido su cónyuge o que esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia), resulta una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiere la adopción de alguna medida de protección. Por «indicios» se entienden los datos externos apreciados por el juez, sin plenitud probatoria, pero con sospecha fundada, a partir de los cuales considere que los hechos de violencia de género pueden haber ocurrido. Por todo ello, es necesario **valorar el peligro o el riesgo**, viniendo el peligro concreto de la declaración de la persona denunciante, tras lo cual se valorarán los hechos concretos y se estimará si es posible o probable el peligro o el riesgo futuro⁶⁸.

Las **medidas que pueden adoptarse en la orden de protección** son:

- Medidas penales:
 - Privativas de libertad (prisión provisional).
 - Prohibición de aproximación.
 - Prohibición de residencia.
 - Prohibición de comunicación.
 - Retirada de armas u otros objetos peligrosos.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 107-111

⁶⁷ Auto 78/2008 de 16 de enero de la Sección 20 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

⁶⁸ SALVADOR SÁNCHEZ, L. Resiliencia en violencia de género. Un nuevo enfoque para los/las profesionales sanitarios/as. *Journal of feminist, Gender and Women Studies*, núm. 1, 2015

- Medidas civiles:

- Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.
- Determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos.
- Régimen de prestación de alimentos.
- Cualquier medida de protección al menor para evitar un peligro o perjuicio.

- Otras posibles medidas:

- Retirada de enseres del domicilio y atribución del ajuar familiar, en su caso, acompañados por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- Bloqueo de cuentas corrientes si fuere urgente, necesario y compatible con la tramitación de la orden de protección.
- Protección de los datos personales de la víctima y descendientes o personas bajo su custodia.
- Celebración de vistas a puerta cerrada y declaración de actuaciones reservadas.

Las **medidas de naturaleza civil** deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el ministerio fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hayan sido acordadas previamente por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil⁶⁹.

El apartado 7, artículo 544 ter establece: “Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

⁶⁹ PARDILLO HERNÁNDEZ, A: “Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia de género: novedades introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, Actualidad Civil, 2006, nº 6, p. 675

El Juez dictará las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres, y asimismo dictará las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones o daños. Las medidas a imponer podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, 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 perjuicios.

Las medidas de carácter civil en estudio, tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado, a instancia de la víctima o de su representante legal, un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término, éstas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente, lo cual quiere decir, que el juez de lo civil deberá pronunciarse sobre lo ya acordado en materia penal. Aquí se aprecia que este plazo límite de treinta días afecta a las medidas de carácter civil, pero no a las de carácter penal, de las cuales únicamente se recoge durarán el tiempo que se considere imprescindible y que deberán ser proporcionales a la situación concreta.

En relación con las **medidas de protección social** que concede la orden en estudio, la Ley que creó esta orden se remite a aquellas que estén establecidas en el ordenamiento jurídico, haciendo referencia a un futuro “fondo de alimentos”, asistencia psicológica, vivienda y a la renta activa de inserción.

En cuanto a la notificación a las partes de la vigencia de la orden, dispone el apartado ocho de la Ley que la orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

La obligatoriedad de informar a la víctima se recoge en el apartado noveno del art. 544 ter LECrim, una vez dictada la orden de protección de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas.

La orden de protección no es garantía de seguridad para la mujer, ya que muchos agresores no respetan las órdenes de alejamiento. Es necesario, por tanto, valorar con la mujer el riesgo que existe en el caso de quedarse en el domicilio y si es más seguro recomendarle que solicite un alojamiento protegido o que se traslade a un lugar que no conozca el agresor.

En cuanto al régimen de visitas establecido en la orden de protección, no hay que solicitar siempre un punto de encuentro para el cumplimiento del régimen de estancia y comunicación con los hijos menores. Suele ser recomendable, pero hay que valorar cada caso en concreto.

En muchas ocasiones, los Juzgados de Violencia contra la Mujer acuerdan que la entrega y recogida de los menores se efectúe por medio de una tercera persona y, en cuanto a este motivo, la orden de alejamiento se suele convertir en una carga para la mujer, debería ser el agresor el que tuviera que recoger y entregar a los menores a través de tercera persona. Muchas mujeres no cuentan con familiares o amigos que puedan ayudarlas con la entrega y recogida de los menores. En estos casos, así como cuando la mujer está en un alojamiento protegido, se debe solicitar siempre un punto de encuentro, con independencia del tiempo que pueda tardar la Administración en asignarlo.

La orden de protección confiere a la víctima un estatuto integral de protección que constituye título suficiente para acceder a **las medidas de asistencia y protección social** establecidas por el ordenamiento jurídico del Estado, de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales, por lo que no tienen que ser acordadas por el juez. Estas medidas son las siguientes: a) derecho a la Renta Activa de Inserción, que incluye una ayuda en caso de cambio de residencia, gestionada por los servicios públicos de empleo, ayuda económica establecida por el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y gestionada por los órganos correspondientes de las comunidades autónomas; b) acceso a viviendas

protegidas y residencias públicas para mayores; c) derechos laborales y de Seguridad Social; d) solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, que sólo será concedida cuando recaiga la sentencia condenatoria, y solicitud de autorización de residencia independiente de los familiares reagrupados.

El estatuto integral de protección conferida a la víctima en virtud de la orden de protección dejará de existir si ésta deja de tener vigencia y no recae sentencia condenatoria. La mujer no podrá acceder a las ayudas económicas específicas para mujeres víctimas ni ejercer los derechos laborales que le concede la ley. No obstante, sí que podrá acceder a las medidas de asistencia y protección social, ya que el hecho de no contar con una orden de protección o con una sentencia condenatoria no quiere decir que no sea víctima de violencia de género.

Si se dicta **auto de archivo o sobreseimiento o sentencia absolutoria**, ¿las medidas acordadas en la orden de protección seguirán vigentes? Si el proceso penal es sobreseído de manera definitiva, cesará cualquier medida cautelar adoptada en él y, por ende, también la orden de protección. Del mismo modo, si la sentencia es absolutoria, cesará también la medida cautelar. Para que esto ocurra la sentencia absolutoria tiene que ser firme. Hasta que no se resuelvan los recursos que se hayan interpuesto, la orden de protección estará en vigor, salvo que en la sentencia se acuerde lo contrario.

Con la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, publicada el 28 de abril, cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de medidas civiles.

Si no existen hijos menores o no hay hijos en común, se pueden solicitar medidas civiles como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, pero en este caso se debe pedir expresamente en la solicitud de la orden de protección.⁷⁰

⁷⁰ Al no haber menores, este tipo de medida no va a ser requerida nunca por el ministerio fiscal.

Si, transcurridos treinta días desde la interposición de la demanda de medidas civiles, separación o divorcio, el juez no ha resuelto sobre aquélla, ¿las medidas acordadas en la orden de protección dejarían de tener vigencia? En virtud de lo previsto en el artículo 24 de la Constitución, concretamente el derecho a la tutela efectiva, hay que entender que las medidas civiles acordadas en la orden de protección quedan prorrogadas hasta que el juez civil se pronuncie sobre ellas, aunque transcurra el plazo de treinta días de que dispone para ratificar, modificar o dejar sin efecto las medidas civiles acordadas en la orden de protección.

No pueden adoptarse en la orden de protección exclusivamente medidas civiles, toda vez que la ausencia de petición de medidas penales estaría revelando que no existe la situación objetiva de riesgo exigida por la ley en cuanto a ataques contra la integridad física o bienes jurídicos de la víctima que justifiquen la adopción de la orden de protección.

Si hay denuncias cruzadas por agresiones mutuas entre ambos miembros de la pareja, ¿puede el juez de Violencia contra la Mujer adoptar órdenes de protección recíprocas?⁷¹ En puridad, el juez de Violencia contra la Mujer no podría ser competente para conocer de la instrucción de los hechos delictivos cometidos por la mujer sobre el hombre ni podría dictar orden de protección a favor del cónyuge varón, en aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG). Sin embargo, en la práctica, ambas denuncias se acumulan y se resuelve sobre las respectivas órdenes de protección de manera conjunta, para evitar así resoluciones y actuaciones contradictorias⁷².

Si la víctima no quiere que el denunciado conozca la nueva dirección en la que se ha establecido, puede ese deseo ser compatible con la concesión de una orden de protección en la que se establezcan medidas penales de prohibición de acercamiento, ya que, tal y como lo prevé el artículo 63.1 de la LOMPIVG, en los procedimientos seguidos por

⁷¹ ORTUBAY FUENTES, M. *Cuando la respuesta penal a la violencia sexista se vuelve contra las mujeres. Las contradenuncias*. Universidad del País Vasco, 2012

⁷² PÉREZ VAQUERO, C. “La jurisprudencia sobre el delirio querulante y otras dos psicopatologías jurídicas”. *Derecho y cambio social*. Publicado 01/04/2015. ISSN: 2224-4131. VELASCO DE LA FUENTE, P. “Análisis criminológico de la paranoia querulante: hacer del pleito la razón de tu vida”. *Criminal-mente.es*, 2016

violencia de género debe protegerse la intimidad de las víctimas y ello incluye el derecho a la protección de sus datos personales. Así las cosas, la orden de protección deberá prever en este supuesto la prohibición de acercamiento respecto de la víctima en el radio de protección que se determine y dondequiera que ésta se encuentre. Igualmente se hará mención de los posibles supuestos recogidos por el Código Penal: lugar de trabajo, lugares frecuentados por la víctima, etc⁷³.

En cuanto a la **competencia del quebrantamiento**, si hay una medida cautelar de prohibición de acercamiento y comunicación dictada por un Juzgado de Violencia contra la Mujer en el marco de una orden de protección y el imputado la quebranta, ¿qué juzgado conocerá del delito por quebrantamiento? Hasta la última reforma en 2015, dependía de la forma en que se llevase a cabo el quebrantamiento. A priori, el quebrantamiento de condena o de medida cautelar se encuentra enmarcado dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, cuyo conocimiento no estaba atribuido legalmente a los Juzgados de Violencia contra la Mujer, sino a los de Instrucción. Sin embargo, si para llevarse a cabo el quebrantamiento el agresor cometía actos que evidenciaran violencia ejercida contra la víctima, en ese supuesto sí se podía entender que se estaba ante la competencia del mismo Juzgado de Violencia contra la Mujer que estuviera tramitando el procedimiento inicial. A fecha de hoy los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son competentes para conocer de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar, previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal⁷⁴.

Así lo establece la letra g) del apartado 1 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la modificación de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, siempre que la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad

⁷³ MONTANER FERNÁNDEZ, R. *El quebrantamiento de las penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica*. Indret. Barcelona 2007

⁷⁴ GALDEANO SANTAMARÍA, A.M. “Problemas prácticos del delito de quebrantamiento en el ámbito de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” Enero 2017. Sepin/DOCT/22305

modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. Siendo este delito puro de violencia de género, se soluciona, con la citada modificación, un viejo problema que excluía este delito del ámbito de la competencia de estos juzgados.

Se puede acordar la imposición del brazalete electrónico para la víctima y para el agresor tanto en los supuestos de medida cautelar (y ello por disponerlo así el artículo 64.3 de la LOMPIVG) como en los casos en que se acuerde la prohibición de acercamiento y comunicación con carácter de pena accesoria (por reconocerlo así el artículo 48.4 del Código Penal). De esta forma, si la instalación de los brazaletes se ha acordado en el marco de la imposición de una medida cautelar, no por convertirse ésta en pena dejará de tener efecto el uso de los brazaletes. Y, en el mismo sentido, se podrá establecer la necesidad de colocar dichos dispositivos electrónicos de control de proximidad si se acuerda la prohibición de acercamiento y comunicación como pena accesoria, aun cuando en un primer momento no se hubiese adoptado como medida cautelar en la fase de instrucción del procedimiento.

La **retirada de la denuncia** por parte la mujer y la solicitud de que se deje sin efecto la orden de protección no provocan el archivo de las actuaciones, pues el juez debe agotar la instrucción y valorar la existencia de otras pruebas más allá de la declaración de la víctima y abrir, en su caso, el juicio oral contra el presunto autor de los hechos⁷⁵.

El auto que acuerda la orden de protección es recurrible, en cuanto a las medidas cautelares penales, cabe recurrirlo en reforma y en apelación si lo dicta el Juzgado de Violencia contra la Mujer y en súplica si lo dicta la Audiencia Provincial. En cuanto a las medidas civiles, los tribunales vienen reiterando la improcedencia de tales recursos, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que son irrecurribles las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Contra el auto que deniega la orden caben los mismos recursos.

⁷⁵ MAQUEDA ABREU, M. L: “¿Es la estrategia penal una solución a las violencias contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Op. cit.*

La **orden de protección europea** es una resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro Estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio Derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida⁷⁶. La orden de protección europea sólo se podrá dictar cuando previamente se haya adoptado en el Estado de emisión una medida de protección que imponga a la persona causante del peligro una o varias de las siguientes prohibiciones o restricciones: prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en que la persona protegida reside o las cuales frecuenta; prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio; prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida. Se podrá dictar una orden europea de protección cuando la persona protegida decida residir o resida ya en otro Estado miembro o cuando decida permanecer o permanezca ya en otro Estado miembro. Cuando decida dictar una orden europea de protección, la autoridad competente del Estado de emisión tendrá en cuenta, entre otros criterios, la duración del periodo o periodos en que la persona protegida tiene intención de permanecer en el Estado de ejecución, así como la importancia de la necesidad de la protección. Una autoridad judicial o equivalente del Estado de emisión sólo podrá dictar una orden europea de protección a instancias de la persona protegida y previa comprobación de que la medida de protección cumple los requisitos previstos en el artículo 5 (existencia previa de una medida de protección con arreglo al ordenamiento nacional).

La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea es un texto conjunto mediante el que se incorporan al Derecho español diversas decisiones marco y la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre del 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la orden europea de protección, aprobadas en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Permite que las autoridades judiciales españolas que dicten una orden o resolución incluida dentro del

⁷⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. “La orden europea de protección a la luz de la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: emisión y ejecución en España”. *La Ley Unión Europea*, núm. 41, 2016

ámbito de regulación de esta ley puedan transmitirla a la autoridad competente de otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución. De la misma forma, las autoridades judiciales españolas reconocerán y ejecutarán en España las órdenes europeas y resoluciones penales previstas en esta ley que hayan sido transmitidas por la autoridad competente de otro Estado miembro, siempre que no concurra ninguno de los motivos tasados de denegación del reconocimiento o la ejecución previstos en la ley.

La LO 6/2014 de 29 de octubre modificó el art. 87 ter de la L.O.P.J. para incluir la letra g) en el párrafo 1 y atribuir la competencia a los JVM la competencia para la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley, entre los que se encuentra la Orden Europea de Protección (OEP), instrumento que tiene por finalidad que las medidas de protección que se hayan podido acordar en relación a cualquier víctima de delito violento, la acompañen en su traslados, ya sean provisionales o definitivos, a otro Estado u otros Estados de la U.E.

Cuando la víctima lo es de Violencia de Género a la que se refiere la L.O. 1/2004, el órgano judicial competente para la emisión y transmisión de una OPE a otro Estado al que vaya a desplazarse la víctima, es el “órgano judicial que conozca del procedimiento” en el que se impusieron las medidas cautelares o penas, de acuerdo con el art. 131.1 de la Ley 23/2014.

Para regular esas competencias, como ya se ha adelantado, la LO 6/2014 de 20 de octubre, complementaria de la Ley 23/2014, modifica los arts. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, otorgando, expresamente, esa competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y el art. 89 bis para regular la competencia de los Juzgados de lo Penal.

Sin embargo, no se efectúa ninguna modificación del art. 82 de la LOPJ en que regulan las competencias de las Audiencias Provinciales, que tendrán la competencia para el enjuiciamiento y fallo de determinadas causas.

En cuanto a la competencia para el reconocimiento y ejecución de una OEP la competencia corresponderá a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en los supuestos

a que se refiere el art. 1 de la L.O.1/2004, del lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo. En tal caso, el Juez habrá de reconocer la OEP y acordar las medidas cautelares previstas en nuestro Derecho para un caso análogo y que se adapten lo más posible a la acordada por el Estado de emisión y, además de informar sobre las mismas y sus consecuencias a la persona protegida, a la persona causante del peligro y el Estado de emisión, dará las instrucciones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para que velen por su cumplimiento (art.138).

Este instrumento, obviamente, va a favorecer a las víctimas de violencia de género al permitir que le acompañe la protección que aquí se le dispensa más allá de nuestras fronteras y en el marco de la UE. Allí donde vayan se les concederán las medidas de protección que se apliquen a sus propias víctimas ante supuestos análogos; ello podría suponer una merma de protección en relación a la que aquí reciben pues, son pocos los países que cuentan con un sistema de medidas de protección semejante al nuestro.

Precisamente, el proyecto EPOGENDER⁷⁷ incluido en el marco del Programa Daphne III de la Comisión Europea, aborda los derechos fundamentales y la justicia, con el objetivo de evitar que la falta de armonización de las leyes de los diferentes países que conforman la Unión Europea, pueda ser causa de un incorrecto funcionamiento de la Orden Europea de Protección.

La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica⁷⁸, relacionando el apartado de este artículo con la Disposición Adicional Primera de esta Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora de las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica, donde se aclara que “El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias

⁷⁷ Gender Violence: Protocol for The Protection of victims and effectiveness of protection orders. Towards an efficient implementation of Directive 2011/99/DU (2012-2014), financiado en el marco del programa Daphne III

⁷⁸ El Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica fue creado por el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo –modificado posteriormente por el Real Decreto 513/2005, de 9 de mayo, así como por el Real Decreto 660/2007, de 25 de mayo⁷³¹–, por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, en relación con el acceso a la información contenida en el Registro Central, regulándose por Orden del Ministro de Justicia 242/2009, de 10 de febrero, los modelos de remisión al Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica de la información que debe inscribirse en el mismo.

oportunas relativas a la organización del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, así como al régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad”.

En el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se anotarán los datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta y las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, siempre que hubieran sido adoptadas por los jueces y tribunales de la jurisdicción penal en causas seguidas contra alguna de las personas mencionadas en el Art. 173.2 CP.

3.2.3. LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Consecuencia de esta evolución normativa llega la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, separándose por primera vez el concepto de violencia doméstica del de violencia de género⁷⁹.

El objeto de esta Ley Orgánica viene recogido en su artículo 1 .1: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Y en el número 3 del mismo artículo hace una definición de este nuevo tipo delictivo: “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto

⁷⁹ La Real Academia de la Lengua emitió un informe negativo sobre el término “género” en la Ley Orgánica 1/2004, no obstante al cual, el legislador ha mantenido el término.

Polaino Navarrete pone de relieve el equívoco el error de traducir literalmente “gender” por “género”, sin haberse tenido en cuenta “que la acepción a que hace referencia el vocablo inglés “gender” se corresponde con el español sexo, pero no con el español “género”. Por ello (...), “gender” ha de ser correctamente traducido por “género” (gramatical), en relación con las palabras, y por “sexo”, en relación a los seres vivos”. POLAINO NAVARRETE, M. “Reforma penal de 2004: La Ley integral contra la violencia de género. Revista de la Facultad de Derecho de Sevilla”. *Crónica Jurídica Hispalense*. nº 3. 2005. p. 316

de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. Por ello, ésta va a comprender todo acto violento. La exposición de motivos de la Ley aclara igualmente el concepto, al decir que “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

En el art. 2 se citan los principios rectores que van a informar la Ley, y que serán:

a) Fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana de prevención, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, servicios sociales, sanitario, publicitario y mediático.

b) Consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.

c) Reforzar hasta la consecución de los mínimos exigidos por los objetivos de la ley los servicios sociales de información, de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral, así como establecer un sistema para la más eficaz coordinación de los servicios ya existentes a nivel municipal y autonómico.

d) Garantizar derechos en el ámbito laboral y funcionarial que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género.

e) Garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social.

f) Establecer un sistema integral de tutela institucional en el que la Administración General del Estado, a través de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en colaboración con el Observatorio Estatal de la Violencia sobre la

Mujer, impulse la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de la violencia contemplada en la presente Ley.

g) Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género.

h) Coordinar los recursos e instrumentos de todo tipo de los distintos poderes públicos para asegurar la prevención de los hechos de violencia de género y, en su caso, la sanción adecuada a los culpables de los mismos.

i) Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde la sociedad civil actúan contra la violencia de género.

j) Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas.

k) Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género.

Como se expone la propia LO 1/2004, esta Ley tiene como pretensión también abarcar aspectos preventivos, educativos, sociales y asistenciales y viene a dar respuesta a la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Para el desarrollo de esta medidas se dictó, por ejemplo, el Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el Art. 27 de la LO 1/2004; regulación Renta Activa de Inserción.

La Ley Orgánica 1/2004 defiende que la violencia de género debe enfocarse de un modo integral y multidisciplinar, y contempla como necesario el tomar medidas en el proceso de socialización humana, en el sistema educativo, en los diferentes aspectos de la publicidad, en el ámbito de la protección social y el apoyo económico, en el mundo normativo, en la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos

responsables de la obtención de pruebas y aplicación de la ley, en el aspecto sanitario para la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas, así como en la protección de los menores que se encuentren dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de este concreto tipo de violencia. La Ley va a arbitrar un conjunto de medidas coordinadas entre los distintos profesionales que tratan a las víctimas de violencia de género, medidas que no sólo se adoptarán con carácter preventivo, sino igualmente a lo largo del proceso, lo que persigue el efecto de evitar la posible disparidad de criterios entre las resoluciones dictadas en el ámbito penal y civil.

Dentro de la violencia doméstica que acota la Ley Orgánica de referencia, se van a incluir los delitos contra los derechos y deberes familiares, y por tanto, también la violencia económica y patrimonial, recogiendo la misma en su Disposición Adicional Decimonovena, el compromiso legislativo de la creación de un fondo de garantía de pensiones en el que se tendrá en cuenta las circunstancias en las que se deje a las víctimas de violencia de género.⁸⁰

Según la exposición de motivos de la Ley Orgánica, ésta tendrá como antecedentes la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la

⁸⁰ La Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, creó un Fondo, en su disposición adicional quincuagésima tercera, dotado inicialmente con diez millones de euros, destinado a garantizar, mediante un sistema de anticipos a cuenta, el pago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores de edad en convenios judicialmente aprobados o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, procesos de filiación o de alimentos, y posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, consignó en su disposición transitoria décima primera una habilitación expresa al Gobierno para regular el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. Mediante Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, se reguló que, a través del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, se garantizase el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo.

En cuanto al derecho a ser beneficiaria de una pensión de viudedad, en casos de separación, divorcio o nulidad, el acceso a pensión se condiciona a que, teniendo derecho a la pensión compensatoria o a la indemnización, referidas, respectivamente, en los artículos 97 y 98 del Código Civil, ésta quedara extinguida por fallecimiento del causante. El derecho a pensión de viudedad no quedará condicionado al requisito de ser acreedor de pensión compensatoria cuando el beneficiario acredite ser víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio. Tanto la STS en fecha de 20 de enero del 2016 (RCUD 3106/2014) como la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona de 16 de marzo de 2017, entre otras, reconocen que se podrá acreditar la condición de víctima de violencia de género por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

Mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General, las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995, la Resolución WHA 49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS, el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997 y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros, y la Decisión nº 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II).

El verdadero germen de la Ley Orgánica 1/2004 fue la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, cuyas tres principales aportaciones se resumen en la ampliación de las personas integrantes del parentesco del art. 23 CP, la nueva conceptualización como delitos de las faltas cometidas contra determinadas personas recogidas en el artículo 153 CP y el paso de las anteriores conductas del art. 153 CP, al art. 173.2 CP, al que se añade la exigencia de la habitualidad.

Concluyendo, respecto a estas últimas reformas, hay que subrayar que, además de los cambios en el Código Penal, supusieron el primer intento de poner el acento en la protección de las mujeres. La ley reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, Ley 27/2003, junto a medidas cautelares de naturaleza penal (orden de alejamiento, por ejemplo) incorporaba la posibilidad de que el Juzgado de Guardia adoptase medidas civiles (atribución de la custodia de la prole, del domicilio familiar, etc.). Otros cambios destacan por su contundencia como la conversión en delito de todas las conductas de maltrato físico o psicológico en el ámbito familiar, que hasta entonces habían merecido la consideración de faltas, y sobre estos cimientos, se asientó la reforma introducida por la LO 1/2004 y que consistió, básicamente, en tratar de diferenciar la violencia de género del resto de las manifestaciones de violencia intrafamiliar. Tras las sustanciales reformas mencionadas la normativa en esta materia quedará modificada en diferentes ámbitos a tratar en los siguientes apartados

3.2.3.1. ÁMBITO PENAL

En cuanto a la tutela penal recogida en la L.O. 1/2004, presenta las siguientes modificaciones:

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 se recoge la justificación a las modificaciones que opera en el Código Penal, que implican los arts. 33 a 42 de la Ley: “En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad”.

Los arts. 33 al 42 establecen normas penales por las que se incluyen, dentro de los tipos agravados de lesiones, un tipo específico que incrementa la sanción penal para los casos en que la víctima esté o hubiese estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También eleva a la categoría de delito las coacciones y amenazas leves de cualquier clase cuando las víctimas sean mujeres. Además se proscriben la eficacia del perdón y del arrepentimiento que, se consideraba “el origen del amplio porcentaje de absoluciones en la materia”.

El art. 33 de la Ley Orgánica modifica el art. 83 CP en su párrafo segundo del apartado 1.6ª, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, queda redactado de la forma siguiente: “Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado” 1. Prohibición de acudir a determinados lugares. 2. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

El art. 34 de la L.O. 1/2004 modifica el apartado 3 del art. 84 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, que queda redactado de la forma siguiente: “3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las

obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del art. 83 CP determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

El art. 35 de la Ley modifica el párrafo tercero del apartado 1 del art. 88 CP, en materia de sustitución de penas, ya modificado previamente por la Ley Orgánica 15/2003, al que deja así redactado: “En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico⁸¹, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1 del artículo 83 de este Código”.

El art. 36 de la Ley modifica el Art. 148 CP, dentro del Título III, del Libro II, de las lesiones, que queda redactado de la siguiente forma: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior, podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1º. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz. 4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

En el art. 37 aborda la materia de la protección a los malos tratos, y modifica, dentro del Título III del Código Penal, el art. 153, que había sido previamente modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, con antelación anunciado en la exposición de motivos de la Ley 1/2004 “se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

⁸¹ Al respecto, RUEDA MARTÍN, M.A. *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?* Dykinson, Madrid, 2007

En su nueva redacción se perfila el tipo de delito que la Ley en estudio quiere crear, al especificar en su número 1º, el género de la víctima, con los inequívocos términos “esposa o mujer...”, a los que asigna una pena privativa de libertad propia, la que oscila entre seis meses y un año, separándolos del resto de personas recogidas en el art. 173.2 CP, a las cuales se referirá en el número dos del artículo, con la imposición de una pena privativa de tres meses a un año. En este número 1 se especificará a sensu contrario el género del autor, que necesariamente será masculino, y se añade además como víctima a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El art. 38 de la Ley, con el propósito de la protección contra las amenazas, añade los tres últimos apartados, numerados como 4, 5 y 6, al art. 171 CP, que había sido previamente modificado por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, en el sentido de la conversión en delito de la anterior falta de amenazas para el caso de su comisión en el ámbito familiar o asimilado, lo que coincidirá con lo regulado para el delito de coacciones.

El art. 39 entra a modificar el art. 172, el propio del delito de coacciones, del que apunta que el contenido actual del art. 172 CP quedará numerado como apartado 1 y se añadirá un apartado 2 a dicho artículo. El número 1 de este artículo ya fue modificado en sus dos primeros párrafos por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y el tercero, que impondrá la pena en la mitad superior de la recogida en el primer párrafo, cuando la coacción sea para impedir el legítimo disfrute de la vivienda, fue añadido al Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

El art. 468 CP fue también objeto de reforma por el art. 40 de la Ley Orgánica 1/2004⁸². El resultado actual del artículo, tipo básico tradicional del delito de quebrantamiento de condena, es el fruto de tres sucesivas reformas por las tres siguientes leyes: Ley Orgánica 15/2003, Ley Orgánica 1/2004, y Ley Orgánica 5/2010, que reforma el número 2, al que previamente había afectado la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, y cuya redacción definida es: “Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo

⁸² ACALE SÁNCHEZ, M. “La reforma del delito de quebrantamiento de condena”. *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ALVAREZ GARCIA, GONZALEZ CUSSAC (Dir.). Tirant lo Blanch 2010

173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”, en la que la novedad consistirá en la mención hecha a la libertad vigilada, figura que aparece recogida en el art. 106 CP. En el apartado transcrito, se aprecia así el carácter obligatorio que impone al legislador de castigar con pena privativa de libertad a quien desobedezcan tanto las medidas cautelares, como la orden de alejamiento impuestas por la efectiva comisión o por la potencialidad de su comisión de estos delitos.

El art. 41 de la Ley Orgánica 1/2004 modificó determinados aspectos relativos a las faltas del Libro III del Código Penal, modificando en concreto el art. 620 que ya había sido igualmente reformado con anterioridad por la Ley Orgánica 15/2003, para el caso de la comisión de falta, posteriormente derogado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

La mencionada LO 1/2015 no modifica el artículo 468 del Código Penal en sus dos apartados primeros, si bien añade un tercero en el que se tipifica como delito de quebrantamiento la inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos dispuestos para controlar el cumplimiento de penas⁸³, medidas de seguridad o medidas cautelares, así como las conductas consistentes en no llevar dichos dispositivos u omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento⁸⁴, castigando dichas conductas con penas de multa de seis a doce meses

En la práctica, lo cierto es que el considerable número de órdenes de alejamiento en vigor conlleva escasez de medios de control y un sobreesfuerzo a que se ve sometido el sistema de ejecución penal y, en consecuencia, deja en evidencia las graves dificultades para controlar el cumplimiento de dichas medidas.

⁸³ Sobre los dispositivos GPS ya señaló su importancia LORENTE ACOSTA, M.: “Violencia contra la mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”. *Revista europea de Derechos Fundamentales*, nº 19, 2012, pp. 207-208

⁸⁴ ACALE SANCHEZ ya había manifestado que la utilización de medios telemáticos de control ayudaría a evitar encuentros fortuitos, en ACALE SANCHEZ, M. “Víctimas de violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”. *Mujer, violencia y Derecho*. Universidad de Cádiz, 2006 pp. 93 y ss. “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador” *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, 2009, pp. 65 y ss.

3.2.3.2. ÁMBITO JUDICIAL

A) Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

El Título V de la Ley Orgánica 1/2004, lleva por rúbrica la Tutela Judicial. Abarca del art. 43 al 70, y regula en el Capítulo I, la creación de los nuevos Juzgados con competencia por razón de la materia relativa a la violencia de género, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante: JVM), en su art. 43 (que adiciona el art. 87 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Van a tratarse de un órgano jurisdiccional propio para la instrucción de las causas en las que la víctima sea mujer y el agresor, varón con el que aquella tenga o haya tenido algún tipo de relación (Art. 44.1), si bien los mismos no entrañan un nuevo orden jurisdiccional, sino que implican una especialización dentro del orden jurisdiccional penal establecido.

El Capítulo II versa sobre determinadas normas procesales civiles, relativas a la pérdida de competencia objetiva del resto de juzgados cuando se produzcan hechos de violencia contra la mujer.

El siguiente Capítulo recoge ciertas normas procesales penales, relativas igualmente a las competencias de los juzgados encargados del conocimiento de estos delitos.

En el Capítulo IV, las medidas judiciales de protección y seguridad a la víctimas y en el Capítulo V, la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, lo que implicará la creación de la Sección correspondiente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscribirán Fiscales con experiencia en la materia. Estos fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, además de tomar parte en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda o custodia de los hijos menores que se sigan por malos tratos al cónyuge o a los hijos.

Se trata por ello, de garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la peculiar situación jurídica, familiar y social de la víctimas de violencia de género en las relaciones intrafamiliares.

En cuanto a la organización de los JVM, dispone la LOPJ, tras la modificación operada por la Ley Orgánica en estudio que: “En cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél, y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede” (art. 87 bis, nº 1). Sin embargo, este principio general va a contar con algunas excepciones, pues recalca, tanto que podrán establecerse JVM que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia (art. 87 bis, nº 2), como que en los partidos judiciales en que exista un solo Juez de Primera Instancia e Instrucción será este el que asuma el conocimiento de los asuntos atribuidos a los JVM (art. 87 bis, nº 4). Igualmente dispone la LOPJ que en aquellas circunscripciones donde sea conveniente, en función de la carga de trabajo existente, corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o solamente de Instrucción el conocimiento de los asuntos atribuidos a los JVM del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias (art. 87 bis, nº 3).

Los JVM si bien pertenecen al orden penal, según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, no constituyen un orden jurisdiccional nuevo, sino una especialización funcional y orgánica en el orden penal. Sus competencias en el orden penal van a ser, en cuanto a la competencia objetiva, el conocimiento en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cuanto a la competencia territorial, va a venir ésta determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección o de las medidas urgentes que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos, de conformidad con el art. 15 bis LECrim, tras su modificación hecha por esta Ley. Asimismo, la adopción de las primeras diligencias será competencia del JVM del lugar donde ocurrió el hecho, sin perjuicio de que posteriormente se inhiba a favor del Juzgado del domicilio de la víctima.

En relación con la competencia por conexión, estos juzgados extenderán también su competencia a la instrucción y conocimiento de los delitos considerados conexos, siempre que ésta procediese de ser una de las infracciones medio para perpetrar otra o facilitar su ejecución, o para procurar su impunidad, según el art. 17 bis de la LECrim, tras la modificación que en él opera la Ley Orgánica 1/2004.

B) Competencias en materia civil

Uno de los momentos especialmente peligrosos para las mujeres que son víctimas de violencia de género es el de la crisis matrimonial, es el momento, un gran número de cuadros de violencia se producen en el ámbito de estos procesos civiles, tanto en los momentos previos a su inicio, como durante su tramitación o durante la ejecución de los mismos. La Ley Orgánica 1/2004 atribuye competencias civiles a los JVM. Dichas competencias son en materia de:

- Filiación, maternidad y paternidad.
- Nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- Asuntos que versen sobre relaciones paterno-filiales.
- Materias en relación con la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- Asuntos que traten exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
- Los que traten sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- Asuntos cuyo objeto sea la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Al amparo del párrafo séptimo del art. 544 ter LECrim, se trasladan a la vía del proceso penal, cuatro medidas cautelares civiles, con una duración inicial máxima de treinta días, no obstante, prorrogables por otros treinta días, si la demanda se interpone en un proceso ante la jurisdicción de Familia, situación ya puesta de manifiesto por el II Plan contra la Violencia Doméstica, el cual hacía hincapié en la falta de coordinación entre los distintos Juzgados que intervienen en este tipo de asuntos como uno de los problemas a solucionar para erradicar la violencia familiar.

Las medidas son:

1) La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar⁸⁵, a los efectos únicamente posesorios, al margen de quién sea el legítimo propietario de la misma (conviviente o familiar), por lo que se mantienen las obligaciones del pago del alquiler a quien lo

⁸⁵ SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi. 2001. pp. 397 y ss. PARDILLO HERNÁNDEZ, A: “Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia de género: novedades introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Actualidad Civil*, 2006, nº 6, p. 675

estuviera haciendo hasta entonces, si la misma estuviera alquilada, lo que supone muchas veces una primera separación legal de la convivencia de la pareja afectada, que implica un lanzamiento del domicilio común obligando al inculpado al abandono de dicho domicilio⁸⁶.

2) La fijación, en su caso, de un régimen de custodia, visitas y comunicación con los hijos que suele ser conclusión de la decisión de finalizar la convivencia bajo un mismo techo y que también se establece en los supuestos en los que se haya dictado una orden de alejamiento considerándose, en la práctica judicial, la restricción al presunto maltratador de esos derechos paterno filiales como una excepción.

3) La prestación de alimentos, por importe de una mensualidad, prorrogable por otra, debe alcanzar a la manutención ordinaria para comida, vestido, escolarización de los hijos bajo custodia y gastos ordinarios de mantenimiento del patrimonio familiar, calculada conforme a los ingresos medios normales de quien, esté obligado a satisfacerlos.

4) Y cualquier otra medida de protección, sin perjuicio de las previstas en el Art. 158 CC, que se considere oportuna a fin de apartar, en su caso, a los menores de un peligro o de evitarles eventuales perjuicios derivados de las habituales discusiones que concurren en este tipo de situaciones y que se supongan puedan afectar a la salud de los menores.

Además, éstas se complementan con otras garantías propias del ámbito procesal, como son el deber de informar permanentemente a la víctima de la situación procesal y penitenciaria del imputado y del alcance de las medidas recogidas en el Art. 544 ter 9 LECrim, o la inscripción de sus datos en el Registro Central de Protección de Víctimas de Violencia Doméstica.

El que estas materias civiles sean competencia de los JVM, se encuentra condicionado a la concurrencia simultánea de los siguientes requisitos para que pueda atribuírseles el conocimiento de tales asuntos de manera exclusiva y excluyente:

1. Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género.

⁸⁶ Art. 96 CC: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

2. Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
3. Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

En este sentido el art. 87 ter LOPJ aclara que cuando el juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no entrañen materia de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

Los números 2 y 3 del art. 44 atribuyen competencias civiles a dichos juzgados, como consecuencia del apelativo integral asignado a la Ley Orgánica 1/2004, con lo que un mismo juzgado puede tanto instruir los casos de violencia causada por el cónyuge o asimilado, varón frente a su pareja, como posteriormente arbitrar una solución relativa al Derecho Civil entre ambos. Incluso, si el cuadro agresivo naciese de la tramitación de un asunto civil, como pueda ser el divorcio, la continuación de ese trámite judicial pasará, aplicando del art. 57 de la Ley Orgánica 1/2004, a depender del JVM que instruyese el maltrato, situación que se dará de manera similar en todos los procedimientos y recursos que a su competencia les atribuye el número 2 del art. 44.2.

El número 5 del art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004 añade, en último lugar, el art. 87 ter 5 a la LOPJ, como última competencia de los JVM, con el tenor de que “En todos estos casos está vedada la mediación”, sin aclarar debidamente la Ley si se refiere tanto a los procesos civiles como a los penales o exclusivamente a los civiles. Para Ordoñez Sánchez la prohibición de la mediación ante las partes, como previa al proceso “se extiende tanto a los aspectos civiles como a los penales de las conductas cuyo conocimiento corresponde a los JVM”.⁸⁷ Senés Montilla sostiene que dicha prohibición “solo afecta en sede civil, al ser dicha institución propia del Derecho Civil, expresamente reglada en materia de Derecho de familia”.⁸⁸

⁸⁷ ORDOÑEZ SÁNCHEZ, B. “La mediación penal en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos”. *Revista La Ley Penal*. nº 44. 2007. pp. 51-52.

⁸⁸ SENÉS MONTILLA, C. “La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la mujer”. *Diario La Ley*. nº 6371. 2005.

La LOPJ reserva, en su art. 87 ter (igualmente introducido por el Art. 44.3 de la Ley Orgánica 1/2004) las materias ya referidas a los JVM, pero para ello va además a exigirse tanto un acto relativo a la violencia de género, como que el actor y la víctima integren cada una de las partes del proceso civil o el inicio de las consecuentes actuaciones procesales penales derivadas de un acto de violencia de género, o el dictado de una orden de protección. Todo ello hará que el JVM sea competente en cualquiera de las actuaciones civiles que estuviesen iniciadas por cualquier otro órgano de la jurisdicción civil, incluso si el JVM hubiese dictado ya sentencia condenatoria cuando se presentase ante él la demanda civil, debiéndose exceptuar el caso en el que efectivamente no existiese sentencia condenatoria, lo que no acreditaría la existencia de violencia contra la mujer, debiéndose entonces residenciar la materia civil en la sede del juez civil ordinario.

Para los casos en los que durante el curso del proceso penal, cualquiera de las partes dejase de observar alguno de los requisitos prescritos por el nº 3 del art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, la propia Ley no ofrece respuesta, encontrándose la misma, no obstante, recogida en la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004⁸⁹, donde se concluye que “si el JVM ha admitido a trámite el proceso civil por estimar que concurren todos los requisitos de los apartados 3 y 4 del artículo 87 ter LOPJ, posteriormente no perderá la competencia sobre dicho asunto civil pese a que el proceso penal se archive, se ordene sobreseimiento o se dicte sentencia absolutoria”.

Ni la LEC ni la Ley Orgánica 1/2004 aclaran la vía por la cual el Juzgado de Familia o de Primera Instancia deban tener conocimiento del inicio de actuaciones penales por el JVM, a los efectos de su posible inhibición en el mismo de las actuaciones que aquellos estuviesen llevando a cabo, dándose la práctica de ser la propia víctima quien notifique al juzgado el conocimiento paralelo del JVM de un caso de violencia por parte de su pareja, si bien el artículo 49 bis 1) LEC obliga al Juzgado de lo Civil, previamente a la inhibición, a la comprobación del inicio de tales actuaciones y, en su caso, a remitir los autos al JVM., sin que le sea de aplicación la obligación de audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal prescrita en el art. 48.3 LEC, si bien, con arreglo al art. 49 bis 3 LEC, las partes podrán notificar al juzgado la incoación del proceso penal o la adopción de una orden de protección.

⁸⁹ Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, elaborada por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, designados por el CGPJ, editada por el CGPJ. 2005. pp. 86-88.

Por otra parte, en cuanto a la segunda instancia contra las resoluciones de los JVM tanto en materia penal como civil, corresponderá su conocimiento a la Audiencia Provincial, pudiéndose especializar una o varias de sus Secciones mediante acuerdo del CGPJ, previo informe de las Salas de Gobierno, según refleja el art. 82.1 nº 4 y 82.4, en relación con el art. 98 de la LOPJ.

C) Medidas judiciales para la salvaguarda de la protección y la seguridad de las víctimas

El capítulo IV de la Ley Orgánica 1/2004 trata sobre las medidas judiciales a aplicar para la salvaguarda de la protección y la seguridad de las víctimas en los artículos 61 al 69.

Las medidas tendrán como cometido el otorgamiento a la víctima de la sensación de seguridad frente a su agresor de la que carecía al sufrir las agresiones

Estas medidas aparecen en primer lugar en la exposición de motivos de la Ley Orgánica: “Respecto de la regulación expresa de las medidas de protección que podrá adoptar el Juez de Violencia sobre la Mujer, se ha optado por su inclusión expresa, ya que no están recogidas como medidas cautelares en la LECrim, que sólo regula la prohibición de residencia y la de acudir a determinado lugar para los delitos recogidos en el artículo 57 CP (Art. 544 bis LECrim, introducido por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además se opta por la delimitación temporal de estas medidas (cuando son medidas cautelares) hasta la finalización del proceso. Sin embargo, se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del artículo 105 CP (modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), y posibilitando al juez la garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso”.

En el art. 61 se recoge que las medidas de protección y seguridad previstas serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales y que en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración, deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento, determinando su plazo, si procediera su adopción.

El art. 62 se refiere a la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica: “Recibida la solicitud de adopción de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la Mujer y, en su caso, el Juez de Guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. En el art. 63 se protege la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género⁹⁰.

Por el art. 64.1, el juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo, recogiendo en los números 3 y 4 del mismo artículo la potestad otorgada al Juez en orden a prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, situación que entrañará la orden de alejamiento, lo que le impedirá acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse además la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

⁹⁰ HOYOS SANCHO, M. de (Coord.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova 2009, pp. 203-230

En el art. 65, se refleja la posibilidad de que el Juez suspenda para el inculpado el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores; en el art. 66 la suspensión de visitas del inculpado por a sus descendientes. Para Sotorra Campodarve tales medidas sólo podrán ser adoptadas en los casos en que sean los propios menores las víctimas de la violencia doméstica, pues lo contrario vulneraría el correcto mantenimiento de las relaciones paternofiliales, y excedería del espíritu de la propia ley”⁹¹.

En el art. 67 se recoge el posible acuerdo de la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente.

Según el art. 68 de esta Ley, las mencionadas medidas deberán establecerse por auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa, dado el carácter profundamente restrictivo de derechos que para el actor éstas podrían suponer.

El Consejo de Ministros, mediante acuerdos de 15 de diciembre de 2006 y de 22 de junio de 2007, en orden a evaluar la necesidad de la aplicación de dichas medidas y su consecuente proporcionalidad, aprobó un conjunto de medidas urgentes para abordar el problema, entre las que destaca la elaboración, por parte de la Secretaría de Estado de Seguridad, de un protocolo de valoración de riesgo para su uso por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Se promulgó por la Secretaría de Estado de Seguridad la Instrucción nº 10/2007 por la que se aprobó el Protocolo para la Valoración Policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y su comunicación a los órganos judiciales y al ministerio fiscal.

De acuerdo con dicho Protocolo, siempre que se tenga conocimiento de un episodio de violencia de género, la actividad policial se dirigirá a determinar:

- a) Los factores referidos a la violencia sufrida por la víctima.
- b) Las relaciones mantenidas con el agresor.
- c) Los antecedentes del propio agresor y su entorno.

⁹¹ SOTORRA CAMPODARVE, M. C. “Protección en el ámbito Penal”. En *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2007. p. 426.

- d) Las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima y el agresor.
- e) La retirada de denuncias, la reanudación de la convivencia y la renuncia de la víctima al estatuto de protección concedido.

Esta información es imprescindible para poder concretar el nivel de riesgo de violencia y las medidas que hayan de adoptarse en cada caso para asegurar la protección. El Protocolo va también a crear unas unidades policiales especializadas en este peculiar tipo de delincuencia, las Unidades Especializadas en Violencia de Género, que realizarán las siguientes actuaciones:

1. Evaluar el riesgo cuando les corresponda la instrucción o investigación de los hechos.
2. Velar por el adecuado cumplimiento de los protocolos de investigación y de valoración del riesgo por parte del personal no especializado de su área de competencia.
3. Analizar pormenorizadamente los procedimientos de valoración del riesgo y la puesta en práctica de las medidas de protección, siempre que se produzcan disfunciones y en todos los casos de violencia de género con resultado de muerte, a fin de detectar las circunstancias, factores y variables no tenidas en cuenta, para incorporarlas al sistema y mejorar su funcionamiento. Los análisis que éstas realicen se remitirán a la Secretaría de Estado de Seguridad.

La orden de alejamiento o medida cautelar de alejamiento se recogía ya en la Ley 14/1999, de 9 de junio de modificación del Código Penal y de la LECrim que añadía en su artículo 3, el art. 544 bis, con la siguiente redacción: “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma”. La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección a las Víctimas de Violencia de Género, recoge, como su nombre indica, una medida en este sentido⁹².

⁹² Vid. HOYOS SANCHO, M. de “La orden de protección a las víctimas de violencia de género” en HOYOS SANCHO, M. de (Coord.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 521-564

En el Art. 64 de la Ley Orgánica 1/2004 (“De las medidas de salida del domicilio, alejamiento...”), en el número 3, párrafos segundo y tercero: “3. El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal”.

También regula la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre los mecanismos tecnológicos de control a distancia, la prohibición de acudir a ciertos lugares y de aproximarse o comunicar con la víctima, medida ésta que más adelante habrá que estudiar en relación al régimen de visitas.

Hasta aquí se ha pretendido hacer un repaso por la regulación en materia de violencia doméstica y la violencia de género en el ordenamiento jurídico español, que concluye en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, haciendo un paréntesis para entender el fenómeno de la violencia de género desde sus orígenes y la repercusión no sólo en la mujer víctima de violencia de género, sino también en sus hijas e hijos víctimas, de igual modo, de este tipo de violencia que también sufre su madre.

D) Las Fiscalías contra la Violencia sobre la Mujer.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, creó la figura del «Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer» como Delegado del Fiscal General del Estado, y en las Fiscalías territoriales se creó asimismo la «Sección contra la Violencia sobre la Mujer», que intervienen en las materias y procedimientos penales y civiles que conozcan los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁹³. La Sección contra la Violencia estará integrada por un Fiscal Delegado de la

⁹³ Vid. RIVAS VALLEJO, P/ BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.) *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y Práctica forense*. Cizur Menor, Navarra, 2007.

Jefatura, que “asume las funciones de dirección y coordinación que específicamente le son encomendadas” y los fiscales adscritos que se determinen pertenecientes a las respectivas plantillas

La creación de la figura del Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer representa un avance importante en la aportación del Ministerio Fiscal en la lucha contra delincuencia que tan nocivos efectos despliega en el círculo de sus víctimas. Se pretende lograrlo con la intensidad que permite la posición central del Fiscal General del Estado, pero con la flexibilidad de su articulación mediante un Fiscal Delegado que a nivel estatal se encargará de supervisar y coordinar la actuación de las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer de todas las Fiscalías.

La Ley Orgánica 1/2004 dibuja para el Fiscal de Sala la función de supervisar y coordinar a nivel estatal las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer de las Fiscalías y sus criterios de actuación, superponiéndose a la actividad coordinadora que sobre las mismas ejercen también los Delegados de la Jefatura en la Sección, pretendiendo con ello no sólo una respuesta eficaz en estos graves hechos, sino mantener la unidad de actuación que es la base de la seguridad jurídica que debe amparar a la ciudadanía a la hora de someterse a un procedimiento penal en que reclama la reparación del daño⁹⁴.

Entre las funciones que se acometen por la Fiscalía de Sala se incluyen las variadas y necesarias relaciones interinstitucionales que se llevan a cabo con la Delegación de Gobierno de Violencia de género del Ministerio de Igualdad, y con el Observatorio Estatal, dependiente de esta Institución; con el Ministerio de Justicia, Ministerio de Interior, Ministerio de Sanidad, Observatorio de Violencia Doméstica y de género del C.G.P.J., así como la participación en reuniones de ámbito nacional e internacional.

⁹⁴ *Ibid.*

4. REFORMAS EN EL ÁMBITO PENAL Y PROCESAL PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

4.1. REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, de 30 de MARZO

Consecuencia de la ratificación del Convenio de Estambul, por parte del Estado español, se han sucedido una tras otra, numerosas reformas en nuestro ordenamiento jurídico.

La L.O. 1/2004, en los títulos IV y V, regula la tutela penal y la tutela judicial, en el ámbito de la Tutela penal introdujo modificaciones importantes en relación a algunos tipos delictivos: delito de maltrato, de amenazas leves, de coacciones, de lesiones menos graves y el de quebrantamiento, que dieron lugar al planteamiento de multitud de cuestiones de inconstitucionalidad todas ellas resueltas a favor de la adecuación de la norma a nuestra Constitución⁹⁵.

La violencia de género ha sido y sigue siendo una de las manifestaciones más claras de la desigualdad, la subordinación y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 1.1, define la violencia de género como aquella 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 «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». Por tanto, todas las expresiones de la violencia de género en las relaciones de pareja eran delito, salvo las injurias, es decir, los insultos, que tenían la consideración de falta, siempre que por su entidad o reiteración no debieran considerarse delito.

⁹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional nº 59/2008; 80/2008; 81/2008; 127/2009; 41/2010, 45/2010; 164/2009; 167/2009, 151/ 2009, 152/2009; 153/2009 ; 154/2009, 165/2009, 177/2009, 179/2009 y 180/2009, 178/2009, 201/2009, 202/2009, 203/2009, y 213/2009

Actualmente, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, despenalizada la falta de injurias cuando estas eran cometidas entre particulares, en el vigente Código Penal se consideran delito leve aquellas injurias que vayan dirigidas a las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173 del Código Penal, esto es, las personas que gozan de especial protección en el ámbito de la violencia de género y de la violencia doméstica o personas especialmente vulnerables. El artículo 173.4 del reformado Código Penal, establece que si el ofendido por las injurias leves es alguna de las personas que aparecen detalladas anteriormente, será castigado como autor de un delito leve.⁹⁶ Al ser considerado un delito leve, las conductas penadas llevarán aparejada la inscripción de antecedentes penales⁹⁷.

Si bien es cierto que han existido sentencias dictadas por alguna Audiencia Provincial de forma aislada, el criterio mayoritario es que la relación de noviazgo debe incluirse dentro de las relaciones a que se refieren los artículos 153 y 173 del Código Penal, teniendo en consideración, no obstante, que dicha relación de noviazgo debe revestir ciertas características de forma taxativa⁹⁸, siendo relevante que exista estabilidad en la relación

⁹⁶ CARMONA SALGADO, C. “A propósito de la desafortunada reconversión de la falta de injurias en el "delito leve" sobre violencia familiar habitual del art. 173.2 CP (LO 1/2015, de 30 de marzo)”, *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo / coord. por BACIGALUPO SAGGESE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., ECHANO BASALDUA, J. I.* 2016, pp. 781-794

⁹⁷ La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª), sentencia de 17 de septiembre de 2015, recoge: “*las injurias leves y las vejaciones injustas, salvo cuando se cometen sobre alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173, quedan al margen del ámbito penal, por tratarse de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación. La intención, por tanto, es que sólo se deriven a la vía penal aquellas conductas que tengan verdadera entidad y relevancia, cuando además no existan medios alternativos para la solución del conflicto*”.

⁹⁸ MUÑOZ MARÍN, A. “La análoga relación de afectividad al matrimonio a efectos procesales penales”. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 184, 2016 pp. 135-140. BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. “Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual” *ADPCP*. VOL. LII, 1999. *Vid.* CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal*, núm.6, 2000 p. 26, quien considera imprescindible el requisito de la convivencia. *Vid.* CUENCA SANCHEZ, J.C., «El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación», *La Ley*, 1991 p. 1185. En el mismo sentido, *Vid.* Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2000. ACALE SANCHEZ, M. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000. CUADRADO RUIZ, M.A./ REQUEJO, C., «El delito de malos tratos en el ámbito familiar : artículo 153 del Código Penal” *La Ley*, 2000

que no se trate de algo puntual o esporádico⁹⁹. Puede darse la circunstancia que la relación de pareja hace tiempo que haya terminado y se entiendan objeto de este delito los actos, siempre y cuando exista una relación directa o indirecta entre el acto de violencia que tiene lugar en la actualidad y la relación de pareja que existió entre el agresor y la víctima. Si la agresión se produce cuando la relación sentimental se encuentra finalizada, pero la relación tuvo las características marcadas con anterioridad, será considerada como una situación de violencia de género y enjuiciada como tal. No puede establecerse un límite temporal determinado, si bien, si dicha relación de causalidad existe y puede acreditarse, estaremos ante un episodio de violencia de género del cual conocerán los Juzgados de Violencia contra la Mujer¹⁰⁰.

En cuanto al concepto de violencia habitual, con la reforma del Código Penal por la Ley 3/1989 se incorpora como nuevo delito, entre otros, la violencia física habitual en el ámbito doméstico, en términos que, desde entonces, no ha dejado de sufrir modificaciones, siendo establecida la última por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y que incluye en su redacción las lesiones de menor gravedad previstas en el apartado 2 del artículo 147. Además, esta ley orgánica introduce un nuevo artículo, el 172 ter, con el

⁹⁹ En cuanto a la denominación de relación análoga de afectividad, la duda radica en qué debe entenderse por “relación de análoga afectividad” respecto a la conyugal, aún sin convivencia, ya que, en estos casos, suele ser lo más complicado en determinar. ¿Dónde terminar una amistad y empieza un “noviazgo”? Para saber si nos encontramos en un supuesto de violencia de género o de un delito común, la jurisprudencia establece que debe ser una relación que vaya más allá de la mera amistad (SAP Sevilla de 28 de noviembre de 2007). Esta sentencia presume que existe relación análoga de afectividad al haber mantenido relaciones sexuales durante un año, llegando incluso la víctima a quedarse embarazada. Este es el motivo que llevó a la Audiencia a considerar que se encontraba dentro de una relación de análoga afectividad. Por su parte, la AP Tarragona establece cuales son las características de una relación de análoga afectividad a la conyugal, señalando las siguientes notas: dotadas de una cierta duración y vocación de permanencia, que traspase lo meramente episódico y la relación de simple amistad, quedando igualmente excluidos encuentros amistosos o meramente esporádicos aún de contenido sexual. La clave para averiguar si estamos en un delito especial o general, junto con las características mencionadas es la que establece la Audiencia Provincial de Valencia, es que tenga vocación de permanencia y fidelidad de una persona hacia la otra, cosa que deberá averiguar y determinar el Juzgado en cada caso.

¹⁰⁰ Ejemplos de lo expuesto anteriormente lo podemos encontrar en los pronunciamientos, entre otros: SAP de La Rioja, Sec. 1ª, 15 de septiembre de 2011. “*La relación que mantenía el acusado con la víctima y por la que se puso la orden de protección incumplida era de noviazgo, más allá de la mera amistad o de un escaqueo amoroso*”

SAP de Valencia, Sec. 1ª, 10 de noviembre de 2010 “*En la detención el acusado habló de la denunciante como su compañera sentimental, con la que estaba conviviendo, siendo aplicable el art. 153.1 dada la nota de estabilidad y compromiso*”

SAP de Albacete, Sec. 2ª, 30 de noviembre de 2006. “*Equiparación de la relación de noviazgo de tres meses sin convivencia a la de afectividad análoga a la conyugal, a los efectos de aplicar el art. 153.1 CP*”

siguiente contenido: «1º) Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

- La vigile, la persiga o busque su cercanía física.
- Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
- Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.
- Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

2º) Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3º) Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4º) Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

La habitualidad o el carácter repetitivo de las agresiones, aunque no sean graves, se considera un delito nuevo¹⁰¹, aunque no hay acuerdo sobre el número de actos de violencia exigibles. La jurisprudencia mayoritaria comenzó exigiendo tres actos como mínimo, pero se relativizó esta exigencia, estimando algunas resoluciones judiciales que bastaba con dos actos de maltrato. La habitualidad exige la concurrencia de una pluralidad de acciones constitutivas de una secuencia y con una proyección temporal suficiente¹⁰².

¹⁰¹ La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Tudela de 23 de marzo de 2015 fue la primera sentencia en la que se condena al acusado por realizar insistentes y reiteradas llamadas telefónicas, envío de mensajería multiplataforma y mensajes de texto, algunos de ellos con contenido sexual a la víctima, que supusieron la alteración de la vida normal de ésta.

¹⁰² STS de 26 de diciembre de 2014 así define: “la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más. Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del coprocesado hacia la recurrente, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del art. 173.2 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras

En definitiva, conlleva la creación de un espacio de terror por parte del sujeto activo mediante la reiteración de conductas violentas tendentes a degradar al sujeto pasivo que la recibe o, como se dice en varias sentencias, que el sujeto pasivo viva en un estado de agresión permanente¹⁰³.

Con la entrada en vigor del Convenio de Estambul, el legislador está obligado a tipificar cada una de las figuras delictivas a que se refiere aquel y actualmente, tras la entrada en vigor de la reforma operada en el C.P. por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, España cumple el mandato en relación a los delitos a que se refieren en los arts. 33 al 43 del Convenio de Estambul¹⁰⁴

situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.”

¹⁰³ La SAP de Madrid 14/2012, de 29 de junio, recogía: “Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP. establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia en falta de malos tratos -lo que podría constituir un problema de "non bis in idem" parece más acertado optar por un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo”

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante, de 26 de julio de 2012: “No se trata, por ello, de una serie de faltas de lesiones elevadas a delito por la repetición, ya que lo importante es que el Juez llegue a la convicción relativa a que la víctima vive en un estado de “agresión permanente”.

¹⁰⁴ Artículo 33 – Violencia psicológica Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de atentar gravemente contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción o amenazas.

Artículo 34 – Acoso

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad.

Artículo 35 – Violencia física

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de ejercer actos de violencia física sobre otra persona.

Artículo 36 – Violencia sexual, incluida la violación

1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

El 1 de Julio de 2015 entró en vigor la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entre cuyas reformas se incluyen modificaciones que refuerzan la protección penal de las víctimas de violencia de género¹⁰⁵:

2 El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

Artículo 37 – Matrimonios forzosos

1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio.

2 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio.

Artículo 38 – Mutilaciones genitales femeninas Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: a) la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin.

Artículo 39 – Aborto y esterilización forzosos

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: a) la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado; b) el hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento. Artículo 40 – Acoso sexual

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales.

Artículo 41 – Asistencia o complicidad y tentativa

1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando sea intencionada, la asistencia o la complicidad en la comisión de los delitos previstos en los artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38 a y 39 del presente Convenio.

2 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando sea intencionado, la tentativa de comisión de los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 a y 39 del presente Convenio.

Artículo 42 – Justificación inaceptable de los delitos penales, incluidos los delitos cometidos supuestamente en nombre del “honor”.

1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, no se considere a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto “honor” como justificación de dichos actos. Ello abarca, en especial, las alegaciones según las cuales la víctima habría transgredido las normas o costumbres culturales, religiosas, sociales o tradicionales relativas a un comportamiento apropiado.

2 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la incitación hecha por cualquier persona a un menor para que cometa cualquiera de los actos mencionados en el apartado 1 no disminuya la responsabilidad penal de dicha persona en relación con los actos cometidos.

¹⁰⁵ Cfr. CUADRADO RUIZ, *Cuestiones penales. A propósito de la reforma penal del 2015*, pp. 33-53.

En primer lugar, introduce la agravante de “género” (que después será objeto de estudio más detalladamente), tras cumplir con las obligaciones establecidas en el Convenio de Estambul en esta materia. Tras la reforma, nuestro ordenamiento jurídico cumple las obligaciones que el Convenio establece en el art. 46¹⁰⁶, en relación a la apreciación de las circunstancias agravantes cuando no sean elemento del delito, relativas al parentesco, reincidencia, especial vulnerabilidad o minoría de edad de las víctimas, la utilización de armas, la comisión en grupo o la utilización de una violencia extrema, así como la prevista en el art. 48¹⁰⁷ relativa a la prohibición de la mediación en los procedimientos de violencia de género (art. 87 ter.4 de la L.O. 1/2004)

También la promoción o incitación, directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por razones de género, se castiga en el artículo 510 del Código Penal.¹⁰⁸

¹⁰⁶Artículo 46 – Circunstancias agravantes. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio:

- a.- que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que abuse de su autoridad;
- b.- que el delito, o los delitos emparentados, se haya cometido de forma reiterada;
- c.- que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias;
- d.- que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor;
- e.- que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente;
- f.- que el delito haya sido precedida o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad;
- g.- que el delito se haya cometido mediante la utilización o la amenaza de un arma;
- h.- que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima;
- i.- que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos de similar naturaleza

¹⁰⁷ Artículo 48 – Prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas. 1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio. 2 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que, en el caso de que se condene al pago de una multa, se tenga debidamente en cuenta la capacidad del autor del delito para hacer frente a las obligaciones económicas que tenga contraídas con la víctima.

¹⁰⁸ BOIX REIG, J. (dir.), GARCIA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAIS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S. *Derecho Penal Parte Especial, Vol. I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal.* 2ª edición. Ed. Iustel, 2016. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial.* 20ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, 2015

En segundo lugar, modifica la regulación de la suspensión de la pena en los artículos 80 a 88 del Código Penal, otorgando para su concesión mayor arbitrio al Juez, teniendo en cuenta que la ejecución sea o no necesaria para evitar la reiteración delictiva, valorando las circunstancias del delito y de la persona del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, su esfuerzo por reparar el daño y sus circunstancias familiares y sociales, manteniendo una única regulación que engloba la suspensión y la sustitución de la pena privativa de libertad¹⁰⁹.

Contempla únicamente en el artículo 89 del CP la sustitución de la pena para regular la sustitución por expulsión en condenas a penas de prisión de más de un año impuestas a ciudadanos extranjeros.

En relación a la sustitución de la pena a extranjeros por expulsión, deberá resolverse en sentencia si es posible, y frente a la posibilidad de sustitución establecida en la anterior redacción del artículo 89 del CP, la nueva reduce su aplicación a las penas de prisión no superiores a cinco años, cuando antes eran seis años.

Por el contrario, la posibilidad de sustituir la pena por expulsión se amplía al eliminarse el requisito de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España.

Las penas impuestas por la comisión del delito de trata de seres humanos no pueden ser sustituidas por esta expulsión, regulado en el apartado 9 del artículo 89¹¹⁰.

Regula la suspensión ordinaria de la pena privativa de libertad en el artículo 80.2 del Código Penal, para reos primerizos a los que se le imponga una pena igual o inferior a dos años de prisión, sumadas todas las penas impuestas, sin incluir la derivada del impago

¹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, 2015

¹¹⁰ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, MARÍA.: *Derecho penal, género y nacionalidad*. Ed. Comares, 2016.; ALCACER GUIRAO, R.: *Trata de seres humanos, persecución penal y protección de víctimas*. Ed. Edisofer, 2016.; IGLESIAS SKULJ, A, PUENTE ABA, L.M.: *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Ed. Comares, Granada, 2012; LARA AGUADO, ÁNGELES.: *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual*. Ed. Aranzadi, S.A, Navarra, 2012; LAURENZO, P, MAQUEDA, M.L, RUBIO, A. *Género, violencia y derecho* (coordinadoras), Ed. Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2008; PÉREZ ALONSO, E, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

de multa, con la condición siempre de que paguen o se comprometan a pagar la responsabilidad civil y se haya hecho efectivo el decomiso acordado y regulado en el artículo 127 del Código Penal, que también se reforma y unifica.

El plazo de esta suspensión ordinaria será de 2 a 5 años, como establece el artículo 81 del CP y se acordará en sentencia siempre que fuera posible, según el artículo 82 del CP, contándose el plazo de suspensión desde que la sentencia quedó firme. Si se acuerda en Auto, desde la fecha de la resolución, salvo que estuviera en rebeldía, en cuyo caso desde que se le notifica

A los efectos de la reincidencia y de la suspensión de la pena, no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos leves, ni imprudentes, ni por hechos sin relevancia para el de la nueva condena, pero hay que tener en cuenta el artículo 22.8ª del CP, por la que todos los antecedentes penales procedentes de cualquier Estado de la Unión Europea tendrán los mismos efectos que los antecedentes nacionales, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo conforme al Derecho español.

En el caso de las penas privativas de libertad impuestas a condenados por delitos relacionados con la violencia de género, la suspensión llevará aparejada siempre las siguientes prohibiciones y deberes: prohibición de aproximación a la víctima o a aquellos familiares o personas que determine el Juez, prohibición de residencia en un lugar determinado o de acudir al mismo, y deber de participaren programas de igualdad de trato y no discriminación, apartado 2 del artículo 83 del CP.

Se regula en el artículo 80.3 del CP otra modalidad de suspensión más extraordinaria, pues cabe acordarla para reos no habituales, pero que no es la primera vez que delinquen, y pese a que incluso la suma de todas las penas impuestas superan los dos años de prisión, siempre que ninguna de ellas individualmente considerada supere dicha extensión¹¹¹.

Con carácter general, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad también puede condicionarse al pago de una multa o trabajos en beneficio de la

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*. 9ª ed. Tirant lo Blanch, 2015. Cfr. CUADRADO RUIZ, *Cuestiones penales. A propósito de la reforma penal del 2015*. Dykinson, 2016

comunidad. No obstante, en los delitos relacionados con la violencia de género o doméstica, la imposición de la multa no debe afectar negativamente a los intereses económicos de la víctima, y por ello solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre el condenado y la víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común, artículo 84.2 del CP.

El nuevo art. 84.1 CP introduce también la posibilidad de condicionar la suspensión al cumplimiento del acuerdo de mediación, además de al pago de multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Cabe también la suspensión sin sujeción a requisito alguno por estar el penado aquejado de una enfermedad muy grave al amparo del artículo 80.4 del CP. La suspensión del condenado drogodependiente o alcohólico se regula en el artículo 80.5 del CP, cuando se cometió el delito a causa de la dependencia, y cuando la pena impuesta sea no superior a cinco años de prisión, y se condicionará en su caso la suspensión a que no abandone el tratamiento, no considerándose abandono las recaídas que no evidencien el abandono definitivo. En esta modalidad el plazo de suspensión es de 3 a 5 años.

Se regula la revocación del beneficio de la suspensión en el artículo 86 del Código Penal. Se revocará en caso de que vuelva a delinquir durante el período de la suspensión, o incumpla gravemente o reiteradamente las prohibiciones y deberes impuestos para ello, o no colabore en el decomiso o en el cumplimiento a las obligaciones de pago de las responsabilidades civiles, salvo que careciera de capacidad económica para ello.

Por lo tanto, como señala la Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado, inicialmente puede considerarse que el beneficio de la suspensión resulta ampliado en los siguientes aspectos:

- 1) En el momento de la concesión, no se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros de acuerdo con el nuevo art. 80.2.1º del Código penal.

2) En el momento de la revocación, no basta con que el sujeto cometa un nuevo delito, como en la redacción del anterior art. 84 nº 1, sino que la infracción cometida durante el período de suspensión tiene que poner de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida en aplicación del nuevo art. 86.1.a).

3) Respecto al concepto de "abandono del tratamiento", en el caso de suspensión otorgada por dependencia a sustancias, no se entienden por tal "las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación", art. 80.5.3 in fine.

Para las causas aún no enjuiciadas a la entrada en vigor de la reforma, cabrá aplicar la nueva legislación aunque desde el punto de vista de la pena a imponer no sea más beneficiosa, si con el anterior régimen no era posible la suspensión (Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por L.O. 1/2015).

En tercer lugar, amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada definida en el artículo 106 del CP¹¹². Esta medida se podrá imponer en todos los delitos contra la vida del art. 140 bis del CP; en los delitos de lesiones y de maltrato de obra cuando se trate de víctimas de violencia de género como establece el artículo 156 ter del CP y en el delito de violencia física o psíquica habitual del apartado 2 del artículo 173 del CP¹¹³.

¹¹² STS, Sala de lo Penal, de 14 de octubre de 2015 (4292/2015) recoge en el fundamento de derecho quinto: "el art 106 2º establece que el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena de privación de libertad impuesta "siempre que así lo disponga de forma expresa el Código" (en la actualidad en supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) y siempre quiere decir siempre, no solo cuando lo estime conveniente el Tribunal sentenciador. El propio Código prevé expresamente una eventual excepción, limitada a los delitos menos graves cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, en cuyo caso se deja a discreción del Tribunal imponer o no la medida en atención a la menor peligrosidad del autor. Excepción que es manifiesto que no concurre en el caso actual, por lo que la imposición de la libertad vigilada es imperativa."

¹¹³ DEMETRIO CRESPO, E., RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., ACALE SÁNCHEZ, M. Y OTROS *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. Ediciones Experiencia, S.L., 2016 NISTAL BURÓN, J. "El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria" *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 5, 2015. OTERO GONZÁLEZ, M.P. *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro*. Ed Dykinson, 2015

En cuarto lugar, elimina las infracciones penales constitutivas de falta, creando una nueva categoría de delitos llamados delitos leves¹¹⁴. Los delitos pueden ser graves, menos graves y leves. Su determinación se realizará por lo dispuesto en los artículos 13.3, 13.4 y 33.2 del CP. Son delitos leves los castigados con pena leve. Cuando la pena por su extensión pueda considerarse como leve y como grave, el delito se considerará leve. Cuando pueda considerarse menos grave y grave, se considerará grave. Sin embargo, si es un delito con penas compuestas y una de ellas fuera grave, será grave.

En consecuencia, sólo podrá considerarse leve un delito cuando todas las penas que tenga asignadas incluyan o estén íntegramente comprendidas en los tramos leves definidos en el art. 33.4 CP; por el contrario, si alguna o algunas de ellas tienen prevista una extensión comprendida íntegramente en los tramos menos graves del art. 33.3 CP, prevalecerá el art. 13.2 CP y el delito habrá de ser considerado menos grave (Circular 1/2015 de la FGE).

Se mantiene como delito leve en el punto 4 del artículo 173 del CP las injurias o vejaciones injustas leves cuando la víctima es una persona del artículo 173.2 del CP. Injurias que solo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal, pero en violencia de género no se requiere denuncia para perseguir el delito de vejación injusta de carácter leve, ni en general ningún delito, salvo los delitos contra la libertad sexual, mientras que los delitos leves que no están relacionados con la violencia de género solo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

El enjuiciamiento de los delitos leves se efectuará por un procedimiento que no es más que una adaptación del anterior juicio de faltas del libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que efectúa la propia L.O. 1/2015 y que ahora se llama “Del procedimiento para el juicio sobre delitos leves”, comprendiendo los artículos 962 a 977 de la LECrim.

Por la previsión de la fase preparatoria del juicio sobre delitos leves, cabe distinguir dos modalidades en su tramitación, según tenga obligación o no de citar la policía al

¹¹⁴ FARALDO CABANA, P. *Los delitos leves*. Tirant lo Blanch, 2016. VICENTE MARTÍNEZ, R. de. *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*. Ed. Bosch, 2015

denunciante, ofendido perjudicado, denunciado y testigos. En la modalidad acelerada de citación policial se encuadra el delito leve del artículo 173.4 del CP.

Los juicios de faltas por hechos cometidos antes del 1 de julio de 2015 que hayan quedado despenalizados proseguirán su tramitación en los términos de la Disposición transitoria cuarta de la L.O. 1/2015, a los solos efectos de dirimir la acción civil, salvo que el perjudicado renuncie expresamente a ser indemnizado, se reserve las acciones civiles o no exista perjuicio indemnizable, en cuyo caso procederá el archivo del procedimiento.

En quinto lugar, introduce nuevos tipos penales relacionados con la violencia de género:

El delito de hostigamiento o acecho¹¹⁵ (“stalking”).-

Este delito se venía castigando en algunos casos como delito de coacción leve del artículo 172.2 del CP o como vejación leve, ahora se castiga en el artículo 172 ter del CP al que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas descritas en dicho tipo penal, alterando gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

Estas conductas se repiten con frecuencia en los casos de violencia de género, por lo que puede ocurrir que la mujer no haya sufrido episodios de malos tratos durante su relación, pero que es a raíz de su separación cuando el hombre comienza a acosarla, vigilarla y perseguirla sin más. Esta conducta no integraba delito alguno cuando en el derecho anglosajón sí que queda configurada como el delito de stalking. Pero es más, es que, hasta la reforma del Código penal, la víctima no podría ni tan siquiera pedir una orden de alejamiento porque no había cometido «todavía» un delito ni de maltrato físico, ni amenaza o coacciones, por ello se tipifican estos hechos para evitar la impunidad de estas conductas¹¹⁶.

¹¹⁵ GÓMEZ NAVAJAS, J. “La violencia de género a golpe de click“, artículo presentado y premiado con una mención especial por su temática innovadora en el IV CONGRESO PARA EL ESTUDIO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. El impacto de las TICs en la Violencia contra las mujeres [JU1302 H], celebrado en Sevilla durante los días 25 y 26 de noviembre de 2013

¹¹⁶ En este sentido *vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Ed Tirant lo Blanch, 2013. DE LA CUESTA ARZAMENDI y MAYORDOMO RODRIGO “ Acoso y Derecho penal” en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº. 25, 2011, págs. 21-48. TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de Stalking*. Ed. Bosch, 2016. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El proyectado delito de

En el delito de stalking en la violencia de género la pena de prisión es de 1 a 2 años y la multa opcional se sustituye por la de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días en lugar de la multa¹¹⁷.

Se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección ya los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la “edad de consentimiento sexual” como la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez (art. 183quater del CP). Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años– pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

acecho: incriminación del stalking en derecho penal español”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm.109, I, Época II, mayo 2013, págs.5-44.

¹¹⁷ LAFONT NICUESA, L. (Coord), BARES BONILLA, P., VILLACAMPA ESTIARTE, C., y otros, *Los Delitos de Acoso Moral: Mobbing, Acoso Inmobiliario, Bullying, Stalking, Escrachas y Ciberacoso*. Ed. Tirant lo Blanch, 2017

Por otra parte, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección actos obscenos o material pornográfico, en los artículos 185 y 186 del CP, reformando la tipificación de la pornografía infantil en el artículo 189 del CP, castigándose la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos con menores o personas con discapacidad, o la adquisición para el propio uso de pornografía infantil o con personas con discapacidad necesitadas de especial protección¹¹⁸.

En los delitos contra la prostitución¹¹⁹, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En este segundo caso, tipificado en el artículo 188 del CP, se elevan las penas previstas con el fin de armonizar las legislaciones europeas y se introducen nuevas agravantes para combatir los supuestos más lesivos de prostitución infantil.

Se modifica el artículo 187 que castiga el proxenetismo, con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena, hecho que se da en algunas relaciones de pareja. Con este fin, se sanciona separadamente la determinación a que la pareja se prostituya, al que se lucre de esa prostitución, aun con el consentimiento de la misma¹²⁰. En todo caso se entenderá que existe explotación cuando la víctima esté en una situación de vulnerabilidad o se la impongan condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

¹¹⁸ BOLVOBA PASAMAR, M.A., “Delitos de corrupción de menores”, EN ROMEO CASABONA, C.M., *Derecho penal. Parte especial*, Granada 2016, p. 223 y ss. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*. 20ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, 2015

¹¹⁹ Cfr. MAQUEDA ABREU, M.L., *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Ed. Comares, Granada, 2009; BOLVOBA PASAMAR, M.A., “Los delitos relativos a la prostitución”, en ROMEO CASABONA, C.M., *Derecho penal. Parte especial*, Granada 2016, p. 217 y ss; OLARTE ENCABO, S.: La prostitución voluntaria: ¿ Una forma de esclavitud o de ejercicio de libertad personal, de trabajo y de empresa? en PÉREZ ALONSO, E, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

¹²⁰ CARMONA SALGADO, C. “Trata de seres humanos para su explotación sexual. Argumentos a favor de una regulación española que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución voluntaria”. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* nº 113, 2015

Téngase en cuenta que si se comete el delito sin violencia o intimidación no sería competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil. En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida.

En relación con la pornografía infantil, se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía. Por esta misma razón, se faculta expresamente a los jueces y tribunales para que puedan ordenar la adopción de medidas necesarias para la retirada de las páginas web de internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a dichas páginas.

La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa, con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal, destinado a sancionar al que, a través de medios tecnológicos, contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas¹²¹.

¹²¹ Al respecto GIL ANTÓN, A. M., “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, España, 2015, pp. 275-319. POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2016.

El delito contra la intimidad o derecho contra la propia imagen¹²².-

Se regulan supuestos en los que el origen de la imagen o grabación audiovisual no es ilícito, muy común en el “sexting”, como modalidad del ciberacoso, consistente en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de una persona¹²³, sin su autorización, que hubiere obtenido con su anuencia, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona y la víctima interponga denuncia, como así lo recoge el artículo 201 del CP. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos fueren cometidos por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así lo establece el apartado 7 del artículo 197 del CP.

Este delito contra la intimidad o privacidad ahora es competencia de los JVM tras la reforma operada por la LOPJ en julio de 2015.

Delito de inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos utilizados para controlar el cumplimiento de penas de alejamiento o prohibición de acudir a determinados lugares.-

Se trata de los supuestos de inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos utilizados para controlar el cumplimiento de penas de alejamiento o prohibición de acudir a determinados lugares, previstas en el artículo 48 del CP, o como medida cautelar o de seguridad, sirva de ejemplo la pulsera electrónica, como modalidad del delito de quebrantamiento de condena. Así se recoge en el apartado 3 del artículo 468 del CP.

¹²² Cfr. CUADRADO RUIZ, M^a Á., "Interceptaciones telefónicas y nuevas tecnologías", en *Cuadernos Jurídicos*, nº 1, Octubre 1992, págs. 66-72, ROMEO CASABONA, C.M., *Derecho penal. Parte especial*, Granada 2016, p. 253 y ss

¹²³ GIL ANTÓN, A. M., "De los delitos contra la intimidad personal y familiar y delito informático, de acuerdo con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal", en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 39, España, 2015, pp. 27-57. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El Delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. VILLACAMPA ESTIARTE, C./GÓMEZ ADILLÓN, M. J., "Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18-02, 2016, pp. 1-27

Como veremos la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuirá la competencia de este delito a los JVM, cuando fuere este Juzgado el que acordara cautelarmente la imposición de la medida de control respecto de un hecho objeto del procedimiento de su competencia.

Reforma de la tipificación del delito de trata de seres humanos¹²⁴.-

Se mejora la tipificación del delito de trata de seres humanos, para una completa transposición de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, en el artículo 177 bis del CP, incluyendo como posible delito de trata no solo para trabajos forzados, explotación sexual o extracción de órganos, sino también para la realización de actividades delictivas y matrimonios forzados. Para que exista trata debe existir una captación, el traslado, la acogida, la recepción o el intercambio y ésta puede cometerse no solo con violencia e intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o necesidad o de la vulnerabilidad de la víctima, sino también mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios, para lograr el control sobre la víctima o la captación.

Se entiende que existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la víctima no tiene otra alternativa, real o aceptable, para no someterse al abuso.

Se agrava la trata si se hubiera puesto en peligro la vida o integridad de la víctima, o esta fuere especialmente vulnerable o menor de edad. Se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas anteriormente cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación, derivándose esta interpretación también del Protocolo de Palermo¹²⁵ para prevenir reprimir y sancionar la trata de personas.

¹²⁴ ALCACER GUIRAO, R.: *Trata de seres humanos, persecución penal y protección de víctimas*. Ed. Edisofer, 2016; CUADRADO RUIZ, M^a Á., “El delito de matrimonio forzado” en PÉREZ ALONSO, E., *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 p. 495 y ss.; LARA AGUADO, A. *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual*. Ed. Aranzadi, S.A, Navarra, 2012; MAQUEDA ABREU, M.L, “El nuevo delito de matrimonio forzado”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de Código Penal*, Tarragona, 2014; PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; PÉREZ ALONSO, E, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *La delincuencia organizada: Un reto a la política criminal actual*. Ed. Aranzadi, SA 2013

¹²⁵ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo, 2000. El Protocolo de trata de personas entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. En febrero de 2014 ya lo habían ratificado 159 estados.

Tipifica el nuevo delito de delito de matrimonio forzado en el artículo 172 bis del CP, es decir, como una figura delictiva independiente, aunque encuadrada como una modalidad de coacción, en el Capítulo III del Título VI “Delitos contra la libertad”. También, el Código Penal tipifica el mencionado delito en el artículo 177 bis del Código Penal, situado en el Título VII bis “De la trata de seres humanos”, como una finalidad de explotación de la trata de seres humanos¹²⁶.

Por otro lado, la desaparición de las faltas y la adecuación de los tipos penales que ello comporta, no impide mantener la diferenciación en el tratamiento de los delitos relacionados con la violencia de género y doméstica, con el fin de mantener un nivel de protección más elevado. De este modo, aunque la nueva categoría de delitos leves requiera, con carácter general, de la denuncia previa del perjudicado, este requisito de perseguibilidad no se va a exigir en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica. Tampoco se exigirá denuncia en estos casos para la persecución del nuevo delito de acoso.

Otra previsión destacable en esta materia es la corrección que se introduce en materia de imposición de penas de multa, con el fin de que no genere consecuencias negativas en el ámbito familiar. Con carácter general, sólo será posible la imposición de penas de multa en este tipo de delitos cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o existencia de una descendencia común.

Por otro lado, en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado

¹²⁶ La Resolución 69/56 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 18 de diciembre de 2014, dice que “cada año aproximadamente 15 millones de niñas se casan antes de cumplir los 18 años y que más de 700 millones de mujeres y niñas actualmente vivas se casaron antes de los 18”

tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos.

4.1.1. Referencia a la circunstancia agravante de género del art 24.4 del CP, incorporada tras la reforma de la L.O. 1/2015.

La jurisprudencia viene reconociendo el carácter agravatorio de la circunstancia de parentesco del art. 23 del C.P.¹²⁷. en relación a los delitos contra bienes personalísimos como la vida, la integridad física, la libertad o la libertad e indemnidad sexuales¹²⁸. La Sentencia de la Sala de lo Penal del TS 529/14, de 24 de Junio, recuerda al respecto que “...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 realidad en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar tales conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales (STS 840/2012, de 31 de octubre)”, por supuesto, sin perjuicio de que no proceda su aplicación en los delitos de comisión por omisión, supuesto en el que podría encontrarse aquel progenitor que, manifestándose contrario a la mutilación, no haga nada para proteger a la hija de su práctica a la que es llevada por el otro, y ello, porque “...habría sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena ...por revestirla de la "posición de garante" respecto de su hija”¹²⁹. No cabe duda de que el delito de mutilación genital femenina atenta a un bien personalísimo cual es la salud y la integridad, además de a la dignidad de la persona, y que su ejecución merece el mayor de los reproches, pues, pese a ser precisamente los

¹²⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, en MORENO TORRES HERRERA, M. R. (Coord), ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. ,RAMOS TAPIA, M. I., ESQUINAS VALVERDE, P. VALVERDE CANO, A. B. 3ª Ed. Tirant lo Blanch, 2016

¹²⁸ STS 971/13 de 11 de diciembre: “la jurisprudencia de esta Sala aprecia que la circunstancia de parentesco tiene efecto agravatorio cuando se trata de delitos contra la vida, integridad física, libertad e indemnidad sexuales, como son exponentes las Sentencias 749/2010, de 23 de junio y 2/2008, de 16 de enero y en la sentencia 349/2009, de 30 de marzo, con igual criterio, declara que por la jurisprudencia se viene entendiendo que en los delitos que tienen un contenido de carácter personal opera como agravante y en los que predomina su significación patrimonial o similar lo hace como atenuante”

¹²⁹ STS 1083/2014 de 12 de diciembre

progenitores quienes han de velar por sus hijas e hijos, les someten a una de las prácticas más dolorosas y peligrosas.

El propio Convenio de Estambul, en el art. 46 dispone que los Estados adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, “puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio”, en concreto, que el delito se haya cometido “por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad” En las anteriores sentencias, los condenados fueron los progenitores y, sin embargo, a pesar de que la relación filial entre víctima y agresor no es elemento del tipo penal, nunca se apreció la circunstancia agravante de parentesco. Los motivos por los que así se haya hecho pudiera deberse a la compasión hacia esos progenitores que actúan como consecuencia de esas costumbres y tradiciones que, pese a su integración en nuestro país de muchos años, permanece arraigada en sus conciencias. En relación a ese conflicto la Sentencia de la Secc. 9ª de la A.P. de Barcelona 42/13 de 13 de mayo, hace alusión específica a “la tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre”. Por ello se hace necesario recordar que el art. 4 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, estableció que “Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla...” En la misma línea, el Convenio de Estambul, en el art. 42-1 dispone que “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, no se considere a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto «honor» como justificación de dichos actos. Ello abarca, en especial, las alegaciones según las cuales la víctima habría transgredido las normas o costumbres culturales, religiosas, sociales o tradicionales relativas a un comportamiento apropiado.”

También incorpora el “género” como motivo de discriminación en la agravante cuarta del artículo 22 del Código Penal. El “género” a que se refiere esta agravante ha de entenderse en el concepto extenso del Convenio de Estambul, que entiende por tal «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres»¹³⁰.

Por L.O. 4/1995 de 11 de mayo, se incluyó en el Código Penal de 1973, entonces vigente, la circunstancia agravante de discriminación al darse una nueva redacción al párrafo 17 del art. 10: “Son circunstancias agravantes. 17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.” Así, la agravación por razones de discriminación quedaba reducida a los supuestos en los que ésta obedeciera a razones étnicas o ideológicas sin contemplar otras, no menos importantes, como pueden ser el sexo, la orientación sexual, identidad de género, la enfermedad o minusvalía, y limitaba el campo de su aplicación a los delitos contra las personas y el patrimonio.

Sin embargo, esta situación fue modificándose y por la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, se aprobó el actual Código Penal, regulando las circunstancias agravantes en el art. 22 e incluyendo en el párrafo 4º las siguientes: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”. Es decir, a partir de este momento, además de incluir como circunstancias agravantes las de actuar por razón de la pertenencia de la víctima a un determinado sexo u orientación sexual, se podrían aplicar la agravante en

¹³⁰ Tribunal Constitucional, ya desde su Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, al tratar la cuestión de la desigualdad entre las sanciones del art. 153.1º y 153.2º CP, desentrañaba dicha categoría al explicar, cómo: «el término "género" que titula la Ley y que se utiliza en su articulado (...) no se trata de 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» (...) «el legislador quiere 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».

relación a la comisión de cualquier delito, siempre que, obviamente, se respeten el principio non bis in ídem y el de legalidad y no sólo a los delitos contra las personas o el patrimonio, como ocurría en la primera redacción analizada.

De nuevo, éste artículo fue modificado por la L.O. 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 19/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, para incluir junto a aquellas motivaciones, la de obrar por razón de discriminación por razón de identidad sexual.

El art. 22 del C.P. en su párrafo 4º, tras la reforma operada por L.O. 1/2015 queda redactado de la siguiente manera:

*4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*¹³¹

Ello obliga recordar los conceptos de sexo y género y los de violencia de género utilizados en la L.O. 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia De Género y en el Convenio de Estambul antes referido, que son distintos. En general, se define sexo en función de la biología de las personas, mientras que el concepto de género se refiere a las características sociales o culturales asignadas en función del sexo. La OMS dice que “el sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres.

En el mismo sentido el Convenio de Estambul en el apartado c del art. 3 dice que “Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de

¹³¹ El preámbulo de la L.O.1/15 refiere como motivo de la incorporación por razones de “género”, “que el género, entendido de conformidad con 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 7 de abril de 2011, como «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”

hombres” y define “violencia contra la mujer” y “violencia contra la mujer por razones de género” Así, entiende la “violencia contra la mujer” como “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada” (art. 3-a) y define la “violencia contra la mujer por razones de género” como “... toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, utilizando así la definición dada por la Recomendación General 19 de 1992 de la CEDAW.

El Parlamento Europeo en el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INI) de 31 de enero de 2014, recuerda, en el Considerando B, que “la violencia de género... guarda relación con las desigualdades existentes en la distribución del poder entre mujeres y hombres y con las ideas y los comportamientos basados en estereotipos en nuestra sociedad que se deben combatir desde las fases más tempranas con el fin de cambiar las actitudes”

Para la Unión Europea y de acuerdo con el Convenio de Estambul, la violencia sobre la mujer es aquella que se comete contra ésta por el simple hecho de serlo y que le afecta de una manera desproporcionada; que se puede cometer tanto en el ámbito privado como en el público y que es reflejo de las desigualdades existentes en la distribución de poder entre mujeres y hombres.

Sin embargo, la L.O. 1/2004, limitó el concepto y el ámbito de su aplicación a la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja y la definió como aquella “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 modificó una serie de preceptos del CP

(arts. 153-1; 171-4; 172-2 y 148-4 del CP), que fueron declarados conformes a la Constitución Española en numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional¹³².

Por tanto, pese a la confusión que pudiera pensarse que existe entre la utilización de los términos género y sexo, las Instituciones Europeas y nuestro ordenamiento jurídico se decantan por relacionar el sexo con la condición biológica de ser hombre o mujer y el género con las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, es decir, con los roles y estereotipos que colocan a la mujer en una papel secundario y de subordinación en las relaciones personales y sociales. Siguiendo esa línea de pensamiento podríamos decir que son conductas discriminatorias por razón de sexo, aquellas que comete un hombre o mujer contra otra persona- hombre o mujer- por razón de su pertenencia a ese determinado sexo biológico o en relación a sus funciones biológicas. Sin embargo, la discriminación por razón de género, al hacer referencia a la desigual distribución de roles o poderes entre hombres y mujeres, supone la realización de conductas que, en la concreta situación relacional en la que se encuentren hombre y mujer, suponga un trato desfavorable a la mujer, de subordinación injusta e injustificable

Siguiendo al diferenciación expuesta en el párrafo anterior, el TC en la Sentencia 59/2008 de 14 de mayo afirmó que cuando el legislador de 2004 utiliza el término género no lo hace en referencia a “...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 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.”

Añadió, el Tribunal Constitucional, que el legislador español, con la reforma operada por la LO 1/2004 en el Código Penal, lo que hizo en los preceptos penales que modificó, fue

¹³² Sentencias del Tribunal Constitucional: 59/2008; 80/2008; 81/2008; 127/2009; 41/2010 y 45/2010.

“apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas”¹³³
Sentencia del Pleno 45/2010 de 28 de julio, fundamento jurídico 6-que “...necesita ser contrarrestado con una mayor pena.

Ese carácter especialmente lesivo y el significado objetivo de la violencia como manifestación de una grave y arraigada desigualdad concurrirá, igualmente, en otras formas delictivas que no fueron objeto de modificación por la Ley Integral, si se ejecutan en el ámbito de la pareja o ex pareja, lo que determinaría la aplicación de la circunstancia agravante.

Sentada la posible aplicación de la circunstancia en aquellos supuestos de violencia ejercida por el hombre sobre la mujer que sea o haya sido su cónyuge o pareja con o sin convivencia, en aquellos otros supuestos en los que no haya sido tenida en cuenta como elemento constitutivo del delito la relación desigual de pareja, la cuestión a determinar es si, cuando la relación es o ha sido de matrimonio o de convivencia, que no de noviazgo, es de aplicación la circunstancia agravante de actuar por razones de género del art. 22.4 del CP y además la de parentesco del art. 23 del CP, o ello supondría incurrir en un bis in ídem proscrito por la Ley.

El Convenio de Estambul en el art. 46 dispone que “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio” y, entre ellas está la de que “el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad”

Del análisis de las diferentes reformas del Código Penal en materia de violencia doméstica y de género, se aprecia claramente la distinción entre ese plus de antijuridicidad que supone ejecutar la acción violenta contra el que es o ha sido cónyuge o pareja o

¹³³ Sentencia del Pleno del TC 45/2010 de 28 de julio, fundamento jurídico 6-que “...necesita ser contrarrestado con una mayor pena”

ascendiente, descendiente,...del autor y aquel otro que concurre cuando se actúa por razones de género.

La L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, modificó el art. 153, artículo en el que, hasta entonces, se regulaba el delito de violencia habitual, que pasó al art. 173.2, para elevar a la categoría de delito la falta de lesiones o maltrato sin resultado lesivo cuando el ofendido fuera alguna de las personas incluidas en el párrafo 2 del art. 173, entre los que se encuentran, además de otros parientes, quienes sean o hayan sido cónyuge o persona unida al autor por una relación análoga de afectividad, sin distinción de sexo. Así se tuvo en cuenta ese plus de antijuridicidad motivado por las relaciones afectivas y de parentesco que unen o unieron a autor y víctima.

Con la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se modificó de nuevo el art. 153 para sancionar esa conducta, en el párrafo 1º, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, sancionando esas conductas cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior.

La diferencia punitiva entre ambos supuestos la justifica el legislador en la Exposición de Motivos en el plus de antijuridicidad distinto al que tuvo en cuenta en la reforma del año 2003, al considerar que la violencia sobre la mujer es "...el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión"

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la ratio de la circunstancia agravante de parentesco y la de discriminación por razón de género, es bien distinta y su configuración también. Mientras que la agravante del párrafo 4º 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 (STS 840/12 de 31 de

octubre) o de afectividad, presentes o pretéritas. En concreto, en relación a estas últimas, en “la falta de respeto especial demostrada por el autor en relación a una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre”(STS 529/14 de 24 de junio) y que hacen a aquellas conductas merecedoras de una mayor reproche penal.

La primera adquiere, 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 exigiría la concurrencia de un elemento objetivo, que la víctima sea mujer y otro subjetivo, el ánimo del autor.

En la STC 59/2008 de 14 de mayo, la voluntad del legislador con la L.O.1/2004 fue la 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...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” y no por la simple existencia de la propia relación, parece que, en aquellos delitos en los que no sean elementos del tipo penal, se podrían aplicar ambas circunstancias, la primera por ser el hecho manifestación de discriminación por razón de género y la segunda por concurrir esa relación de matrimonio o análoga de afectividad, presente o pretérita a que se refiere el art. 23.

Si en aquellas conductas violentas menos graves, el legislador tiene en cuenta esos dos pluses de antijuridicidad para castigar más al que agrede a quien sea o haya sido su cónyuge o pareja y con un plus si el cónyuge o pareja agredido es la mujer, al considerar esta violencia una manifestación brutal de desigualdad, esas dos circunstancias concurrirán cuando el autor cometa actos violentos más graves, como por ejemplo, atentar contra la vida de aquella mujer (al no estar incluidos entre los elementos del tipo penal del homicidio y del asesinato, ni la relación de afectividad ni la discriminación). No tendría sentido agravar la respuesta penal al concurrir esas dos circunstancias cuando el autor da una bofetada a su mujer y no hacerlo cuando la agrede hasta provocarle lesiones graves o incluso la muerte. Hasta ahora se ha aplicado la agravante de parentesco, tras la entrada en vigor de la reforma en estudio, en mi opinión, debería aplicarse en tales situaciones, además, la circunstancia agravante de género del art. 22.4 del C.P. Sólo así

se alcanzarán los objetivos pretendidos por legislador, incorporando al hecho todo el desvalor de aquellos aspectos que normativamente vienen recogidos en el art. 23 y 22.4 del C.P.

En cuanto a otros delitos de violencia sobre la mujer por razones de género¹³⁴, que se cometan al margen de la relación de pareja o ex pareja y que “...se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito” (art. 43 del Convenio de Estambul), la agravante de discriminación por razones de género resultará de aplicación cuando concurren los elementos objetivos y subjetivos que requiere el precepto. Ahora bien, no será de aplicación en algunos de ellos, como en la mutilación genital femenina (art. 38 del Convenio y 149.2 del CP), por ser elemento constitutivo del tipo la condición específica del sujeto pasivo ser mujer y fundamento del delito, la manifestación de la discriminación histórica existente en ésta y otras prácticas nocivas para la salud de la mujer y la niña.

En relación al matrimonio forzado¹³⁵ del art. 37 del Convenio y 172 bis del CP, ya que el sujeto pasivo puede ser un hombre o una mujer, cuando la mujer sea la víctima, debería

¹³⁴ Vid, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Madrid, 2006. ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de Violencia de Género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, ACALE SÁNCHEZ, M. “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008. CUADRADO RUIZ, M^a Á., Cuestiones penales. A propósito de la Reforma penal de 2015. Madrid, 2016. CUADRADO RUIZ, M^a Á/ REQUEJO CONDE, M^a C., “El delito de malos trato en el ámbito familiar: art. 153 del Código penal”, en *La ley*, nº 4, 2000, p. 1 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. GARCIA ALVAREZ, P. *La víctima en el derecho Penal Español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal” en *Rev. Aranzadi*, 2004, pp. 45-87. GONZÁLEZ RUS, J.J. “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004* homenaje al Profesor Cobo del Rosal. Ed., Dykinson, Madrid. 2005. GORJON BARRANCO, M.C. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica actual*, Iustel. Madrid, 2003. LAURENZO COPELLO, P. “Violencia de género, ley penal y discriminación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-08, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf> LAURENZO COPELLO, P. “La violencia de género en la Ley Integral”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7-8. 2005. MAQUEDA ABREU, M.L. “La violencia contra las mujeres”: una revisión crítica de la Ley Integral”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED. nº 18. 2006. <http://criminet.ugr.es/recpc>. MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*. 9ª ed. Tirant lo Blanch, 2015. TRUJANO, MARTINEZ P. Y BENITEZ, J.C «Violencia hacia el varón». *Psiquis. Revista de Psiquiatría, Psicología Médica y Psicopatología*, vol. 23, Artiles, 2002. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

plantearse la aplicación de la circunstancia 22.4 (de discriminación por razón de género) pues, esta es una práctica que sufren mayoritariamente las mujeres y es reflejo de una de las mayores desigualdades por tal razón¹³⁶.

4.1.2. Referencia a las Competencias para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.-

La Disposición Final segunda de la LO 1/2015, además de modificar los artículos referentes al enjuiciamiento de delitos leves, modifica el artículo 14 de la LECrim, en sus apartados 1 y 5, atribuyendo a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer el conocimiento y fallo de los delitos que determina este apartado 5 en su letra d).

Actualmente el apartado 5 del artículo 14 de la LECrim señala que “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes en las siguientes materias, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en esta Ley:

a) Instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

¹³⁵ CUADRADO RUIZ, M^a Á., “El delito de matrimonio forzado” en PÉREZ ALONSO, E., *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 p. 495 y ss.; MAQUEDA ABREU, M.L., “El nuevo delito de matrimonio forzado”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de Código Penal*, Tarragona, 2014.

¹³⁶ El Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado, de 2 de abril de 2014, recuerda que “...en la actualidad es comúnmente aceptado que el matrimonio infantil, precoz y forzado es una forma de discriminación por motivos de género que afecta de manera desproporcionada a las mujeres y a las niñas”

- b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra
- c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia
- d) Del conocimiento y fallo de los juicios por las infracciones tipificadas en el párrafo segundo del apartado 7 del artículo 171, que regula la amenaza leve doméstica sin armas respecto de descendientes menores o incapaces sin especial vulnerabilidad; el párrafo segundo del apartado 3 del art. 172, coacción leve doméstica contra descendientes menores sin especial vulnerabilidad y en el apartado 4 del artículo 173 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, para los supuestos en que la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de ese apartado.”

4.2. REFORMAS DE LA LEY 4/2015, de 27 de abril, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.

Esta Ley se publicó en el BOE el 28 de abril de 2015, con entrada en vigor el 28 de octubre de 2015. Modifica el artículo 126 del CP, y reforma determinados preceptos de la LECrim para una trasposición de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Transpone las siguientes directivas:

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, derogatoria de la Decisión marco 2001/220/JAI

Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo

Se distingue entre víctima directa e indirecta, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito y también se reconoce la condición de víctima indirecta 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.

El nuevo concepto de víctima¹³⁷ es más amplio que el de sujeto pasivo del delito pero más limitado que el de perjudicado por el mismo. La víctima abarca dos supuestos especiales de perjudicados (u ofendidos):

- De un lado, el sujeto pasivo del delito.
- De otro, los terceros más perjudicados directamente en los delitos con resultado de muerte o también en la desaparición de una persona. Sólo la persona física puede ser víctima y el daño ha de ser causado directamente por el delito.

También reconoce derechos tanto a las víctimas españolas como extranjeras, equiparándolas a un mismo nivel, independientemente de que residan o no legalmente en nuestro país y de si son mayores o menores de edad, con tal de que el delito sea cometido en territorio español o pueda ser perseguido en España.

Con la L. 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, se modificó el art. 261 de la LECrim que en su actual redacción dispone: “Tampoco estarán obligados a denunciar: 1º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad. 2º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.”

¹³⁷ Vid. GARCIA ALVAREZ, P. La víctima en el derecho Penal Español. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. TAMARIT SUMALLA, J. M. El Estatuto de las Víctimas de delitos Tirant lo Blanch, 2015

Por coherencia el legislador debería haber modificado el art. 416¹³⁸, pues no tiene sentido que el cónyuge separado legalmente o de hecho tenga la obligación de denunciar y, sin embargo, se pueda acoger a la dispensa de la obligación de declarar en el procedimiento penal, cosa que ocurre en la actualidad, pues el 416 se refiere al cónyuge sin excepción y lo es tanto el separado como el conviviente en tanto el vínculo matrimonial no hay sido disuelto. Pero parece que el legislador ha querido recoger en el nuevo art. 261 de la LECrim, modificado con la Ley 4/2015, de 28 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, como justificación de la excepción el deber de solidaridad que ya no existiría si los cónyuges están separados, acogiendo así un criterio aún más estricto que el de la Fiscalía General del Estado en la Circular 6/11 de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, que entendió que “Si pese a la separación judicial o de hecho de los cónyuges, porque, por las razones que fuere, no quieren acudir al divorcio y poner fin al vínculo que les une, permanecen vigentes las obligaciones de asistencia mutua, derivadas de la solidaridad exigible entre parientes, es lógico entender que también subsiste entre ellos el derecho a no declarar contra el cónyuge imputado, aun cuando medie ruptura de la convivencia”.

Lo que no cabe duda es que la nueva redacción del art. 261 de la LECrim, debería influir en la interpretación del art. 416 y 707 de la LECrim, y en el criterio mantenido en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013¹³⁹.

La Sentencia del TS 400/2015, de 25 de junio, dice que “La jurisprudencia de esta Sala en reiteradas ocasiones ha establecido que la dispensa de declaración que se recoge en el artículo 416 de la LECrim, sólo juega, en los casos específicamente, en que el familiar, -tratándose del cónyuge o persona afectivamente unida por relación similar al declarante-, mantenga ese vínculo y, consiguientemente, la convivencia. Así, la STS 164/2008, de

¹³⁸ CABRERA GÁRATE, R. “Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar contemplado en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la víctima de violencia de género” *Revista Jurídica de Canarias*, nº 2, 2006 pp. 15-28

¹³⁹ Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013: “La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECr. alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.”

22 de febrero señala que al dispensa del conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en la equiparada, pero que, en consonancia con tal argumento, se supedita la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio -así aparece claramente en la sentencia del 22/2/2007”, lo cual supone retomar la posición de la Fiscalía, si bien, con la modificación aludida, además se debería limitar la aplicación de la dispensa a los cónyuges no separados legalmente o de hecho, es decir, los convivientes.

En los supuestos violencia doméstica, cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas de carácter civil contenidas en una orden de protección (art. 544 ter.7 LECrim).

Se introduce un nuevo e importante art. 544 quinquies que recoge que, en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del CP (delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, el Juez puede adoptar motivadamente alguna de las siguientes medidas cautelares:

- Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores o la tutela, curatela, guarda o acogimiento.
- Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada.
- Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor.

Por tanto, desde el 28 de octubre de 2015 rige la modificación que efectúa esta Ley 4/2015 en el punto 7 del artículo 544 ter de la LECrim, referente a las medidas cautelares civiles de la orden de protección, quedando como sigue:

“7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios. Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.”

También, con esta reforma se introduce en la misma Ley procesal penal el artículo 544 quinquies de la LECrim, que dice:

“1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del CP, el Juez o el Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas: a) Suspender la patria potestad este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse. b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento. c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente

modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes. d) Suspender o modificar el con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

2. Cuando en el desarrollo del existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3.

3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil”

Antes de finalizar este apartado, quisiera resumir los derechos procesales de víctima¹⁴⁰ en:

Referida a la participación activa de la víctima en el proceso penal, supondrá importantes cambios que afectarán directamente al desarrollo del proceso penal, por cuanto:

La víctima tendrá una serie de derechos:

- Ejercer acciones penales y civiles conforme a la LECrim.
- Aportar las pruebas e información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos.
- Se establece una nueva forma de comunicación vía correo electrónico.
- Se comunicará a la víctima, si así lo solicita, el sobreseimiento de la investigación a los efectos de que pueda interponer recurso, sin necesidad de que esté personada anteriormente en el proceso.

¹⁴⁰ LOS DERECHOS PROCESALES DE LA VÍCTIMA. Regulados en el Título II (arts. 11 a 18 DE LA LEY 4/2015)

- Será fundamental el papel de la víctima en determinados delitos especialmente en la fase de ejecución de la pena del condenado, si solicita notificación de resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, aunque no se haya personado antes.
- La víctima podrá formular alegaciones, anunciar recurso sin abogado y formalizar recurso contra la resolución que considere lesiva o no ajustada a derecho, antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria se pronuncie sobre algunos permisos del preso. Es decir, pueden impugnar las resoluciones que afecten a la libertad y a los derechos o beneficios penitenciarios que pueda tener el condenado.
- Tendrá derecho de reembolso de los gastos originados y preferencia para el cobro de las costas por delante de la indemnización del Estado en determinados supuestos (sólo perseguible a instancia de parte o cuando el MF no acusó o se revocó el archivo siendo la apelante la víctima). Art. 14 y DF 2ª que modifica el art. 126.2 CP
- Podrá instar la Justicia Restaurativa (mediación)¹⁴¹ para reconocimiento, protección y apoyo a la víctima, tanto en el aspecto material y de reparación económica en su dimensión moral como por los perjuicios derivados del delito. Los requisitos requeridos son:
 - ✓ El consentimiento libre e informado de la víctima¹⁴².
 - ✓ El previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte de su autor.
 - ✓ Exige la confidencialidad de los debates y el secreto profesional de los intervinientes y el consentimiento de las partes puede ser revocado en cualquier momento.
- Dispondrá de mayores facilidades para presentar su solicitud de reconocimiento del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita.
- Las víctimas residentes en España podrán presentar ante las autoridades españolas denuncia por hechos delictivos que hubieran sido cometidos en el territorio de otros Estados miembros de la Unión Europea.
- Derecho a la devolución inmediata de los bienes, salvo que fuera necesaria la custodia para garantizar el buen desarrollo del proceso.
- Obligación de reembolso en caso de víctimas fraudulentas: esta obligación contenida art. 35 ha sido fuertemente contestada por las Asociaciones de Víctimas de Violencia de

¹⁴¹ Vid al respecto ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 1º ed.

¹⁴² Cfr. GÓMEZ RIVERO, Mª C., *La responsabilidad penal del médico*. 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2008. ROMEO CASABONA, *Problemas prácticos del consentimiento informado*, en *Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas n° 5*, Barcelona 2002, p- 114 y ss

Género y también por la Abogacía, por cuanto pensamos que supone un hándicap para este tipo especial de víctimas a quienes ya de por sí les cuesta tomar la decisión de presentar denuncia contra quien es o ha sido su cónyuge o su pareja. Impone la obligación de devolver las subvenciones y ayudas recibidas y el importe de los gastos originados y servicios prestados, con un incremento del interés legal del dinero aumentado al 50% si fuera condenada por denuncia falsa o simulación del delito, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedieran.

Todos estos derechos vienen a conformar, en único texto legislativo, el catálogo de derechos de la víctima, procesales y extraprocesales, de un lado, trasponiendo las Directivas de la Unión Europea en esta materia y, de otro, recogiendo la demanda de un reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y los del conjunto de la sociedad.

4.3. REFORMAS DE LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

La reforma Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia¹⁴³, que regula centros de protección específicos para menores con problemas de conducta y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia¹⁴⁴, que fundamentalmente modifica la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectando esta reforma a un total de 21 normas.

En cuanto a la reforma que afecta a lo reglado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cabe destacar que:

La Ley 26/2015, en el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reconoce a los menores extranjeros que se encuentren en

¹⁴³ BOE de 23 de julio de 2015

¹⁴⁴ BOE de 29 de julio de 2015

España y con independencia de su situación administrativa, derecho a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, tal y como está establecido 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 la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Asimismo, reconoce el derecho a obtener, la preceptiva documentación de residencia, a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades Públicas, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

En el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se introduce como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. De acuerdo con ello, los poderes públicos desarrollarán actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, estableciendo los procedimientos que aseguren la coordinación entre las Administraciones Públicas competentes.

En estrecha relación con lo anterior, en el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley 26/2015 lo modifica para garantizar el apoyo necesario para que los menores bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica puedan permanecer con la misma. Asimismo, se introduce la presunción de minoría de edad de una persona cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad, hasta que se determine finalmente la misma.

En este mismo artículo 12 se recogen los principios rectores de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia señalando que se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas. Estos principios, vertebradores del sistema, ya habían sido establecidos en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de febrero de 2010, y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional. Además, en el

artículo 12, se recoge otro de los ejes de esta reforma, como es la obligación de las Entidades Públicas de revisar, en plazos concretos, las medidas de protección adoptadas. De esta manera se obliga a realizar un seguimiento personal de cada niño, niña o adolescente y una revisión de la medida de protección.

El artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que lleva por rúbrica “actuaciones de protección”, establece: “1. La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. 2. Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores. 3. 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. 4. Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas. 5. Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses. 6. Además, de las distintas funciones atribuidas por ley, la Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal

informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando éste se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo. 7. Los poderes públicos garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, velando al máximo por el interés superior del menor. Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.”

En el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor se incorporan dos nuevos apartados en relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de los menores. Por una parte, se establece el deber que tienen todas las personas que tuvieran noticia de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos o de explotación de menores, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Se establece, además, como requisito para poder acceder y ejercer una profesión o actividad que implique contacto habitual con menores, no haber sido condenado por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos o explotación de menores, dando con ello cumplimiento a los compromisos asumidos por España al ratificar el Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 y a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Directamente relacionado con lo anterior y a los efectos de prevención, se crea, dentro del sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, el Registro Central de Delincuentes Sexuales que contendrá la identidad de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, o explotación de menores, e información sobre su perfil genético de ADN. Con ello se pretende hacer posible un seguimiento y control de las personas condenadas por estos delitos no solo en

España sino también en otros países. Asimismo, la Administración General del Estado colaborará con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea, para facilitar el intercambio de información en este ámbito.

Este Registro Central de Delincuentes Sexuales tendrá que estar en funcionamiento en febrero de 2016. Hasta la entrada en funcionamiento del Registro Central de Delincuentes Sexuales, la certificación a la que se refiere el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue emitida por el Registro Central de Antecedentes Penales (Disposición Transitoria cuarta de la Ley 26/2015).

Además la Ley 26/2015 establece una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo y de desamparo, conceptos jurídicos indeterminados que, por vez primera, se definen en una normativa de rango estatal que básicamente incorpora, como contenido sustantivo de las mismas, lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en estos años.

En el artículo 1.9, la Ley 26/2015 reforma el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996, relativo a la atención inmediata, señalando que: “Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal. La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo”.

En relación con la situación de riesgo, y mediante la reforma del artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, se desarrolla de forma integral las actuaciones en situaciones de riesgo y su procedimiento. La regulación prevé que el proyecto de actuación pueda ser consensuado con los progenitores u otros responsables legales, respondiendo así al principio ya aludido de primar las soluciones consensuadas frente a las impuestas. En caso de que se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en el mismo, se

declarará la situación de riesgo mediante resolución administrativa, a fin de garantizarles la información de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo.

Especial relevancia se otorga a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. También se prevé una solución para los casos de atención sanitaria necesaria para el menor, no consentida por sus progenitores u otros responsables legales, que conlleva también la modificación de la Ley de la Autonomía del Paciente.

En el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, modificado por la Ley 26/2015, se completa la definición de la situación de desamparo, regulada en el artículo 172 del código Civil, estableciendo las circunstancias que la determinan.

Además, se regula por vez primera la competencia de las Entidades Públicas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor protegido desde una Comunidad Autónoma a otra distinta, cuestiones que no estaban contempladas hasta el momento.

En el artículo 19 de la LO 1/1996 se establece la duración máxima de dos años de la guarda de menores solicitada por los progenitores, salvo que el interés superior aconseje excepcionalmente la prórroga de la misma. De esta manera, se pretende evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a las Administraciones Públicas “sine die”, privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia.

Debe destacarse el principio de la prioridad de la familia de origen, tanto a través de la ya mencionada regulación de la situación de riesgo, como cuando se señala, en el nuevo artículo 19 bis que, en los casos de guarda o tutela administrativa del menor, la Entidad Pública deberá elaborar un plan individual de protección en el que se incluirá un programa de reintegración familiar, cuando ésta última sea posible. Este artículo incorpora los criterios que la Sentencia 565/2009, de 31 de julio de 2009, del Tribunal Supremo ha

establecido para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida. En este mismo artículo se prevé la reagrupación familiar de los menores extranjeros no acompañados.

En el artículo 20, a fin de favorecer la agilidad y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso, aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores, sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo. Por otra parte, por razones de técnica jurídica y mejora de ubicación, se traslada al artículo 20 lo establecido hasta ahora en el artículo 173 del código Civil sobre formalización del acogimiento y contenido del documento anexo que debe acompañar al mismo, y se introduce la necesidad, como ocurre en la adopción, de que se valore la adecuación de los acogedores y se definen los criterios de la misma, criterios que no estaban hasta ahora recogidos en la normativa estatal. Además, se definen, de forma más acorde con la realidad de la protección de menores actual, los dos tipos de acogimiento en relación con las características de la familia acogedora, refiriéndose al acogimiento en la propia familia extensa del menor o en familia ajena.

Por otra parte, la Disposición final tercera de la LO 8/2015, que entró en vigor el 12 de agosto de 2015, modifica el apartado 2 del artículo 1, y los artículos 61.2, 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁴⁵, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 2 del artículo 1, que queda redactado como sigue: “2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.”

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 61, que queda redactado como sigue: “2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del

¹⁴⁵ Vid. CABEDO MALLOL, V.J., RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coords.) *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Tirant lo Blanch, 2016

Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.”

Tres. Se modifica el artículo 65, que queda redactado como sigue: “Artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores. El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.”

Cuatro. Se modifica el artículo 66, que queda redactado como sigue: “Artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que 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.”

Las Disposiciones finales décima a decimocuarta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia ya la adolescencia introducen modificaciones en la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Clases Pasivas del Estado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, con el fin de regular las consecuencias del delito de homicidio doloso en el ámbito de las

prestaciones de muerte y supervivencia del sistema de la Seguridad Social y en favor de familiares del Régimen de Clases Pasivas del Estado, desde una perspectiva global que refuerza la lucha contra la violencia de género y garantiza los derechos de los colectivos más vulnerables, singularmente de los menores.

Más específicamente, la nueva normativa impide el acceso a las citadas prestaciones y el mantenimiento de su disfrute a quienes fueran condenados por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas, cuando la víctima sea el sujeto causante de la prestación. Y todo ello viene acompañado por instrumentos que, desde el respeto de las garantías jurídicas necesarias, permiten a la Administración la suspensión cautelar del abono de las prestaciones que, en su caso, se hubieran reconocido cuando haya recaído sobre el solicitante resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de criminalidad por la comisión del indicado delito, así como la revisión de oficio de los derechos reconocidos cuando recaiga sentencia firme al respecto. Además, se articulan los mecanismos de comunicación y coordinación necesarios con los juzgados y tribunales de justicia para una más adecuada aplicación de la nueva regulación, dentro de un contexto que también presta atención a los derechos de los huérfanos, a fin de evitar que las personas condenadas por el delito de homicidio doloso puedan percibir en su nombre la pensión correspondiente, contemplándose igualmente los incrementos de cuantía pertinentes cuando la pensión de viudedad sea denegada o retirada a los condenados.

En tal sentido, la Disposición final duodécima modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadiendo a la misma Disposición adicional quinta, con la siguiente redacción: “Los secretarios judiciales de los juzgados y tribunales (que tras la reforma de la LOPJ por la Ley Orgánica 7/2015 pasan a llamarse Letrados de la Administración de Justicia) comunicarán al Instituto Nacional de la Seguridad Social, al Instituto Social de la Marina y a la Dirección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de criminalidad por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, en que la víctima fuera ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge o excónyuge del investigado, o estuviera o hubiese estado ligada a él por una relación de afectividad análoga a la conyugal. Asimismo comunicarán a dichos organismos oficiales las resoluciones judiciales firmes que pongan fin a los procedimientos penales. Dichas comunicaciones se

realizarán a los efectos previstos en los artículos 179 ter, 179 quater, 179 quinquies y 179 sexies del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social S Legislativo 1/1994, de 20 de junio y en los artículos 37 bis y 37 ter del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.”

Por último, en cuanto a la retroactividad o no de las modificaciones anteriores, la Disposición final decimocuarta establece que: “Las modificaciones introducidas en la Ley General de la Seguridad Social, en la ley de Clases Pasivas del Estado, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por medio de las disposiciones finales décima a decimotercera de la presente Ley, serán de aplicación a los hechos causantes de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social y del Régimen especial de Clases Pasivas del Estado producidos a partir de la fecha de su entrada en vigor, siempre que los hechos delictivos hayan ocurrido, asimismo, a partir de la misma fecha.”

Resumiendo, mediante estas leyes se pone en marcha una reforma legislativa que da respuesta al compromiso de mejorar la atención a la infancia, la prevalencia del interés superior del menor recorrerá el ordenamiento jurídico español, de modo que será principio rector de los poderes públicos, se refuerza la protección de los menores ante situaciones de violencia de género y de abusos sexuales, así como de malos tratos, y se subraya la atención y asistencia a menores de colectivos más vulnerables, como menores extranjeros o menores con discapacidad, así como se agilizan los procesos de acogimiento y adopción, entre otras cuestiones.

4.4. REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

La Ley 7/15, de 21 de Julio, de Reforma de la LOPJ, ha introducido modificaciones de gran relieve. La reforma de la LOPJ, efectuada por la LO 7/2015, de 21 de julio¹⁴⁶, afecta fundamentalmente a la competencia territorial y objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que como se señala en la exposición de motivos de la L.O. 1/2004, de 28

¹⁴⁶ Se publicó en el BOE de 22 de julio de 2015 y entró en vigor el 1 de octubre de 2015

de diciembre, están encuadrados en el orden penal y que se expondrá detalladamente en el apartado siguiente.

Son numerosas las medidas introducidas por la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, tendentes, en su gran parte, a contribuir a la agilización de la Administración de Justicia, lo que repercute directamente en la mejora de la calidad y efectividad en la actividad de tutela de los derechos de los ciudadanos, así como en el refuerzo de la seguridad jurídica.

Como medidas tendentes a mejorar la eficacia y calidad en la tutela de derechos y la seguridad jurídica:

Recurso de revisión. Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarativas de la vulneración de derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales permitirán el acceso al recurso de revisión de las respectivas Sentencias con carácter firme recaídas en los procesos “a quo”, siempre que dicha vulneración, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo (artículo 5 bis LOPJ).

Se añade un nuevo Capítulo I bis en el Título III del Libro II a la LOPJ, relativo a la “Protección de Datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia”.

Se prevé la obligación de hacer pública la relación de señalamientos de los órganos judiciales, con indicación de la fecha y hora de su celebración, tipo de actuación y número de procedimiento. Los Letrados de la Administración de Justicia son quienes se ocuparán de que esto se lleve a cabo (apartado 4º del artículo 138 LOPJ).

Mediante el artículo 264 se pretende la unificación de criterios y coordinación de prácticas procesales, especialmente, cuando, en asuntos sustancialmente iguales, los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones criterios interpretativos dispares.

Como medidas que refuerzan la especialización en las respuestas judiciales:

La posibilidad de extender la jurisdicción de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer a otro u otros Partidos Judiciales de la misma Provincia deja de ser una excepción con la modificación del apartado 2 del artículo 87 bis de la LOPJ. Se habilita al Gobierno a adoptar dicha medida mediante Real Decreto a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, previo informe de la Comunidad Autónoma con competencias en materia de Justicia.

Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia podrán acordar cambios en las normas de reparto de los Juzgados de lo Mercantil, de lo Penal, de Menores, de Vigilancia Penitenciaria, de lo Contencioso-administrativo o de lo Social, cuando el equilibrio en el reparto de asuntos y la buena administración de Justicia lo requieran (Art. 167 LOPJ).

El Consejo General del Poder Judicial queda habilitado, en los términos que establece el modificado artículo 98 de la LOPJ, para especializar, con carácter excepcional y por tiempo limitado, uno o más Juzgados de la misma provincia y del mismo orden jurisdiccional, que no sean Juzgados de Instrucción, para que asuman el conocimiento de determinadas clases o materias de asuntos y, en su caso, de las ejecuciones que se deriven de los mismos, siempre y cuando dichos asuntos no estén atribuidos por Ley a Juzgados de otra clase.

Como medida complementaria a la limitación temporal que sufrirá la fase de instrucción del proceso penal con la aprobación de la Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se prevén medidas de apoyo y auxilio a la instrucción de causas complejas.

Para ello, se añade una Disposición Adicional Vigésima Primera en la que se permite la adscripción a un órgano jurisdiccional determinado de otro u otros Jueces o Magistrados (sin funciones jurisdiccionales) o de un Letrado de la Administración de Justicia (hasta ahora, Secretarios Judiciales), para que, bajo la dirección del titular del órgano, realicen en exclusiva labores de colaboración, asistencia y asesoramiento.

En cuanto a medidas específicas en materia de violencia de género: La violencia de género es una cuestión transversal que requiere de atención en todos los ámbitos del

ordenamiento jurídico, incluido, por supuesto, el procesal. Por tanto, junto con la medida que comentada anteriormente y que a continuación se hará más detenidamente, relativa a la posibilidad de extensión de la jurisdicción de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a varios Partidos Judiciales dentro de una misma Provincia en los términos del artículo 87 bis, apartado 2º, de la LOPJ, destacamos otras medidas adicionales introducidas por esta Ley:

En cuanto a los delitos contra el honor, la intimidad personal y la imagen: Se habilita a Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden penal para conocer de estos delitos por medio de la modificación del apartado a) del artículo 87 ter de la LOPJ. A su vez, por incorporación de un apartado g) a dicho artículo, conocerán también del delito previsto en el artículo 468 del Código Penal, relativo al quebrantamiento de condena, siempre que la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea una de las personas a las que se refiere el mencionado apartado a). Aquí hay que tener en cuenta la ya mencionada reforma del apartado d) del artículo 87 ter para hablar de “delitos leves” en lugar de “faltas”, en consonancia con los cambios en nuestro ordenamiento jurídico penal introducidos por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se garantiza a las víctimas una asistencia técnica y profesional integral por parte de los equipos adscritos a la Administración de Justicia, en especial, en el ámbito de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Art. 479 LOPJ). Institutos de Medicina Legal y Ciencia Forense:

De conformidad con la modificación introducida por esta Ley en el artículo 479 de la LOPJ, los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses contarán necesariamente con “unidades de valoración forense integral, de las que podrán formar parte los psicólogos y trabajadores sociales que se determinen para garantizar, entre otras funciones, la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género y doméstica, menores, familia y personas con discapacidad”. Para el ingreso en el Cuerpo de Medicina Legal y Ciencia Forense se requerirá, desde el momento en que así lo determine el Ministerio de

Justicia, la especialidad en Medicina Forense (Art. 475 LOPJ y Disposición Transitoria Séptima de la Ley 7/2015, de 21 de julio).¹⁴⁷

Además de estas modificaciones operarán otras reformas entorno a diversas materias como la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, las que afectan directamente al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y Cuerpos de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia y medidas Institucionales, entre otras

Todo esto supone que se están dando pasos en la lucha contra la violencia de género, pero sería necesaria la creación de nuevos juzgados especializados en donde aún no los hay aumentando y mejorando la formación de los operadores jurídicos que los integran, dando una respuesta inmediata y más eficaz a las víctimas.

4.5. COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Una de las medidas jurídicas asumidas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia contra la mujer en las relaciones intrafamiliares es la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, optando por una fórmula de especialización de los jueces de instrucción dentro del orden penal y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los jueces civiles.¹⁴⁸

Estos juzgados conocerán de la instrucción y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia contra la mujer, así como de las causas civiles relacionadas, de

¹⁴⁷ BARRIOS BAUDOR, G. L. (dir.), RIVAS VALLEJO, M. P. (dirs.) *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2ª edición. Ed. Aranzadi, 2014

¹⁴⁸ Véase BALLESTEROS MORENO, M.C. “Tutela judicial” *Estudios sobre la Ley Integral contra la violencia de género*. ARANDA E. (Director) Dykinson S.L. Madrid 2005, p. 137

forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan en lo más mínimo las posibilidades legales que esta ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o una escalada de la violencia.

Los JVM se crearon como una nueva clase de Juzgados del orden penal, pero no constituyen un orden jurisdiccional nuevo, sino una especialización funcional y orgánica en el orden penal¹⁴⁹. De hecho, no se ha reformado el artículo 62 del Reglamento 1/2000, de los órganos de gobierno de los Tribunales, relativo a las Juntas sectoriales, de forma que se posibilite Juntas sectoriales propias de estos órganos especializados, aunque en los Partidos Judiciales donde hay varios se actúe como si existiera, como en el Partido Judicial de Madrid que hay once JVM.

En España hay 106 Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer y 355 Juzgados compatibles, con cargas judiciales muy dispares. En el ámbito de la competencia territorial, a propuesta del CGPJ y con informe de las Administraciones afectadas, se puede acordar la extensión de competencia territorial de los JVM a dos o más Partidos Judiciales, descargando así a los Juzgados compatibles con los asuntos de Violencia sobre la Mujer de esta competencia¹⁵⁰.

Como ya se ha avanzado, las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer han sido modificadas con las reformas operadas en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y la Ley 7/15, de 21 de Julio, de Reforma de Ley Orgánica del Poder Judicial, es por esta motivo por el que se ha considerado importante hacer un estudio de estas modificaciones en un epígrafe propio.

¹⁴⁹ SÁNCHEZ MELGAR, J. “La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”. *Revista Sepin*. Agosto 2005

¹⁵⁰ GISBERT POMATA, M., DÍEZ RIAZA, S. “El tratamiento procesal penal de la violencia de género” En *Violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*. GARCÍA-MINA FREIRE, A. (Coord) Universidad Pontificia de Comillas. Madrid 2010, p. 95

En el apartado 2.3.1.2. de este capítulo, referente a la reforma que opera en el Código Penal la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo en cuanto a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en su Disposición Final segunda, se expuso la modificación operada en las competencias a estos juzgados en cuanto al enjuiciamiento de los delitos leves, atribuyéndoles a estos juzgados su conocimiento y fallo. Por tanto, recordar que la Disposición Final segunda de la LO 1/2015, además de modificar los artículos referentes al enjuiciamiento de delitos leves, modifica el artículo 14 de la LECrim, en sus apartados 1 y 5, atribuyendo a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer el conocimiento y fallo de los delitos que determina este apartado 5 en su letra d). Actualmente el apartado 5 del artículo 14 de la LECrim señala que “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes en las siguientes materias, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en esta Ley: d) Del conocimiento y fallo de los juicios por las infracciones tipificadas en el párrafo segundo del apartado 7 del artículo 171, que regula la amenaza leve doméstica sin armas respecto de descendientes menores o incapaces sin especial vulnerabilidad; el párrafo segundo del apartado 3 del art. 172, coacción leve doméstica contra descendientes menores sin especial vulnerabilidad y en el apartado 4 del artículo 173 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, para los supuestos en que la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de ese apartado.”

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, publicada en el BOE de 22 de julio, que entró en vigor el 1 de octubre de 2015, mejora la tutela judicial de las víctimas de violencia de género. Elementos de relevancia que contiene:

1. Medidas en el ámbito de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer:
 - a. Promueve la respuesta especializada ante los asuntos de violencia sobre la mujer, al potenciar la posibilidad de extender la jurisdicción de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a dos o más partidos judiciales dentro de la misma provincia: esta extensión de la jurisdicción podrá acordarse por el Gobierno mediante real decreto, previa propuesta del Consejo General del Poder Judicial, y con informe de la Comunidad Autónoma con competencias en materia de justicia.
 - b. Con la finalidad de incrementar la firme y continua lucha contra la violencia de género, amplía las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer en el

orden penal de la instrucción de los siguientes delitos, cuyo conocimiento corresponde en la actualidad a los Juzgados de Instrucción:

- Delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, delitos contra el honor. Se trata de delitos en los que también se viene manifestando la violencia de género, como los delitos de revelación de secretos y los delitos de injurias.

- Delitos de quebrantamiento. Se trata del delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

De este modo, se obtendrá una mayor eficacia a la hora de proteger a la víctima, porque el Juzgado de Violencia sobre la Mujer dispondrá de mayor información que cualquier otro órgano judicial para valorar la situación de riesgo de aquélla.

2. Establece que los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses contarán en todo caso con unidades de valoración forense integral: de ellas podrán formar parte los psicólogos y trabajadores sociales que se determinen para garantizar, entre otras funciones, la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género y el diseño de protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género. Asimismo dentro de los Institutos podrán integrarse el resto de equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores.

3. Formación especializada de los operadores jurídicos para desarrollar con eficacia las respectivas funciones que tienen encomendadas:

a. Quienes obtengan plaza en los Juzgados de Menores deberán participar antes de tomar posesión de su nuevo destino en las actividades de especialización en materia de menores y en materia de violencia de género que establezca el Consejo General del Poder Judicial.

b. El personal de los equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, tendrá formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica. Además, su formación será orientada desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres.

4. Garantiza que la Estadística Judicial tenga también en cuenta la perspectiva de género y la variable de sexo.

Por tanto los Juzgados de Violencia sobre la mujer (en adelante JVSM) se constituyen como juzgados ordinarios con competencia especializada, es decir, acumulan competencias penales y civiles, en concreto, la instrucción de los procesos penales en materia de violencia de género y las causas civiles relacionadas con dicha situación. Están destinados a la adopción de medidas legales encaminadas a proteger a las mujeres contra la violencia ejercida sobre ellas por parte de los hombres:

- ✓ que sean o hayan sido cónyuges;
- ✓ que estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia;
- ✓ y sin perjuicio de la protección legal que también se otorga a las personas especialmente vulnerables que puedan verse afectadas por esa situación de violencia. Por tanto, no conocerán de otros tipos de manifestaciones de violencia de género, más allá de las que se produzcan dentro del ámbito de las relaciones afectivas.

Como ya se ha visto anteriormente la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial aumenta las competencias de los JVSM, que desde el 1 de octubre de 2015 conocen la instrucción de los siguientes delitos, instrucción que anteriormente a esa fecha correspondía a los Juzgados de Instrucción:

- Delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, delitos contra el honor¹⁵¹. Se trata de delitos en los que también se viene manifestando la violencia de género, como los delitos de revelación de secretos y los delitos de injurias.
- Delitos de quebrantamiento. Se trata del delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.¹⁵²

¹⁵¹ CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*. Editorial de Derecho Reunidas 1991

¹⁵² Tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de los dispositivos telemáticos para controlar las medidas

A tal efecto se modifica el artículo 98 de la LOPJ, que queda redactado como sigue: “1. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan. 2. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar de manera excepcional y por el tiempo que se determine, con informe favorable del Ministerio de Justicia, oída la Sala de Gobierno y, en su caso, la Comunidad Autónoma con competencias en materia de Justicia, que uno o varios Juzgados de la misma provincia y del mismo orden jurisdiccional asuman el conocimiento de determinadas clases o materias de asuntos y, en su caso, de las ejecuciones que de los mismos dimanen, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes constituidos o que se constituyan. En estos casos, el órgano u órganos especializados asumirán la competencia para conocer de todos aquellos asuntos que sean objeto de tal especialización, aun cuando su conocimiento inicial estuviese atribuido a órganos radicados en distinto partido judicial. No podrá adoptarse este acuerdo para atribuir a los órganos así especializados asuntos que por disposición legal estuviesen atribuidos a otros de diferente clase. Tampoco podrán ser objeto de especialización por esta vía los Juzgados de Instrucción, sin perjuicio de cualesquiera otras medidas de exención de reparto o de refuerzo que fuese necesario adoptar por necesidades del servicio. 3. Este acuerdo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y producirá efectos desde el inicio del año siguiente a aquel en que se adopte, salvo que razonadamente se justifique otro momento anterior por razones de urgencia. 4. Los Juzgados afectados continuarán conociendo de todos los procesos pendientes ante los mismos hasta su conclusión.”

Se modifica también el apartado 2 del artículo 87 bis de la LOPJ, que queda redactado como sigue: “2. Sin perjuicio de lo previsto en la legislación vigente sobre demarcación y planta judicial, el Gobierno, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y en su caso, con informe de la Comunidad Autónoma con competencias en materia de Justicia,

cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se tipifican expresamente dentro de los delitos de quebrantamiento (Art. 468.3 CP)

podrá establecer mediante real decreto que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que se determinen extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.”

En cuanto a la competencia objetiva, se amplían a partir del 1 de octubre de 2015, las competencias del Juez de Violencia sobre la Mujer, en primer lugar, a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y el honor de la mujer. Es decir, conocerá de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por delitos en los que también se viene manifestando la violencia de género; en concreto, los delitos de revelación de secretos (artículo 197 del Código Penal), y los delitos de injurias (artículos 208 y 173.4 del CP). En segundo lugar, también conocerá del delito de quebrantamiento previsto y penado en el art. 468.2 del CP cuando la persona ofendida sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.¹⁵³

A tal fin se modifica el artículo 87 ter de la LOPJ, adaptándolo a la vez a la modificación que ya se había efectuado en el artículo 14 de la LECR por la L.O. 1/2015, de reforma del CP. Se modifica la letra a del párrafo 1º del art. 87 ter de la LOPJ para ampliar el catálogo de delitos sobre los que tendrá competencia a los JVM incluyendo los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen y los delitos contra el honor

Se modifica el artículo 87 ter de la LOPJ, sólo en las letras a) y d) y se añade una nueva letra g) al apartado 1 del artículo 87 ter, que quedan redactadas como sigue: “a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido

¹⁵³ ARAGONESES MARTÍNEZ, S. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. AA.VV. Madrid 2006, pp. 168-169

contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.” “d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.” “g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.”

Pese a la defectuosa redacción del precepto, la competencia para conocer de los delitos de quebrantamiento de medidas o penas de prohibición impuestas para proteger a menores o descendientes sólo le corresponderán a los JVM cuando se hayan acordado en una procedimiento de violencia de género y no en aquellos casos en los que los Jueces de Instrucción acuerden esa medidas por delitos de violencia doméstica.

Se incluye un nuevo apartado g) para atribuir a los JVM la competencia para la “instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente”

Esta última modificación, plantea problemas de interpretación semejantes, toda vez que les atribuye la competencia para la instrucción de los delitos de quebrantamiento del art. 468 del CP cuando la medida o pena se ha impuesto en protección no sólo de la mujer sino también del resto de personas a que se refiere el precepto, descendientes o menores, sin ninguna matización al respecto. Obviamente sólo será competente el JVM para conocer de estos delitos cuando las medidas o penas se han acordado o impuesto en un procedimiento incoado por delitos de violencia sobre la mujer, aun cuando los protegidos por la medida o pena quebrantada sean aquellos descendientes o menores, también protegidos en aquél. No serían, entonces, competencia de aquellos Juzgados los quebrantamientos de medidas o penas acordados para proteger a los menores o descendientes en procedimientos de violencia doméstica.

Los hechos o asuntos que pueden conocer los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, son los siguientes:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Los que versen sobre relaciones paternofiliales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos¹⁵⁴:

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el artículo 44.2 de la Ley 1/2004.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ MELGAR, J. “La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”. *Revista Sepin*. Agosto 2005

- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del artículo 44 de la ley 1/2004.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

Concluye el artículo 87 ter de la LOPJ, introducido por el artículo 44 de la LO 1/2004:

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

5. En todos estos casos está vedada la mediación.”. Luego en ningún caso pueden ser objeto de mediación los procesos que se sustancien ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer, en ningún caso (art. 44.5 LO 1/2004). La mediación exige que las partes estén situadas en una posición de igualdad para que tengan capacidad y autonomía para lograr acuerdos, algo que no ocurre en los casos de violencia de género¹⁵⁵.

¿Qué ocurre con los menores de edad que se encuentran dentro del entorno en el que se producen actos de violencia de género?

Los JVM podrán conocer de los delitos señalados en la Ley Orgánica 1/2004 cuando se cometieren sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, y los menores o incapaces que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. Es decir, cuando sean víctimas de esa violencia por su relación con la mujer o por ser utilizados como instrumentos para la violencia que se dirija contra ella. En estos casos no será estrictamente necesario que convivan con el agresor o la esposa o conviviente. Sin embargo, el acto de violencia de género debe ser coetáneo, es decir, debe producirse en una unidad de acto o con una relación de proximidad o causal que determine la necesidad de su enjuiciamiento conjunto

¹⁵⁵ Cfr. ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

para no romper la continencia de la causa. Por lo que, si entre ambas agresiones no existe dicha relación, serán competentes para conocer de la agresión de los menores, descendientes o incapaces los juzgados de instrucción.

Los requisitos exigidos para que los JVM puedan conocer de la instrucción de los procesos por delitos contra los derechos y deberes familiares, entiende la Fiscalía General del Estado que, es necesario que tales tipos delictivos, recogidos en el Código Penal, sean cometidos contra: 1. los descendientes, propios o de la esposa o conviviente; 2. los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. Y que además vayan acompañados de actos de violencia de género.

De lo contrario los JVM no podrán conocer de aquéllos. En tales casos, el delito de impago de pensiones podrá tener como sujeto pasivo a la mujer que sea o haya sido cónyuge, a los hijos o a ambos. En los casos en que la prestación económica desatendida tenga por objeto exclusivo la alimentación de los hijos, serán éstos los únicos sujetos pasivos y titulares de las pensiones alimenticias y del bien jurídico protegido. Por ello, con independencia de que la madre pueda verse perjudicada civilmente como consecuencia del impago y de su derecho a denunciar el delito durante la minoría de edad de los hijos, será competente para la imputación del delito el Juzgado de Instrucción ordinario que corresponda. Y sólo para el caso de que, concurriendo las circunstancias anteriores, además se hubiera producido un acto de violencia de género, el JVM podrá conocer también de dicho delito de impago, puesto que al producirse tales hechos los hijos adquieren la condición procesal de víctimas de violencia de género, conforme señala la ley. Cuando el sujeto pasivo del delito contra los derechos y deberes familiares sea la mujer cónyuge, ex cónyuge o pareja del obligado al pago de pensiones compensatorias o alimenticias establecidas en favor de aquélla, el JVM sólo será competente para instruir dicho delito cuando la mujer además haya sufrido un acto de violencia de género por parte del incumplidor de la obligación de pago, puesto que, de lo contrario, no se cumpliría el requisito de condición de víctima de violencia de género que se exige por la competencia objetiva penal. Esta exigencia deriva además de la interpretación sistemática del artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, ya que en ningún caso se podrá considerar violencia física o psicológica, integrada dentro del concepto de violencia de género, el simple

incumplimiento de los deberes y derechos familiares que no vaya acompañado de otro tipo de actos considerados en sí mismos de violencia de género.

Si se ha archivado el procedimiento penal, los JVM serán competentes para conocer sobre la demanda de medidas civiles, separación o divorcio cuando, a raíz de un procedimiento incoado y tramitado por un JVM, se dicte auto de sobreseimiento provisional o sentencia absolutoria en primera instancia, dicho juzgado continuará siendo competente para conocer de los asuntos civiles que se planteen hasta que se resuelvan los recursos que se hubieren interpuesto contra tales resoluciones y se produzca la firmeza de éstas, momento en que el JVM perderá su competencia en materia civil. De igual modo, perderá la competencia una vez dictada sentencia absolutoria firme. Por tanto, en el caso de que en el ámbito penal el JVM acordare el archivo del procedimiento o sentencia absolutoria firmes, al decaer las circunstancias exigidas en la ley, la competencia para conocer de la demanda civil pasará al Juzgado de Familia o de Primera Instancia que corresponda y que, en su caso, no deberá inhibirse en favor del JVM. Por lo que si la demanda se plantea una vez archivado en firme el procedimiento penal, el JVM ya no podrá conocer de ella.

Los JVM serán competentes para conocer de las medidas civiles siempre que éstas no hubieren sido objeto de tratamiento procesal ante un juzgado civil en el que se hubiere acordado comenzar la fase de la vista o juicio oral. E igualmente podrán conocer de aquéllas aunque no se hubieren solicitado en la orden de protección y se plantearan durante la tramitación del procedimiento penal¹⁵⁶.

¿Qué ocurre con las demandas de modificación de medidas civiles? Corresponderá resolver sobre tales modificaciones al mismo juzgado que conoció del procedimiento matrimonial previo. No obstante, cuando hubiere sido dictada sentencia de separación o divorcio por un Juzgado de Familia y posteriormente se produjeran actos de violencia de género que dieran lugar a la solicitud de modificación de tales medidas, conocerá de la misma el JVM correspondiente, al concurrir las circunstancias que acreditan su competencia.

¹⁵⁶ LUACES GUTIERREZ, A.I. “Necesidad de una Justicia especializada en violencia de género: especial referencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” *Revista de Derecho UNED* núm. 4. 2009

Por otro lado, si la sentencia de separación o divorcio la hubiere dictado un JVM, pero la solicitud de modificación de las medidas se planteara cuando la competencia del JVM ya hubiera decaído, corresponderá conocer de dicha solicitud de modificación al Juzgado de Familia o de Primera Instancia.

A su vez, cuando un juez de lo Civil está conociendo de un proceso civil y tiene noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género sin que se haya iniciado procedimiento penal ni dictado orden de protección, cuando se tratare de un acto de violencia objeto de competencia del JVM, el juez de lo Civil deberá citar inmediatamente a las partes para que comparezcan ante el fiscal correspondiente dentro de las veinticuatro horas siguientes a efectos de que éste pueda tomar conocimiento de los hechos. Tras lo cual, el fiscal deberá decidir sobre si procede o no denunciar los actos como de violencia de género o solicitar una orden de protección. En caso de solicitud o denuncia, deberá comunicarlo al juzgado que estuviere conociendo de la causa civil, el cual continuará conociendo del asunto hasta que, en su caso, sea requerido de inhibición por el juez de Violencia contra la Mujer que sea competente.

5. LEGISLACIÓN EN MATERIA CIVIL

Las últimas reformas procesales penales han incidido en la necesidad de que el juez penal resuelva también sobre las medidas civiles, si existen elementos suficientes para poder resolverlas, no dejando que sea el juez civil quien tome esa decisión retrasando un tema que está, o puede estarlo, directamente relacionado con el proceso penal, como suele ocurrir en los supuestos de malos tratos.

La adopción de medidas civiles en el proceso penal en el que están implicados progenitores y sus hijos ha sido tratada en la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que conlleva una modificación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Así, en el art. 61.2 de la Ley Integral se recoge actualmente que:

“2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia,

del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.”

Esto supone una exigencia al juez de lo penal de adoptar de oficio medidas civiles de protección y afectantes al derecho de familia, aunque la parte no lo inste

Del mismo modo, el art. 65 LO 1/2004 relativo a las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores añade que:

“El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.”

De este modo, en el caso de que el juez en la sentencia no acuerde la suspensión de la patria potestad adoptará las medidas civiles derivadas del vínculo en la pareja respecto a los menores y la forma en la que se desarrolla la relación con ellos. Ello será así, salvo que se hayan adoptado ya en el proceso civil de familia, es decir, que el juez penal intervendrá en defecto de resolución del juez civil.

Conviene aclarar que el Código Civil, en su artículo 170, recoge: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

Esto supone, y así lo establece la doctrina, una serie de presupuestos hábiles¹⁵⁷ para acordar tal medida:

- a. La exigencia de resolución judicial para acordar la medida.
- b. El carácter temporal de la misma, dado que el propio precepto que regula la privación de la patria potestad permite su recuperación, también a través de sentencia judicial.
- c. La posibilidad de privar parcialmente de la potestad paterna.

Por tanto, el Código Civil ya determina la privación de la patria potestad total o parcial, temporal o definitiva¹⁵⁸ y que se pueda acordar bien en una causa penal cuando concurren las razones jurídicas y posibilidad legal para acordarlo y en proceso civil cuando se trate del incumplimiento de sus deberes, lo que el juez de familia o el juez de 1ª Instancia, podrá argumentar en base a la prueba practicada.

El juez penal si tiene en su procedimiento esta petición no debe remitirse al proceso civil, sino que debe resolver, hasta incluso de oficio si comprueba que de la prueba practicada existen evidencias para resolver sobre esta medida.

6. CONSECUENCIAS JURÍDICO PENALES Y CIVILES

6.1. PENAS PRIVATIVAS DE LA PATRIA POTESTAD Y PENA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

En la actual redacción del art. 61.2 LO 1/2004 se señala que: “En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida.”

¹⁵⁷ CASTILLO MARTINEZ, C. del C., *La privación de la patria potestad* Ed. La Ley, 2010. ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud* Ed Dykinson, 2012

¹⁵⁸ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*. Ed. Thomson, 2011. RODA Y RODA, D. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad* Ed. Aranzadi 2014.

Con la reforma operada sobre la Ley Orgánica 1/2004 en el art. 61.2 se obliga al juez a pronunciarse incluso de oficio, ya que no se utiliza el término “podrá”, sino que se refiere a que el juez competente “deberá” pronunciarse, añadiendo la expresión de “en todo caso”, lo que denota la idea de esa intervención judicial en las medidas civiles dentro del proceso penal.

El TS en sentencia de 30 de septiembre de 2015¹⁵⁹, revoca la sentencia acordada por la Audiencia Provincial de Guadalajara y accede a la imposición de la pena privativa de derechos, recordando varios parámetros sustanciales en su imposición:

1º. Referencias a la pena de privación de la patria potestad en el CP. En la actualidad existe en el CP desde la LO 5/2010 cuatro expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad:

a) Una se encuentra en el art. 55 CP que la prevé como potestativa y con naturaleza de accesoria para toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una

2º. Carácter potestativo y no vinculante. Necesidad de su motivación. Relación entre el delito cometido y el objeto de la pena. La peculiaridad de la posible imposición de tal pena de privación de la patria potestad prevista en el art. 55 CP es que aparece prevista, con carácter potestativo pero de forma general en todo delito castigado con pena igual o superior a diez años, exigiéndose una vinculación entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad. "Relación directa" exige el tipo penal.

En todos los casos su imposición no es vinculante sino potestativa lo que exige una específica motivación. Con ello, el TS ya marca una primera línea de no preceptividad en la imposición de esta pena, como sí ocurre con la de alejamiento por la vía del art. 57 CP que exige su adecuación a cada caso y la especial motivación para acordarla. Por tanto,

¹⁵⁹ TS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 568/2015, de 30 de septiembre

en cuanto a la materia objeto de estudio, en realidad, permite su imposición en casos graves de atentados contra la vida de la mujer o pareja en presencia de menores.¹⁶⁰

3º. La posible imposición de esta pena en delitos sancionados con pena igual o superior a 10 años de prisión. El caso que analiza la sentencia del TS de 30 de septiembre de 2015 es idéntico al analizado en la sentencia indicada Sentencia nº 780/2000, pero actualmente se cuenta con la nueva redacción del art. 55 CP que prevé la imposición de tal pena en cualquier delito sancionado con pena igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad.

4º. Ataque a la madre en presencia del menor. En el caso analizado por la sentencia se recoge expresamente que el acuchillamiento de la madre fue efectuado en presencia de la menor, que a la sazón tenía tres años, dato que el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción, además de un delito contra la madre de la menor, un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado.

El Tribunal Supremo estima concurrente la existencia de un nexo entre el delito y el desarrollo integral de la menor y apunta que es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad, que por ello resulta incompatible y por tanto aparece sin justificación razonable mantener la patria potestad.

¹⁶⁰ En general, la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las Sentencias del TS nº 568/2001, de 6 de julio, la nº 750/2008, de 12 de noviembre y la 780/2000, de 11 de septiembre. En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex art. 170 CC. El caso al que se refería la Sentencia del TS nº 780/2000 era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común. El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad, estimando el recurso del condenado.

Recoge el TS que, ciertamente, repugna legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre.

Conviene recordar que la patria potestad se integra, ex art. 154 CC por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor.

El TS refleja en la citada sentencia de 30 de septiembre de 2015, que prevé esta pena como potestativa y con naturaleza de accesoria para toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad. Con ello, sería viable acordarla, aparte de en los delitos citados expresamente en el CP, en el caso de asesinato, ya que incluso en el de tentativa lo aprecia el Alto Tribunal.

Sobre la viabilidad de su imposición el TS se ha venido mostrando contundente a la hora de disponer acerca de la patria potestad del acusado de delitos para cuya comisión no se prevé la inhabilitación con carácter expreso. Efectivamente, el TS aplica directamente el art. 170 CC para privar de la patria potestad al progenitor acusado de delitos para los que no está prevista la pena de inhabilitación para el ejercicio de aquélla, en virtud del refrendo que le concede el párrafo primero de la citada norma¹⁶¹.

Con mayor claridad aún, la Sentencia del TS de 20 de diciembre de 1993, resolviendo sobre un delito de lesiones, declara: “Por lo que procede hacer aplicación de lo prevenido en el primer párrafo del art. 170 CC, que autoriza a privar a los padres de la patria potestad en una sentencia penal, privando totalmente a (...) de la patria potestad sobre su hijo.

¹⁶¹ Así, la Sentencia del TS de 15 de enero de 1997 consideró correctamente aplicado el art. 170 CC, a través del cual la AP privó de la patria potestad al padre de una menor que había asesinado a la madre de ésta, lo que viene a confirmar ahora en la de 30 de septiembre de 2015

Bien entendido que tal privación no significa una extinción de aquel derecho-función, ya que, como previene el párrafo 2º del citado art. 170 podrá acordarse en el futuro la recuperación del mismo, siempre en beneficio del menor y acreditada, por el cambio de conducta de la madre, la desaparición de las causas que han motivado esta privación.”

Resumiendo, el TS señala tres casos específicos de delitos que permiten su imposición y el marco del art. 55 CP, pero para los delitos con penas de prisión de hasta diez años para los que no se halle prevista la pena de inhabilitación expresamente, como antes se ha expresado, los jueces o tribunales podrán imponer, en este caso como pena accesoria, la **inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad**, en virtud de lo dispuesto por el art. 56 CP. Con ello, para estos delitos, el juez podría decidir la aplicación directa del art. 170 CC,-privándose al acusado de la titularidad de la patria potestad o bien la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para al ejercicio de la misma sin limitación temporal (como sí ocurre en los casos en que está prevista la pena especial específicamente como principal), con lo cual, al tratarse de pena accesoria, su duración quedará vinculada a la de la pena principal.

En cuanto a los delitos de pena inferior a diez años también es posible la imposición de esta pena para estos delitos. El CP permite esta opción por la vía del art. 56 que señala expresamente que en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

“3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el art. 579 de este Código.”

Existen tres supuestos que ya la contemplan expresamente en su ámbito penológico, como son:

1º. En el **art. 192.3 CP** en los casos de los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales:

“3. El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la **pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento**, por el tiempo de seis meses a seis años.”

2º. En el caso del **art. 223 CP** de delitos del incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge el abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección se recoge que:

“2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la **pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar** por tiempo de cuatro a diez años.”

3º. Y en el caso del **art. 233 CP**, de delito de abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

“1. El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 a 232 la **pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar** por tiempo de cuatro a diez años.”

Para estos tres supuestos la duración de esta pena es la que conste expresamente en la extensión prevista en el precepto correspondiente de los expuestos, a diferencia de lo que marca el art. 55 y 56 que vendrá marcada por la duración de la pena en cuanto a su ejercicio u otras en las que se prive de la titularidad misma en sí o del ejercicio anudado a la duración de la pena impuesta. Por tanto, la doctrina¹⁶² admite que la aplicación directa del art. 170.1 CC por los tribunales penales, privando al acusado de la titularidad de la patria potestad por la comisión de delitos para los que no se prevé la pena especial de inhabilitación para el ejercicio de aquélla, conduce a que los jueces penales puedan acordar la privación de la patria potestad para los casos en que no esté prevista esta pena, mientras que sólo se priva del ejercicio en los supuestos en que sí lo está, es decir, los tres

¹⁶² GRANADOS PÉREZ, C. *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la Jurisprudencia. Años 1991-2016. Actualizados hasta julio de 2016*. 2ª ed. Tirant lo Blanch. 2017

supuestos anteriormente mencionados, sin olvidar que el inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad no está privado de la titularidad de la misma, que se acordará en los casos previstos en los que el juez así lo acuerde como privación de ésta, más que como inhabilitación para su ejercicio.

La privación de la patria potestad está reconocida en el art. 33.2.k) del CP como pena grave.

En el art. 39.b) del CP se recoge que es pena privativa de derechos la de inhabilitación de los derechos de patria potestad. La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad está sujeta a una duración determinada, es decir, tiene naturaleza temporal.

La diferencia entre inhabilitación para el ejercicio y privación del derecho se encuentra en el propio texto del CP, en el art. 46, en cuya virtud la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la patria potestad y supone la extinción de las demás, pero no de la patria potestad, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. Determina ello que la inhabilitación, al contrario que la privación, sí comporta la pérdida del ejercicio, pero no su extinción definitiva.

La pena de privación de la patria potestad implica la «pérdida de la titularidad de la misma», subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado¹⁶³.

Conforme al art. 55 CP, como ya se ha apuntado, cuando se trate de delitos con pena de prisión igual o superior a diez años, el Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, de modo indistinto, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido.

¹⁶³ Vid. LLEDÓ YAGÜE, F. *Cuadernos prácticos Bolonia. Familia. Cuaderno IV. Patria potestad, filiación y adopción*. Ed. Dykinson, 2012

Por otro lado, el art. 56 CP dispone que, en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito y la relación directa, en estos casos como pena accesoria, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, o la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo igualmente determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

Con respecto a que en los delitos contra la vida e integridad física no esté prevista esta pena, no es que no se pueda imponer, sino que, como apunta el TS, la ausencia de una previsión específica para los delitos contra la vida o la integridad física no puede llevar a su imposición automática, ni a que no se pueda imponer. La norma genérica del art. 56 no se aplica automáticamente. Por tanto, si la previsión específica, para los delitos contra la libertad sexual cometidos por los parientes y contra la relaciones familiares, de la privación de la patria potestad, aparece redactada en términos de imposición facultativa para el Juez, con exigencia de un razonamiento expreso que atienda a las circunstancias del menor, la previsión genérica del art. 56, de la inhabilitación como pena accesoria, no se le puede exigir automatismo.

El legislador al delimitar la gravedad de la pena de inhabilitación y su alcance y, donde la prevé de forma expresa, la sujeta a unas especiales exigencias de motivación y dispone su imposición con carácter facultativo, exige que la pena privativa de la patria potestad ha de ir referenciada, como toda pena a la gravedad del hecho, sobre todo ha de referenciarse al superior interés del menor, lo que comporta la realización de estudios psicosociales y familiares precisos para acertar con la medida procedente. El TS argumenta que, a la hora de motivar la imposición de esta pena, como pena específica o genérica, ha de referenciarse al superior interés del menor, en los términos de los arts. 192 y 233 CP y no tanto a la gravedad del hecho.¹⁶⁴

¹⁶⁴ El Acuerdo del Pleno del TS de 26 de mayo de 2000 recuerda que cada caso habrá de ser analizado y motivado

Resumiendo, la STS de 30 de septiembre de 2015 es una sentencia importante en tanto en cuanto se podría decir que marca un antes y un después en el ámbito de la violencia de género y en su afectación a los menores. La razón es obvia, supone una ruptura con ese discurso jurisprudencial patriarcal dominante que ha visto compatible ser un agresor por violencia de género con ser un buen padre de familia. El propio Supremo, en esta sentencia, habla de ‘resistencia’ a la aplicación en el proceso penal de la pena de privación de la patria potestad. Resistencia que cabe constatar tras un análisis de su jurisprudencia concretándose en la adopción del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de mayo de 2000.

Ahora bien, ¿cuáles son los términos en los que se concreta esa ruptura discursiva dominante en sede jurisprudencial? ¿Habrían influido las modificaciones normativas en materia de protección de menores, a saber; Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia? ¿Y la condena a España en el caso González Carreño?¹⁶⁵ Lo cierto es que el foco de atención y la centralidad se trasladan ahora a la protección de las y los menores y a velar por el llamado del interés superior de éstos. El Tribunal Constitucional lo dejó claro en la STC 4/2001, de 15 de enero, cuando precisó que el ‘interés superior de las y los menores’ debe actuar como criterio básico y preferente en los procedimientos en materia de familia y constituye uno de sus elementos imperativos. Por tanto, es incomprensible la resistencia de los órganos judiciales en la aplicación de la inhabilitación o la privación de la patria potestad en aquellos supuestos en los que claramente se dan los requisitos recogidos en los preceptos anteriormente expuestos.

¹⁶⁵ Es de reseñar la condena del Comité de la CEDAW (ONU) a España en el caso González Carrero⁶ por no haber actuado con la 'diligencia debida' en un claro caso de violencia de género al no haber evaluado la situación de riesgo de la menor en el otorgamiento al padre del régimen de visitas pese a estar condenado por violencia de género. La menor fue asesinada por su padre en el cumplimiento del régimen de visitas a pesar de las más de 30 denuncias que había interpuesto la madre alertando del riesgo que corría su hija si las visitas no eran vigiladas o tuteladas.

6.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE CARÁCTER CIVIL. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

En todos los procedimientos de violencia de género, el Juez, de oficio o a instancia de parte deberá pronunciarse sobre la pertinencia o no de la adopción de las medidas protección y de aseguramiento.

A tenor del artículo 544 ter de la LECrim “1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.”

Recibida la solicitud de una orden de protección, el Juez actuará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter de la LECrim, convocando una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal. Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

En el apartado 7 de este artículo 544 ter de la LECrim, redactado conforme al apartado trece de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, se regula la adopción de medidas cautelares de naturaleza civil: “7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan

menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute¹⁶⁶ de la vivienda familiar¹⁶⁷, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente”.

Este artículo hace un inciso para recordar que por la vía del artículo 158 del Código Civil también puede adoptar medidas de protección al menor: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

¹⁶⁶ SAP Toledo de 19 de abril de 2006, STS 21 de noviembre de 2005

¹⁶⁷ ÁLVAREZ ALVAREZ, H. “La víctima de la violencia de género y la atribución de la vivienda familiar” *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles y laborales*. Lex Nova. Valladolid 2009

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad¹⁶⁸.

5º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.¹⁶⁹

6º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública¹⁷⁰.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”¹⁷¹

Por tanto, el Juez podrá suspender al investigado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia de los menores, pudiendo también ordenar la suspensión de visitas a los hijos del investigado por tal delito.

¹⁶⁸ Apartado 4.º del artículo 158 redactado por el apartado nueve del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

¹⁶⁹ Apartado 5.º del artículo 158 introducido por el apartado nueve del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

¹⁷⁰ Apartado 6º del artículo 158 introducido por el apartado nueve del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹⁷¹ En el Auto del Juzgado 24 de 1ª Instancia de Madrid con fecha 29 de abril de 2016 en el expediente de jurisdicción voluntaria núm. 176/2016, sobre medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda, se acordó la suspensión cautelar del régimen de comunicaciones, visitas y estancias establecido en favor del padre en el convenio regulador de efectos de la separación por constatar que los menores están inmersos en una situación de peligro, riesgo o daño cuando se encuentran en compañía de su padre

Todas estas medidas de protección de derechos deberán adoptarse mediante auto que debe apreciar su proporcionalidad y necesidad. Deberá intervenir siempre el Fiscal y se harán con respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.

Las medidas podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los recursos que pudieran interponerse.

Para el caso de incumplimiento por parte del investigado de la medida acordada, el Juez convocará la comparecencia para la adopción de prisión provisional, o de otra medida cautelar que implique una limitación de su libertad personal.

También, durante la tramitación del proceso, al amparo del apartado 11 del art. 544 ter de la LECrim, el Juez podrá hacer uso de esta potestad y acordar las medidas oportunas, civiles o penales, en una orden de protección, en aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el investigado o encausado.

El artículo 544 quinquies de la LECrim introducido por el apartado catorce de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, con el fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, establece que el Juez o Tribunal, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

“a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.

b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.

d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

2. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3.

3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil.”

En la Ley Orgánica 1/2004, en concreto en los artículos 65 y 66, para la materia objeto de estudio, se recoge expresamente:

Artículo 65¹⁷² De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores
El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

La Sentencia TS (Sala Primera) de 26 noviembre 2015, Rec. 36/2015, 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.

¹⁷² Artículo 65 redactado por el apartado tres de la disposición final tercera de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

En cuanto a la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, el art. 66¹⁷³ de la Ley Integral recoge: “El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que 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”.

Como se puede apreciar en estos artículos se establecen medidas de suspensión y no de privación.

En definitiva, bienvenidas sean estas modificaciones, pero se observan demasiadas cautelas por parte del legislador, sin perjuicio de las garantías que se tengan que observar, a la hora de optar por una suspensión automática de la patria potestad, guarda y custodia o del régimen de visitas en casos de violencia de género. En este sentido, parece ser que el legislador olvida la manipulación e instrumentalización de la que son objeto las y los menores y la victimización a la que quedan expuestas las mujeres que sufren violencia al no poder romper definitivamente todos los vínculos con el agresor.

¹⁷³ Artículo 66 redactado por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

III. CAPÍTULO TERCERO. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS HIJAS E HIJOS DE LA VÍCTIMA.

1. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL MALTRATO A MENORES.

1.1. DIFERENCIA DE CONCEPTOS

1.2. DIFERENTES FORMAS Y TEORÍAS EXPLICATIVAS DEL MALTRATO A MENORES

1.3. EL DERECHO-DEBER DE CORRECCIÓN

2. INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS MUJERES Y SUS HIJAS E HIJOS

2.1. FACTORES DE RIESGO

2.2. CONSECUENCIAS

2.3. EL CICLO DE LA VIOLENCIA

3. LOS MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

3.1. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN

3.2. CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS HIJAS E HIJOS

TOMA DE POSTURA

III. CAPÍTULO TERCERO. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS HIJAS E HIJOS DE LA VÍCTIMA.

El fenómeno de la violencia de género es un fenómeno muy complejo que involucra a otras personas, no sólo a la mujer-víctima. Además de la mujer que sufre daños y consecuencias graves producto de esta violencia, las hijas e hijos de estas mujeres que han sufrido violencia de género y que han vivido y crecido en un entorno familiar donde esta violencia está presente, apenas son reconocidos como víctimas, salvo en casos extremos, incluso aunque la norma así lo recoja.

En el anterior Capítulo se ha hecho un recorrido por la normativa que ha regulado la violencia doméstica y la violencia de género, como la legislación que ha protegido a las

víctimas de violencia de género y sus hijas e hijos y ha sancionado las conductas de sus agresores.

Pero la violencia que sufren los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género no puede encontrar sus causas, como en otros casos de violencia ejercida sobre menores en el ámbito doméstico, en la propia naturaleza de las relaciones familiares basadas en la dependencia, sino que nace de la desigualdad, del dominio del hombre sobre la mujer¹⁷⁴, también como madre, originando lagunas de protección a los menores, con el agravante de ser éstos especialmente vulnerables, no sólo por su edad, sino porque, precisamente, su agresor es la persona de la que esperan cariño, seguridad y protección. Por tanto, en este apartado resulta necesario tratar tanto la violencia de género como el maltrato infantil como los dos conceptos en los que se centra este estudio que ayudará a detectar si la legislación y la práctica judicial protegen jurídicamente al menor.

Se analizará de manera independiente el maltrato infantil y la violencia de género, con sus características, así como las manifestaciones de cada uno, por qué la infancia es una víctima directa de la violencia física o psicológica que ocurre en las situaciones de maltrato doméstico, concretamente, por qué los hijos e hijas de las mujeres maltratadas son receptores de la violencia contra sus madres, independientemente de que ellos directamente hayan sido o no agredidos físicamente y, si esto es así, por qué la práctica judicial no aplica las medidas que la ley sí recoge.

Los menores, hijos e hijas de mujeres maltratadas, no sólo son víctimas porque sean testigos de la violencia que el padre ejerce sobre la madre, sino porque la viven. Están expuestos a la violencia psicológica, a veces también física, y lo más grave, pueden crecer creyendo que la violencia es una pauta de relación normal entre adultos, siendo estos niños, los testigos invisibles de la violencia en el hogar.

¹⁷⁴ Vid. CZALBOWSKI, S. “Hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género ¿qué pasa con los hijos y las hijas? Las víctimas invisibles de la violencia de género” en PÉREZ VIEJO, J. y ESCOBAR CIRUJANO, A. (Coords.) *Perspectivas de la Violencia de Género. Grupo 5*, D.L. Madrid, 2011 pp. 201-220

El proceso de dejar de considerar la violencia de género como un “asunto privado” y empezar a reconocerse como un problema social, visibilizando a las víctimas, ha ayudado a iniciar acciones preventivas y elaborar normas que sancionen este tipo de actuaciones¹⁷⁵.

1. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL MALTRATO A MENORES.

Convertirse en víctima de algún tipo de violencia es un riesgo al que está expuesta la población en general, sin embargo, los menores y las mujeres, por razones de edad y sexo, son un sector de población especialmente vulnerable.

Diferenciar entre el significado del término “sexo” (diferencias biológicas entre mujeres y hombres) y el término “género” (diferencias construidas socialmente entre hombres y mujeres) resulta un instrumento útil para poner de manifiesto cómo algunas desigualdades son naturales, mientras que otras se han construido a lo largo de los siglos por una organización social patriarcal, no estando determinadas por la naturaleza, como señalaba Montalbán Huertas¹⁷⁶ en el II Congreso sobre la Violencia Doméstica y de Género celebrado en Granada, 23 y 24 de febrero de 2006.

La violencia contra la mujer dentro de una relación de pareja, es concebida como un grave problema social, un fenómeno psicológico complejo que los profesionales tienen el reto de comprender y el compromiso de erradicar y que este fenómeno no es solo un comportamiento, es una actitud, una creencia, un patrón de relación aprendido y unas expectativas sobre el hecho de ser hombre o mujer.

La citada Magistrada refiere que se trata de un fenómeno complejo que confronta los roles de género en una necesidad de subordinación de la mujer al servicio del hombre,

¹⁷⁵ Al respecto ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular... *op. cit.* CUADRADO RUIZ, M.A. y REQUEJO CONDE, C. “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal”. *La Ley*: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 2000, p. 1560-1566.

¹⁷⁶ Magistrada, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada. Miembro del Grupo de expertos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ

destacando que cuando se inicia una relación basada en estas actitudes, creencias y expectativas, la pareja pronto se ve envuelta en una dinámica donde prima la autoridad del hombre, la lucha de poder y el menosprecio a las características prototípicamente femeninas, y por ende, se procede a la devaluación integral de la mujer.

Todos los actos y actitudes que comportan desigualdad y devaluación hacia la mujer, sean sutiles o evidentes, constituyen formas de violencia de género.

Todo acto en el que se perciba o manifieste la superioridad del hombre frente a la mujer, puede originar la aparición de sentimientos de inutilidad, culpa, inseguridad, disminución de autoestima, con el consecuente ejercicio, por parte de la mujer, del rol de sumisión al maltratador.

La violencia de género, como se recoge en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se define como aquella violencia que, *como la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre las mismas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o ligados a ellas por relaciones similares de afectividad*.¹⁷⁷

Parte esta definición de la desigualdad estructural existente entre el hombre y la mujer, se apoya en prerrogativas culturales, conceptos tradicionales e históricos, estereotipos y roles que en el orden social se han establecido para un sexo u otro. Este predominio androcéntrico ha dado lugar a muchas discriminaciones hacia las mujeres y probablemente a la más grave de sus expresiones, que es la violencia contra ellas. Así, la violencia de género es la forma que tiene el sistema patriarcal de control y dominio, manteniendo y perdurando el orden establecido, mediante mecanismos que la hacen invisible

Aunque ya se ha delimitado el concepto de violencia de género en el apartado 2.1.1 de

¹⁷⁷ CUADRADO RUIZ en “La mutilación genital femenina ¿Violencia de género?“, conferencia pronunciada en las II Jornadas sobre Mutilación genital femenina, Fundación Euroárabe, Granada, 3 febrero 2015, ha puesto de manifiesto que esta definición excluye del ámbito de aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género a la ablación, la mutilación genital femenina que, sin embargo, no podemos dejar de referirnos a ella coloquialmente como violencia de género.

esta tesis, recordar que la Organización Mundial de la Salud en 2002 la definió como *“el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas posibilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”*. Y en el artículo 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea de las Naciones Unidas (1993), en su Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993, se recoge: *“La violencia de género es todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública o privada”*.

Como expresa Montalbán Huertas¹⁷⁸, este término se acuñó para significar la violencia cultural que se ejerce de forma mayoritaria por los hombres sobre las mujeres, manifestándose como una técnica de control que permite mantener a éstas en una situación de inferioridad y subordinación. Las situaciones de violencia y maltrato son muy frecuentes en las relaciones de pareja siendo un fenómeno que no conoce edad ni estatus social, tampoco entiende de niveles culturales o posición económica, se descarta relación directa con las drogas y el alcohol y, en la mayoría de los casos, no se asocia con enfermedades ni trastornos neurológicos. Pero una de sus causas, siempre presente, es el machismo y su difundida creencia de que la mujer es un ser “inferior”, “inmaduro” o “incapaz”. Esta denominación por un lado, nos señala las causas estructurales de la violencia imbricadas en la histórica posición inferior de las mujeres en el ámbito familiar, social, económico y cultural y, de otro, enlaza con el derecho y el principio de igualdad, como regla social y proyecto de las sociedades democráticas.

La violencia de género es aquella violencia machista ejercida contra las mujeres sólo por el hecho de serlo, pero no por el hecho de ser mujeres desde una concepción biológica, sino por los papeles y la posición que se asigna a las mujeres desde una concepción social, implicando, por tanto, una desigualdad imposible de justificar sino es desde las opciones y posturas más machistas y radicales de la sociedad. La

¹⁷⁸ MONTALBÁN HUERTAS. I. “Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional”. Madrid: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. 2004

violencia contra la pareja no es solo sinónimo de agresión física sobre la misma, sino un patrón de conductas violentas y coercitivas que incluyen los actos de violencia física contra la pareja, pero también lo son el maltrato y abuso psicológico, las agresiones sexuales, el aislamiento y el control social, el acoso sistemático y amenazante, la intimidación, la coacción, la humillación, la extorsión económica y las amenazas más diversas. Todas estas acciones que se pueden combinar y extender en el tiempo de forma crónica, tienen como finalidad someter a la víctima al poder y control del agresor.

Se trata de una violencia recurrente y repetitiva y de un fenómeno social que tiene como base la desigualdad y discriminación del sexo femenino, la exaltación del modelo patriarcal masculino y que se da en el seno familiar por parte del cónyuge¹⁷⁹.

De otra parte, atendiendo al otro concepto que nos interesa, el del maltrato a menores, apuntar que históricamente la consideración a los menores ha sido bastante diferente a la concepción que en la sociedad actual tiene de la infancia y sobre todo de la sociedad occidental. Los menores no eran considerados sujetos de derecho, por este motivo su protección y salvaguarda no eran entendidas o no se planteaban o eran cuestiones secundarias. A lo largo de los siglos, esta concepción ha ido evolucionando hasta la actualidad convirtiéndose en objeto de defensa y amparo.

El concepto de maltrato infantil ha ido variando en función de la época histórica, dependiendo de los factores de tipo económico, político o social. La influencia de estos factores ha sido de gran utilidad para que los sistemas legales hayan ido incorporando, medidas de protección y amparo.

El maltrato infantil es un fenómeno que se ha dado en todas las etapas históricas de la humanidad. En la antigüedad la agresión a la infancia se justificaba con diferentes argumentos, por fines tan diversos como el congraciarse con los dioses, la mejora de la especie, para salvar la honra, asuntos económicos o de manera

¹⁷⁹ PUEYO, A. “La predicción de la violencia contra la pareja”. En ECHEBURÚA, FERNÁNDEZ, MONTALVO Y CORRAL (Eds.) *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*. Valencia: Centro R. Sofia.2009, p. 21-49.

ejemplarizante.

En la Biblia, el Antiguo Testamento nos relata el infanticidio del que se salvó Moisés, en el Nuevo Testamento, el que ordenó Herodes cuando nació Jesús. En Egipto cada año se sacrificaba mediante ahogamiento en el Nilo a una joven para que se fertilizaran las tierras, en Esparta existía la costumbre de abandonar o arrojar a un precipicio a los niños nacidos con malformaciones. En Atenas, la venta de menores era algo socialmente admitido, así como el abandono e infanticidio de los hijos. En Roma los niños no eran como en Esparta, propiedad del estado, lo eran del *paterfamilias* que podía venderlos o incluso disponer de sus vidas.

La llegada del cristianismo influirá en el reconocimiento de sus derechos y en la disminución del infanticidio y las prácticas romanas se fueron encaminando hacia la prohibición de algunos actos que se llevaban a cabo con los niños, llegándose incluso a considerar algunos de ellos, un delito castigado con la pena de muerte¹⁸⁰.

En la Edad Media los niños eran considerados adultos jóvenes. La infancia quedaba reducida a la etapa de la vida en la que las personas dependían de la madre para la subsistencia, que duraba hasta los 7 años, edad en que se incorporaban al mundo adulto con todas sus obligaciones y consecuencias.

Bajo el amparo de las órdenes religiosas y de los humanistas se crean escuelas, como institución educativa separada de la familia, y orfanatos, frenando así la práctica habitual de la venta de niños.

La concepción de propiedad de los progenitores o de la sociedad que se tenía de los menores, cambiará en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX debido a la nueva visión familiar implantada por la burguesía, la madre era la encargada de la crianza de los hijos, dando a éstos una atención que no existía antes¹⁸¹. Si

¹⁸⁰ DÍAZ HUERTAS, J. A. “El maltrato infantil en la historia”. En J. CASADO, J.A. DÍAZ HUERTAS Y C. MARTÍNEZ. *Niños maltratados*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos.1997, p. 10-50.

¹⁸¹ Vid. CUADRADO RUIZ/REQUEJO CONDE, “El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Art. 153 Cp” , en *La Ley* 9 junio 2000, donde llaman la atención que en Gran Bretaña los delitos de violencia doméstica se recogían bajo ley escrita y se perseguían desde 1861, al tiempo que los maridos seguían teniendo el derecho legal de pegar a sus mujeres, también por ese sentido de propiedad. En 1891 se deroga la legislación que permitía a un marido pegar a su esposa, n.8, p. 4

bien es cierto que la Revolución Industrial supuso una regresión, al estar obligados todos los miembros de la familia a trabajar, incluidos los menores y se pierde la figura materna, por la misma razón, también es verdad que algunas conductas de maltrato que antes se veían justificadas o normales, ahora serán censuradas.

Es en el siglo XIX cuando el médico francés Auguste A. Tardieu publicó, en 1860, en la prestigiosa revista *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, un artículo titulado «Etude médico-légale sur les sévices et mauvais traitements exercés sur des enfants» («Estudio médico-legal sobre las sevicias y malos tratos ejercidos sobre los niños») que catalogaba treinta y dos casos de malos tratos recibidos por niños a manos de sus cuidadores, así como numerosos publicó numerosos estudios e investigaciones sobre el maltrato infantil. Años más tarde, en Francia, el 19 de mayo de 1874, se publica la Ley de protección para los niños trabajadores menores de doce años. Por tanto, la práctica social del maltrato empieza a ser mal vista y reprobada socialmente.

En Estados Unidos, se ganó por primera vez en la ciudad un caso en defensa de una menor neoyorquina de 10 años. En 1874 “el caso de Mary Ellen Wilson” estremeció a vecinos, policías, jueces y gran parte de la ciudad, una niña maltratada con suma gravedad por sus tutores que hizo reaccionar a las autoridades ante la denuncia una vecina, que ni siquiera conocía de su existencia, sólo oía cada día sus llantos y gritos. Es importante porque hasta mediados del siglo XIX a los hijos se les consideraban propiedad de sus padres y, las prácticas que estos ejercían con ellos no se juzgaban ni se castigaban. Los animales llegaron a tener más derechos que los propios niños. Sin embargo, con este caso se ganaba en esta ciudad el primer proceso judicial que defendía a una menor neoyorquina frente a los malos tratos proporcionados por sus cuidadores, aunque parezca increíble se condenó a la tutora de la niña de maltrato animal y la acusación tuvo que estar representada por la American Society for the Prevention of Cruelty to Animals, porque no estaba penado el maltrato infantil a manos de un padre o tutor y sí el maltrato animal. A raíz de este caso se fundó la New York Society for the Prevention of Cruelty to Children para luchar contra el maltrato infantil, extendiéndose, posteriormente, la idea a Europa.

Ya en el siglo XX se comienza a estudiar de forma sistemática la violencia ejercida

contra los menores, Henry Kempe en 1962, contribuyó, con sus trabajos, a la difusión del concepto de “niño golpeado”, que fue ampliado por Vicente J. Fontana, en 1964, señalando que estos niños podían ser dañados no solo físicamente, sino también emocionalmente o por negligencia, por lo que la expresión golpeado pasó a convertirse en maltratado. De esta manera, se comenzaron a estudiar otro tipo de conductas dañinas o perjudiciales para la infancia y no exclusivamente las físicas.

En España se van a producir una serie de acciones por parte del Estado dirigidas hacia la infancia marginada. Hechos, de tipo demográfico-económico, ya que para obtener una mayor productividad y un mayor enriquecimiento del país, se vio la necesidad de que los huérfanos se incorporaran a la agricultura, al arte o los oficios; y, de tipo filantrópico-religioso, por la preocupación social hacia los niños huérfanos y abandonados, contribuirán a la creación y mantenimiento de instituciones de crianza e integración de los marginados, a la regulación de un sistema de adopción, a la aparición de los primeros procedimientos tutelares y será el inicio de la legislación que castigará a los explotadores infantiles.

En resumidas cuentas, han sido diversos los cambios en las costumbres acontecidas a lo largo de la historia en relación con las situaciones de maltrato sufridas por la infancia. En la actualidad, se han publicado leyes contra el maltrato infantil y está la mentalidad de la población cada vez más inmersa en la lucha contra dicha problemática, aunque todavía existe mucho camino por recorrer. Hay que tener en cuenta que es en la década de los ochenta del pasado siglo es cuando se da una mayor creatividad e impulso a la investigación y a la intervención para eliminar o reducir los malos tratos y otras formas de violencia.

La Convención de los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas propuso en 1989 por primera vez una definición. En ella se incluía el abuso psicológico y la negligencia cómo posibles formas de maltrato infantil. El maltrato infantil era definido como:

Toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras que el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Otras definiciones se caracterizarán por su visión parcial del problema al incidir en uno

de los aspectos del mismo. Sirva como ejemplo la propuesta por Ignacio Gómez de Terreros en 1997¹⁸²:

Cualquier acto por acción u omisión realizado por individuos, instituciones o la sociedad en su conjunto que prive a los niños de su libertad o derechos correspondientes y/o que dificulten su óptimo desarrollo.

La Organización Mundial de la Salud, se hizo eco de la necesidad de compilar y organizar las numerosas definiciones con el objetivo de obtener una definición única y aceptada por la comunidad científica y en 1999 presentó la siguiente definición:

El maltrato o vejación de menores abarca todas las formas de malos tratos físicos y emocionales, abuso sexual, descuido o negligencia, explotación comercial o de otro tipo, que originen un daño real o potencial para la salud del niño, su supervivencia, desarrollo o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder

Así, son numerosas las organizaciones que han seguido planteando definiciones de maltrato infantil, ampliando la anteriormente propuesta. Por este motivo de nuevo la OMS, en 2002, propuso otra en la que se incluía el abuso sexual hacia los niños y niñas:

El maltrato se refiere al trato físico y emocional inadecuado, al abuso sexual, al cuidado negligente de los niños, y también a su comercio u otro tipo de explotación, que resulte en daño actual o potencial a la salud, sobrevivencia o desarrollo de la dignidad, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

En 2006, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) introdujo en su definición de maltrato infantil tanto actos ocasionales como habituales, y amplió el concepto más allá de la familia:

Los menores víctimas de maltrato y abandono son aquel segmento de la población conformado por niños, niñas y jóvenes hasta los 18 años que sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales. El maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o trasgresión de los derechos individuales y colectivos, e incluye el abandono completo o parcial.

¹⁸² Cfr. GOMEZ DE TERREROS, I. *Los profesionales de la salud ante el maltrato infantil*. Ed. Comares. Granada 1997

Años más tarde, desde el Observatorio de la Infancia¹⁸³, también se propuso una definición de maltrato infantil donde se señala expresamente que el daño no debe ser accidental y que debe afectar a un amplio abanico de áreas del desarrollo del menor:

Acción, omisión o trato negligente, no accidental que priva al niño o la niña de sus derechos y su bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social y cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad.

En definitiva, esta dificultad de establecer una definición común y aceptada por toda la comunidad científica quizá sea porque el maltrato infantil es un término complejo con el que se ha hecho referencia a un problema provocado por factores multicausales y que tiene muchas formas a la hora de manifestarse, aunque se presente en todos los sectores y clases sociales. Es por esta razón por la que se entiende necesario detenerse en definir los diferentes tipos de maltrato.

1.1.DIFERENCIA DE CONCEPTOS

Es necesario considerar las semejanzas y diferencias entre los conceptos utilizados, al igual que se hizo al principio de este capítulo entre violencia doméstica y violencia de género, matizando cómo ha sido utilizado cada uno de ellos. Conviene analizar de forma más directa la diferencia entre alguno de los variados términos que se utilizan: violencia contra la mujer, violencia de género, violencia machista o sexista, violencia doméstica o violencia familiar o intrafamiliar, violencia hacia menores y en concreto la violencia a menores como víctimas de violencia de género.

Al concepto de *violencia de género* hay que unir el de *mujer maltratada*, entendiéndola como aquella que sufre maltrato intencional, de orden emocional, físico y/o sexual ocasionado por el hombre con quien mantiene un vínculo íntimo. Como puede desprenderse se deriva de ello la obligación de la existencia de un agresor o maltratador que actúe realizando acciones que la mujer no desea y le obliga

¹⁸³ Observatorio de la Infancia. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. “*Maltrato Infantil; Detección, Notificación y Registro de casos*”. 2001

a hacer aquello que no desea o le impide llevar a cabo aquello que sí desea.

El término *violencia en el contexto familiar* es todo acto u omisión acaecido en el marco de la familia por obra de uno de sus miembros que atente contra la vida, la integridad corporal o psíquica o contra la libertad de otro miembro de la misma o que amenace gravemente el desarrollo de su personalidad, lo que pone de manifiesto que los malos tratos no se producen sólo por aquello “que se hace” sino por “lo que se deja de hacer”, incluyendo igualmente atentados contra aspectos físicos y psicológicos de la persona y destacando las nociones de libertad y desarrollo¹⁸⁴.

La Convención de los Derechos del Niño, en 1989, señalaba que la familia es considerada el entorno natural para el desarrollo y bienestar de todos sus integrantes, sobre todo en el caso de la infancia. Es por ello que constituye, como apuntan Straus y Gelles¹⁸⁵, el primer núcleo de seguridad, afecto, protección y apoyo para ellos.

El concepto de *maltrato infantil* en el ámbito familiar comprende los malos tratos por acción, entre los que se encontrarían los actos de violencia física (golpes, patas, palizas, empujones), los de violencia emocional (insultos, humillaciones, vejaciones) y los actos de violencia sexual (abusos sexuales, violaciones), así como los malos tratos por omisión o desatención de cuidados físicos o emocionales (ignorancia, incomunicación, silencios, aislamientos emocional, abandono)¹⁸⁶.

La violencia doméstica en un sentido amplio comprendería cualquier acción u omisión vejatoria o similar de uno o varios miembros de la familia contra los otros. En este caso, el concepto abarcaría los supuestos de violencia contra las personas mayores, ancianos, hermanos u otras personas del círculo familiar. En un ámbito más restringido, si la víctima es la cónyuge o mujer con la que el agresor tiene o ha tenido una vinculación, la violencia doméstica en realidad constituye una manifestación

¹⁸⁴ Cfr. CORSI, J. *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Op. cit. Vid.* HIRIGOYEN, M. F. *El maltrato en la vida cotidiana*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2003.

¹⁸⁵ Vid. al respecto STRAUS, M. A., Y GELLES, R. J. “Societal change and change in Family Violence from 1975 to 1985 as Revealed by Two National Surveys”. *Journal of Marriage and Family*. 1986, p. 465-479.

¹⁸⁶ SORIANO, F. “Promoción del buen trato y prevención del maltrato en la infancia en el ámbito de la Atención Primaria”. *Revista Pediatría, A. P.* 41. 2009, p. 121-140.

de la *violencia de género*, en cuanto que, violencia cultural o de clase, teniendo su origen en las desigualdades históricas tradicionalmente padecidas por las mujeres y sus hijos menores de edad. Por tanto, la *violencia de género en el ámbito familiar o de pareja* sirve para señalar todas aquellas situaciones de amenazas, malos tratos físicos o psíquicos y agresiones sexuales ocasionadas a la mujer, dentro del ámbito familiar, de pareja o de cualquier otro tipo de convivencia y la infancia a su cargo.

Corsi¹⁸⁷ emplea el término violencia doméstica para referirse a la forma de violencia de género que tiene lugar en el espacio doméstico, no solo en lo que se refiere al espacio ocupado físicamente como hogar, sino al delimitado por las infracciones en contextos privados. Es decir, se asocia con una relación de noviazgo, una relación de pareja con o sin convivencia, o con los vínculos con ex parejas. La expresión *violencia contra las mujeres en el ámbito familiar* es utilizada normalmente para referirse a los abusos a manos de la pareja que van desde la agresión verbal y física, a la violencia sexual, violación conyugal, hasta el homicidio; siendo el autor, varón y la víctima, mujer.

En el ámbito internacional, el término más común y utilizado es el de *violencia contra la mujer*, en el que destacamos el documento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 48/104, que contiene una “declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, y en su artículo 1 ofrece una interpretación del concepto:

Violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

En la definición anterior se indica que la violencia deteriora o anula el desarrollo de las libertades poniendo en peligro los derechos humanos fundamentales de las mujeres, la libertad individual y la integridad física de las mismas. Este concepto de violencia

¹⁸⁷ Así CORSI, J. “La violencia en el contexto familiar como problema social”. En J. CORSI. *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico.*, p. 1-100.

contra la mujer, como describe la magistrada Inmaculada Montalbán¹⁸⁸ tiene una doble consideración:

- Proporciona visibilidad a las mujeres como víctimas de la violencia sufrida dentro del ámbito familiar a las que se niegan los derechos fundamentales.
- Elimina la privacidad como elemento justificador de la tolerancia o inactividad de los poderes públicos en el tratamiento de este fenómeno.

1.2. DIFERENTES FORMAS Y TEORÍAS EXPLICATIVAS DEL MALTRATO INFANTIL.

El fenómeno del maltrato ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, haciéndose cada vez más amplio e incluyendo más situaciones o tipos. Hay que tener en cuenta que clasificar los tipos diferenciales del maltrato es tarea complicada, las diversas formas en las que se presenta la mayoría de las veces se solapan y aparecen nuevas variaciones y manifestaciones por acción u omisión.

La distinción del maltrato según se dé en el ámbito familiar o extrafamiliar, serán parámetros que también habrá que añadir. El maltrato intrafamiliar, con condiciones personales, familiares y ambientales, es un síntoma más de la familia desestructurada y con repercusiones cruciales en el desarrollo del menor.

El maltrato extrafamiliar, es aquel en el que no suelen aparecer manifestaciones evidentes y puede existir sin contacto directo entre el menor y su agresor.

Entre los diferentes tipos de maltrato en el ámbito familiar podemos encontrar los siguientes¹⁸⁹:

¹⁸⁸ Cfr. MONTALBÁN HUERTAS, I. “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”. *Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación*, nº 12. 2007

¹⁸⁹ MORENO, J. M. “Maltrato Infantil”. Madrid: Editorial EOS. 2002. CANTÓN, J., CORTÉS, M.R, JUSTICIA, MD. *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos*. Madrid: Pirámide. 2002

Maltrato físico: Cualquier acción no accidental por parte de padres o tutores que provoquen daño físico o enfermedad en el/la menor o le coloque en grave riesgo de padecerla.

Abandono físico: Aquella situación en la que las necesidades físicas básicas de los menores, alimentación, vestido, higiene, protección y vigilancia en situaciones potencialmente peligrosas, educación y cuidados médicos, no son atendidas temporal o permanentemente por ningún miembro del grupo con el que convive el mismo¹⁹⁰.

Maltrato psíquico o emocional: Hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono y constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles, desde la evitación hasta el encierro, por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar.

Abandono emocional: Falta persistente de respuesta a las señales, llanto, sonrisa, expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciadas por los menores y la falta de iniciativa de interacción por parte de una figura adulta estable¹⁹¹.

Abuso sexual: Cualquier clase de conducta sexual con una persona menor de edad por parte de un adulto desde una posición de poder o autoridad sobre el mismo¹⁹².

Explotación laboral: Aquella situación en la que los padres o tutores asignan al menor con carácter obligatorio la realización continua de trabajos domésticos, o no, que exceden el límite de lo habitual en el contexto sociocultural debiendo ser realizados por adultos y que interfieren de manera clara en las necesidades y actividades escolares y sociales de los menores, y, que son asignadas al mismo con el objetivo de

¹⁹⁰ PALACIOS, J., MORENO, MC., JIMENEZ, J. “El maltrato infantil: concepto, tipos, etiología”. *Infancia y aprendizaje. Diario para el estudio de la educación y el desarrollo*. Vol. 18. 1995

¹⁹¹ *Vid.* SASTRE, G. / MORENO, M. *Resolución de conflictos y abandono emocional*. 2002, Barcelona. Gedisa

¹⁹² HORNO GOICOECHEA, P. (Coord.) SAVE THE CHILDREN *Abuso sexual infantil: Manual de formación para profesionales*.

obtener beneficio económico¹⁹³.

Corrupción: Conductas que impiden la normal integración del menor y refuerzan pautas de conductas antisociales o desviadas. Esto puede manifestarse, o bien los padres facilitan o refuerzan pautas de conducta antisocial; o bien los padres o tutores utilizan al menor como “ayuda” o “tapadera” para la realización de actividades delictivas, robos, transporte de drogas, etcétera.¹⁹⁴

Maltrato prenatal: Cualquier tipo de maltrato a la madre embarazada o el consumo de drogas durante el embarazo que provoca que el bebé nazca con un crecimiento anormal, patrones neurológicos anormales o síntomas de dependencia a esas sustancias¹⁹⁵.

Síndrome de Munchausen por poderes: Aquellas situaciones en que el padre, madre o tutor somete al menor a continuos ingresos y exámenes médicos alegando síntomas físicos patológicos o ficticios generados de manera activa por el propio padre o tutor, por ejemplo, inoculando sustancias¹⁹⁶.

Diferentes teorías han intentado dar explicación al mismo fenómeno. Según las conclusiones del II Congreso sobre Maltrato Infantil de 1998 y los resultados de los estudios publicados por los psicólogos José Cantón Duarte y María Rosario Cortés Arboleda en su publicación *Malos Tratos y abuso sexual infantil* (Madrid 2011) entre las causas principales que generan el maltrato a menores, se pueden mencionar las siguientes:

a. Personalidad o modelo psiquiátrico/psicológico, postulaba una relación entre el abuso/abandono infantil y la presencia de enfermedades o de algún síndrome o desorden psicológico específico, en la actualidad varios autores admiten que solo entre un 10 y un

¹⁹³ GRACIA, E., MISITU, G. ” Los malos tratos en la infancia. Lecturas técnicas”. *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*

¹⁹⁴ Cfr. ARRUBARENA, M^a. I, DE PAUL, J. *Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento*. Pirámide, Madrid 1994

¹⁹⁵ Al respecto *vid.* LORENTE ACOSTA, M., LORENTE ACOSTA, J.A. *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso*. Comares 1999

¹⁹⁶ BURBANO, M^a M., PONCE, J.A.” Aspectos médico forenses en los abusos sexuales a menores”. *Fundación Márgenes y vínculos* 2001

15% de los padres abusivos ha sido diagnosticado con un síntoma psiquiátrico específico. Estudios que se han hecho, indican que los padres abusivos tienen dificultades para controlar sus impulsos, presentan una baja autoestima, escasa capacidad de empatía, así mismo, se ha encontrado que el abuso infantil se relaciona con la depresión y con la ansiedad de los padres, entre otras características y rasgos de personalidad como el alcoholismo y la drogadicción.

b. Económicas. A partir de la crisis que prevalece en nuestra entidad federativa y el desempleo que trae consigo que los padres que se encuentran en esta situación desquiten sus frustraciones con los hijos y los maltraten ya sea física o psicológicamente, el maltrato infantil se presenta en mayor medida en los estratos de menores ingresos, aunque se ha encontrado en diversas investigaciones que esta conducta no es propia de determinada clase social y se suele dar en todos los grupos socioeconómicos, estas características se encuentran dentro del modelo sociológico.

c. Culturales. Aquí se incluye a las familias donde los responsables de ejercer la custodia o tutela de los menores no cuenta con orientación y educación acerca de la responsabilidad y la importancia de la paternidad y consideran que los hijos son objetos de su propiedad. A estos tutores les falta criterio para educar a sus hijos. La sociedad ha desarrollado una cultura del castigo, en la cual al padre se le considera la máxima autoridad en la familia, con la facultad de normar y sancionar al resto de los miembros, en esta concepción, el castigo se impone como una medida de corrección a quien transgrede las reglas, además no se prevén otros medios de disciplina y educación de los hijos.

d. Sociales. Cuando entre los padres se produce una inadecuada comunicación entre ellos y sus hijos, se da pie a la desintegración familiar (modelo psiquiátrico/psicológico). En la mayoría de los casos, esta causa va paralela al nivel socioeconómico de los padres y el ambiente que rodea a la familia y es inducida por la frustración o la desesperación ante el desempleo, los bajos ingresos familiares y la responsabilidad de la crianza de los hijos. El estrés producido por estas situaciones adversas provoca otras crisis de igual o mayor magnitud (modelo sociológico). Por otro lado, los conflictos que son ocasionados por el nacimiento de los hijos no deseados o cuando la madre se dedica a la prostitución y deja en la orfandad a sus hijos. En consecuencia el maltrato que se genera en estos

casos provoca un daño irreversible por la carencia de afecto durante esta etapa de la vida del individuo (modelo psiquiátrico/psicológico).

e. Emocionales. La incapacidad de los padres para enfrentar los problemas, su inmadurez emocional, su baja autoestima, su falta de expectativas y su inseguridad extrema motivan que desquiten su frustración en los hijos y no les proporcionen los requerimientos básicos para su formación y pleno desarrollo. Se ha comprobado que en los lugares donde existe agresión y violencia entre el padre y la madre suele haber también maltrato infantil y esto produce a su vez incapacidad de socialización en los padres con el medio en que se desenvuelven. No hay que olvidar que a través de la familia se transmiten las reglas y costumbres establecidas por la sociedad (modelo psiquiátrico/psicológico).

La historia del maltrato de los padres. De acuerdo con múltiples estudios, es muy alto el promedio de padres agresores que sufrieron maltrato en su infancia. Además, en la mayoría de estos casos, los progenitores no reciben instrucción alguna acerca de la forma de tratar a sus hijos y aunque la recibieran, sin una intervención psicológica adecuada caerían de nuevo en la misma forma de tratar a sus hijos; a esto se le llama transmisión intergeneracional, malas experiencias en la niñez, etc. (modelo psiquiátrico/psicológico)¹⁹⁷.

f. Biológicas. Se trata del daño causado a los menores que tienen limitaciones físicas, trastornos neurológicos o malformaciones. Por sus mismas limitaciones, estos niños son rechazados por la sociedad y por consiguiente sus padres o tutores los relegan o aceptan con lástima. En estas circunstancias, el daño que se ocasiona a los menores con discapacidad es mayor, pues agrede a un ser indefenso que no puede responder en forma alguna.

Las fuentes revisadas concuerdan en que el maltrato infantil es un problema multifactorial, es decir multicausal y multidisciplinario. Debido a esta variedad de teorías, para entender el maltrato infantil, y más concretamente el ocasionado por la

¹⁹⁷ Así MORENO, J. M. "Maltrato Infantil". Madrid: Editorial EOS. 2002. CANTÓN, J., CORTÉS, M.R, JUSTICIA, MD. *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos*. Madrid: Pirámide. 2002

violencia de género, es necesario situarse en una posición integradora, desde donde se pueda abordar como expresión de un proceso de distorsiones en la interacción familiar y no como el resultado de una conducta aislada de uno de sus miembros. Este proceso sería el resultado de conductas agresivas y coercitivas de un adulto contra su pareja, ocasionando un gran impacto negativo en el sistema familiar, donde los hijos e hijas están presentes, siendo éstos a menudo testigos y “víctimas silenciosas”¹⁹⁸

1.3.EL DERECHO-DEBER DE CORRECCIÓN

Todas las sociedades a lo largo del tiempo se han organizado en torno a grupos de personas que por sí mismas configuraban lo que se ha venido a denominar estructura familiar. La familia constituyó y constituye el primer elemento o agente socializador, es en ella donde sus miembros comienzan su integración social, donde los individuos aprenden la pautas de comportamiento y las técnicas de conducta a la par que interiorizan los valores, principios, creencias y el código moral del grupo al que pertenecen. Es en estas estructuras familiares, que realizan la tarea esencial de conectar al individuo con la sociedad que ha de integrar, en dónde como necesario contrapunto al derecho-deber de educar a los nuevos miembros, se ejercita por parte de los padres el debatido derecho de corrección sobre sus hijos.

Querer erradicar el maltrato infantil sin caer en la renuncia del derecho de corrección¹⁹⁹, siempre necesario como contrapunto, no ya sólo a la autoridad que debe presidir las relaciones paterno-filiales, sino a la necesaria educación y formación en valores, principios y correctas conductas, es necesario adoptar todas las medidas para lograr un equilibrio. Lo fácil será pasar de un despotismo por la defensa de una disciplina mal entendida a una anarquía indisciplinada por ser lo políticamente correcto.

Se hace imprescindible erradicar el maltrato infantil y ello comienza con la educación,

¹⁹⁸ HOWELL, K.H. "Resilience and psychopathology in children exposed to family violence"; 2011. RIZO, C., MACY, R.J., ERMENTROUT, D.M., & JOHNS, N.B. *A review of family interventions for intimate partner violence with a child focus or child component*. 2011.

¹⁹⁹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., "El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección", en *Poder judicial*, 1994, pp. 45-68.

pero de quienes tienen la facultad y el deber de educar. Así la prevención del maltrato infantil comienza con la vida del niño en una familia donde la igualdad entre el hombre y la mujer en la pareja conyugal, la participación y cooperación de ambos en las funciones familiares, la tolerancia y respeto hacia el otro, la solución de los conflictos mediante el diálogo y la negociación, son condiciones imprescindibles, todas ellas alejadas de comportamientos violentos.

La corrección razonable y moderada a la que se encuentran obligados los padres frente a sus hijos es un corolario de la patria potestad que Acale Sánchez ubica en el art. 154 del Código Civil, en virtud del cual los actos de corrección que los padres ejecuten se llevarán a cabo siempre en beneficio y de acuerdo a la personalidad de los hijos²⁰⁰

Se habrán puesto los pilares fundamentales para la resolución de los conflictos por vías excluyentes de cualquier violencia, en aquellas familias en las que la relación entre padres e hijos, los niños y adolescentes, son respetados como personas, es decir, aceptados como seres diferentes con sus propias características, deseos e inclinaciones; en aquellas familias donde los menores son escuchados y su voz es tomada en cuenta. En el ejercicio de su autoridad los padres deben tener en cuenta la personalidad del hijo, sus necesidades e inclinaciones en cada una de las fases de su desarrollo.

El deber de educación comprende el respeto a la autonomía del menor. A la forma de respeto unilateral que une a un inferior con un superior, es posible contraponer el respeto mutuo, fundado en la colaboración y participación que operará de manera distinta en las sucesivas fases del desarrollo del menor. Por otra parte, hay que distinguir entre la corrección que pueden realizar unos padres en aras de un deber de educar y siempre en beneficio del superior interés del menor, de aquellas actuaciones realizadas por quien siendo progenitores no alcanzan a comprender la importancia de dicha función, y sus hijos sólo son objetos de los que sacar provecho, utilizando con ellos conductas que jamás podrán ser amparadas en la legitimidad natural de la paternidad, a las actuaciones de estos últimos no pueden otorgárseles el calificativo de derecho alguno pues falta el fundamental antagónico de deber.

²⁰⁰ *Vid.* al respecto ACALE SÁNCHEZ, M. “El niño como víctima de los malos tratos en el ámbito familiar” *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 4, 2003, ISBN 84-8373-558-X, pp. 11-38

La actual dinámica familiar, perfilada fundamentalmente por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos integrados en nuestro ordenamiento, requiere la sustitución del poder de corrección por el derecho de orientación o guía de los progenitores, con la consecuente prohibición de ejercer sobre los hijos cualquier tipo de trato humillante, vejatorio o violento. Esta dinámica debería tener también su manifestación en la patria potestad.

Para Marín de Espinosa Ceballos el derecho de corrección en España, Italia y Alemania permite justificar algunos castigos paternos si persiguen un fin educativo, siempre que sean moderados, razonables o proporcionados. Estos últimos requisitos constituyen los límites al *ius corrigendi*. Por consiguiente, para calificar un castigo de moderado o proporcionado es preciso atender a las normas sociales, culturales, el momento histórico y a la edad del menor²⁰¹.

2. INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS MUJERES Y SUS HIJAS E HIJOS.

El fenómeno de la violencia de género está conectado con el fenómeno del maltrato a menores, como víctimas directas del primero.

Desgraciadamente, las cifras sobre la incidencia de esta problemática indican que es un problema bastante extendido, de manera que según la organización Save the Children en 2011, la violencia de género es la forma más común de agresión sufrida por las mujeres en todo el planeta²⁰².

La primera causa de muerte de las mujeres de 14 a 45 años en Europa es la violencia machista, por encima de las que se producen por el cáncer y de los accidentes de tráfico.

²⁰¹ Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., “La intervención del derecho penal en los castigos a los hijos: Un análisis comparado” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 01-07 (1999)

²⁰² SAVE THE CHILDREN. *Informe sobre el estado mundial de las madres*. Madrid: Save the Children España. 2011.

Estos datos llevan a considerar el elevado número de hombres que se comportan violentamente con sus parejas o ex parejas.

Pero hay que advertir que estos datos cuentan con inconvenientes como que un elevado porcentaje de la violencia es aceptado por las mujeres o vivido por ellas como algo "normal" en su relación o bien que éstas identifican la violencia sólo con un maltrato físico, siendo un factor de dificultad añadido al estudio de la violencia el que sólo, una mínima parte de los casos de malos tratos, es denunciada.

Aunque la ONU publica con carácter periódico un documento en el que se refleja la gravedad del problema a nivel mundial y, desde 1997, la Unión Europea recopila, elabora y publica anualmente los datos sobre la violencia contra las mujeres en cada uno de los países miembros, en España, la recogida de datos de las comisarías, los juzgados, los hospitales y los servicios de protección es reciente, iniciándose no hace demasiado tiempo el empleo de registros unificados. Por tanto, aunque existen numerosos estudios y trabajos de investigación realizados, es relativamente reciente la tarea por parte de los poderes públicos de recogida de datos oficiales.

En España, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad publicaba en 2015 La Macroencuesta de violencia contra la Mujer²⁰³. A ésta le precedieron varios informes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el año 2000, 2002 y 2006; otra encuesta en 1997, realizada en todo el país, cuyos resultados indicaban que un 9,2% de las mujeres eran consideradas "técnicamente" maltratadas y un 2,1% se declararon como tales; y una Macroencuesta publicada en 2011, en la que se señalaba que el porcentaje de mujeres que declararon haber sufrido violencia de género alguna vez en la vida era del 10,9% del total de entrevistadas, lo que equivalía a más de 2.150.000 mujeres . De ellas, se consideraban que estaban, a la fecha de la encuesta, en situación de maltrato casi 600.000 mujeres (el 3,0% del total de entrevistadas) y habrían salido de esa situación más de un 1.560.000 (el 7,9% del total de encuestadas). Respecto a las Macroencuestas anteriores a 2011, los datos reflejaban un aumento muy importante de la proporción de mujeres que declaraban en 2011 haber sufrido malos tratos alguna vez

²⁰³ MACROENCUESTA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, 2015. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (Macroencuesta cuyo encargo desde 2011 corresponde a la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género).2015

en la vida (10,9%) frente a los años 2006 (6,3%), 2002 (6,2%) y a 1999 (5,1%).

La Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015 se realizó a una muestra de 10.171 mujeres representativa de la población femenina residente en España de 16 y más años, incluyéndose por primera vez las jóvenes de 16 y 17 años. El estudio analiza el porcentaje de mujeres residentes en España que han sufrido o que sufren actualmente algún tipo de violencia por el hecho de ser mujeres.

En primer lugar, se analiza la prevalencia de cinco tipos de violencia de género: física, sexual, psicológica de control, psicológica emocional y económica. También se estudian las consecuencias de esta violencia sobre la salud física y psíquica de las mujeres afectadas, en qué medida estas mujeres han denunciado su situación, acudido algún servicio de ayuda o contado su situación a personas del entorno, el impacto que la violencia de género tiene sobre los hijos e hijas de las víctimas y la salida de la violencia de género.

Por otra parte, se analiza la prevalencia entre las mujeres residentes en España de la violencia física y sexual ejercida por personas con las que las mujeres no mantienen ni han mantenido una relación de pareja, distinguiendo en función de si dicha violencia se sufrió en la infancia o en la edad adulta y desagregándola por tipos de agresores.

Finalmente, se atiende a la situación específica, en lo relativo a la violencia contra la mujer, de los siguientes colectivos específicos de mujeres: mujeres con discapacidad acreditada del 33% o más, mujeres nacidas en el extranjero, residentes en municipios de pequeño tamaño poblacional, jóvenes de 16 a 24 años, y mayores de 65.

Otros estudios relacionados con los datos sobre incidencia, pueden ayudar a clarificar el tema. Según se recoge en el I Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, desde el año 2002 al 2006 aumentó el número absoluto de denuncias por violencia de género, produciéndose un incremento de la tasa de denuncias por cada mil mujeres mayores de 18 años residentes en España, este incremento se intensificó durante los años 2007 y 2008, produciéndose un ligero descenso en los años 2009 y 2010.

Por otro lado, los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística en mayo de

2014, refiriéndose a la estadística de violencia doméstica y violencia de género en el año 2013, revelaban datos informativos sobre víctimas y denunciados con medidas cautelares u órdenes de protección dictadas a favor de las víctimas. Entre éstos, es de destacar que el número de víctimas de violencia de género con orden de protección o medidas cautelares inscritas en el Registro fue de 27.122 mujeres, un 6,9% menos que en 2012. La tasa de víctimas de violencia fue de 132,6 por cada 100.000 mujeres de 14 y más años, y el número de víctimas de violencia con orden o medidas cautelares inscritas descendió un 3,3%.

En el anuario estadístico del VII Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer²⁰⁴, publicado en marzo de 2015, que incide fundamentalmente en las cifras globales de la violencia de género en España durante 2013, ascendiendo el total de víctimas mortales en ese año a 54 y el total de víctimas mortales en el decenio 2003-2013 a 712, siendo el 56,2% de las mujeres asesinadas en España, durante el periodo señalado, a manos de su pareja o ex pareja. De las 54 víctimas mortales, un 20,37% (11 mujeres) habían denunciado a su agresor. Asimismo, 9 víctimas mortales habían solicitado medidas de protección habiéndoles concedido a 8.

En 2016 se publicó el VIII Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Señalaba este informe que, entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2014, un total de 766 mujeres perdieron la vida a manos de sus parejas o ex parejas. El año que presentó un mayor número de víctimas mortales fue el 2008, con 76 víctimas. Por el contrario, el año 2014 presentó una de las cifras registradas de víctimas mortales por violencia de género más bajas de toda la serie, junto con 2012, el año con menos víctimas mortales, que ascendía a 52.

Otro dato importante a destacar sobre el año 2014, son los menores que perdieron a sus

²⁰⁴ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en el Título III, relativo a la Tutela Institucional, en el artículo 30.1, crea el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. El Real Decreto 253/2006, de 3 de marzo, por el que se establecen las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer y el Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

madres por violencia de género. En este año, hubo 41 menores que se quedaron huérfanos debido a la violencia de género. El número de hijos e hijas que entre 2013 y 2014 perdieron a su madre como consecuencia de la violencia de género, asciende a un total de 167

En cuanto a las denuncias, desde el 1 de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2014 llegaron a los juzgados un total de 1.052.177 denuncias por violencia de género, siendo el año 2008, con 142.125 denuncias, el que mayor número de denuncias por violencia de género ha registrado.

Otro dato de interés de este último informe son las atenciones del servicio telefónico de información y asesoramiento jurídico en materia de violencia de género, la asistencia del 016. Desde la puesta en marcha del servicio el 3 de septiembre de 2007, se han atendido 480,317 llamadas de violencia de género en el servicio de atención telefónico de información y asesoramiento jurídico en materia de violencia de género (016). Los últimos datos son a 31 de diciembre de 2014, en este año se atendieron 68.651, un 17,8% más que en el año 2013 (58.274 llamadas).

El total de llamadas sobre violencia de género atendidas en otro de los instrumentos al alcance, el Servicio telefónico de ayuda a niños y adolescentes en riesgo (datos según ANAR²⁰⁵, de enero a diciembre de 2015) fue de 2.684, de las cuales 453 se referían a situaciones de violencia de género en las que la víctima directa es una mujer menor de edad y 2.231 llamadas que planteaban situaciones de menores que se encuentran dentro del entorno familiar de las mujeres víctimas de violencia de género. La media de edad de las menores afectadas por situaciones de violencia de género era de 16 años, mientras que la de las y los menores que se encuentran en entornos de violencia se situaba en 9,2 años.

Los datos sobre violencia de género a nivel internacional llegan de la ONU, en concreto de la División de Estadísticas de las Naciones Unidas, de la Organización Mundial de la

²⁰⁵ La Fundación ANAR, por medio del servicio del Teléfono ANAR, de Ayuda a Niños y Adolescentes, elabora anualmente un Informe con el objetivo de presentar unas conclusiones sobre la situación de la infancia en nuestro país, los principales problemas que les afectan, y los nuevos desafíos a los que se enfrentan. El 31 de julio de 2009, el Ministerio de Igualdad y la Fundación ANAR firmaron un Convenio de Colaboración con el objeto de definir un marco general de colaboración en el ámbito de la violencia de género.

Salud y de ONU Mujeres. Por parte de las organizaciones europeas, en la Unión Europea se encargan de las estadísticas, estudios, debates y demás aportaciones, la Comisión Europea de Violencia contra las mujeres, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE), así como numerosos estudios e informes específicos como el Informe sobre apoyo a las víctimas de violencia contra la mujer, elaborado en el marco de la revisión de la aplicación por parte de los Estados miembros de la Plataforma de Acción de Beijing, el Informe sobre fuentes de datos administrativos sobre violencia contra la mujer, en el ámbito de la Unión Europea o el Informe sobre las actividades internacionales en el ámbito de la recopilación de datos estadísticos sobre la violencia contra la mujer, en el ámbito de la Unión Europea. Así mismo, en el ámbito europeo, el Consejo de Europa publicó un Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y publicada la ratificación de España en BOE de 6 de Junio de 2014.

En nuestro país, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, anualmente publica la estadística de mujeres y menores víctimas de violencia de género fallecidos, un Inventario de operaciones estadísticas y un Informe anual del Observatorio de violencia sobre la mujer, así como numerosos estudios e investigaciones sobre las víctimas de violencia de género como *La Atención Primaria frente a la Violencia de Género. Necesidades y Propuestas*, *Las Víctimas Invisibles de Violencia de Género o Percepción de la violencia de género en la adolescencia y la juventud*, entre otros.

Por otro lado, se recogen datos, que reflejan la violencia de género en nuestro país, de diferentes organismos como el Instituto Nacional de Estadística, el Consejo General del Poder Judicial (publica informes y estadísticas trimestral y anualmente a través del Observatorio contra la violencia doméstica y de género), la Fiscalía General del Estado (memorias anuales, circulares, consultas, instrucciones, etcétera), el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (a través de su Comisión contra la violencia de género), el Ministerio del Interior o el Defensor del Pueblo.

2.1.FACTORES DE RIESGO

Los factores de riesgo y de protección, de perpetración y victimización pueden llevar a la aparición del problema. Las revisiones sobre los mismos, han identificado una serie de factores tanto a nivel individual como familiar y comunitario.

El historial de experiencias infantiles negativas se ha relacionado con la posterior perpetración o victimización en la violencia de pareja, en las que es posible actuar como mediadores de la conducta antisocial y del ajuste psicológico adulto. Igualmente, pone de manifiesto que determinados factores relativos a las prácticas de crianza y estimulación del comportamiento no violento, pueden disminuir el riesgo de padecerla.

Aunque la violencia está presente en todas las clases sociales²⁰⁶, parece ser mayor en las mujeres en riesgo de exclusión social, pobres y entre las que son receptoras de ayudas sociales. También se ha comprobado que las agresiones se suelen concentrar en hombres y mujeres jóvenes que viven en común y que tienen hijos siendo muy jóvenes. La prevalencia es más alta entre las parejas con hijos que entre las que no los tienen²⁰⁷.

En cuanto a la relación entre sucesos vitales estresantes y violencia física en la pareja y analizando la relación entre empleo y violencia, las mujeres que trabajan fuera de casa tienen un menor riesgo de maltrato.

Igualmente, las mujeres con discapacidad tienen un riesgo mayor a la hora de padecer dicha violencia. Casi un 80% es víctima, corriendo un riesgo cuatro veces mayor que el resto de mujeres a sufrir violencia sexual.

En cuanto al contexto cultural como factor importante en la victimización por la pareja, en los países árabes e islámicos la violencia no constituye un problema de especial preocupación, sino que suele tratarse más bien como un asunto privado y como una respuesta potencialmente justificable a un comportamiento inadecuado de la esposa,

²⁰⁶ Así CUADRADO/ REQUEJO CONDE “ El delito de malos tratos en el ámbito familiar...”op.cit., p. 1

²⁰⁷ HOLT, S., BUCKLEY, H., WHELAN, S. “The impact of exposure to domestic violence on children and young people: A review of the literature”. *Child Abuse & Neglect*, 32, 2008, p. 797-810

tratándose más de un problema cultural que religioso²⁰⁸.

De igual modo, se señala que las mujeres hispanas son más vulnerables a las consecuencias, siendo más probable que experimenten problemas de salud mental e ideas suicidas teniendo un riesgo significativamente mayor de ser asesinadas por sus compañeros sentimentales²⁰⁹.

Por tanto, es importante resaltar a nivel individual que el historial de maltrato físico y/o abuso sexual, especialmente durante la infancia y el historial de exposición o de conducta violenta, el desempleo, la juventud, el estatus matrimonial, el bajo nivel educativo, la impulsividad y el consumo de drogas o alcohol han sido considerados factores de riesgo de perpetración y de victimización en hombres y mujeres. El hecho de ser mujer, depender económicamente de la pareja, presentar baja autoestima y tener cuatro o más hijos son importantes factores de riesgo, siendo, a la inversa, tener más edad, estar casada, disponer de un empleo, poseer un nivel superior de ingresos y un nivel cultural entre alto y medio, factores de protección al mismo.

Igualmente, señalan Pears, K.C. y Capaldi D.M.²¹⁰, una mayor edad disminuye el riesgo de violencia, siendo mayor durante la adolescencia tardía y en los primeros años de la etapa adulta. Sin embargo, el desempleo, el bajo nivel de ingresos, determinados factores laborales, así como la estructura familiar pueden asociarse con un mayor riesgo de ocurrencia. El nivel educativo, desempeña un papel importante, ya que tanto el estrés asociado a la falta de educación y al escaso poder adquisitivo en algunos casos, pueden tener consecuencias negativas en las relaciones. Estos estudios demuestran una alta tasa de violencia contra la mujer durante los primeros años de crianza de los hijos, habiendo evidencias de victimización durante el embarazo.

Se refleja igualmente la especial vulnerabilidad de las mujeres extranjeras, en un estudio

²⁰⁸ CANTÓN, J., CORTÉS, M.R., JUSTICIA, M.D., Y CANTÓN, D. *Violencia doméstica, divorcio y adaptación psicológica. De la disarmonía familiar al desarrollo de los hijos*. Madrid: Pirámide. 2013

²⁰⁹ AZZIZ-BAUMGARTNER, EDUARDO; MCKEOWN, LORETA; MELVIN, PATRICE; DANG, QUYNH; REED, JOAN. "Rates of Femicide in Women of Different Races, Ethnicities, and Places of Birth: Massachusetts, 1993-2007". *Journal of Interpersonal Violence*, p.1077-1090 Mar 2011.

²¹⁰ PEARS, K.C. Y CAPALDI D.M. "Intergenerational transmission of abuse: a two generational prospective study of an at risk sample". *Child abuse and neglect*, 2001

transversal basado en la Encuesta Nacional de Salud (ENS-06), y con una muestra de 13.094 mujeres se realizó un análisis multivariado, siendo la variable dependiente la violencia del compañero íntimo declarada y las independientes el nivel de estudios, el empleo, el estado civil, la situación de convivencia con la pareja o análogo, el número de menores en el hogar, el país de origen (españolas frente a extranjeras) y la edad. Los autores del estudio concluyeron que a raíz de los datos, el perfil de la violencia del compañero íntimo parece manifestarse de forma desigual entre las mujeres españolas y las extranjeras; el nivel educativo, el número de menores en el hogar y el estado civil, son las características que más se asocian a la violencia declarada por las mujeres.

2.2.CONSECUENCIAS

Aunando los datos disponibles, éstos apuntan a que este problema reúne todas las condiciones establecidas para configurarse como un problema social generalizado y de grandes dimensiones encontrándose amplia variedad de circunstancias. Así, la Organización Mundial de la Salud indica que es uno de los problemas de salud más importantes por su creciente incidencia y mortalidad. En su 49ª Asamblea Mundial de la Salud (1996) se reconocieron las graves consecuencias que tiene tanto para la salud, como para el desarrollo psicológico y social de los individuos, las familias, las comunidades y los países, tanto de forma inmediata como a largo plazo, declarándose como un importante problema de salud pública en todo el mundo e instando a los Estados Miembros a evaluarlo, comunicando la información de la que se vaya disponiendo y sus posibles fórmulas para afrontarlo.

Ciertamente el maltrato tiene consecuencias devastadoras tanto en las mujeres como en la infancia que lo sufre y padece, por lo que es absolutamente necesario aumentar los recursos y esfuerzos para atenderlos y contribuir a la disminución en el número de casos que ocurren.

El estudio emergente e interés por las implicaciones psicológicas del menor en el seno familiar, surge a principios de los años setenta, resaltando la necesidad de proteger y atender a las mujeres víctimas de maltrato.

Numerosos han sido los estudios que han abordado los trastornos ocasionados por la violencia de género en las víctimas. Así Echeburúa, E., Corral, P. y Villavicencio, P. y Sebastián, J.²¹¹, destacan como los más característicos los trastornos:

- Conductas de ansiedad extrema: La manifestación de una conducta ambivalente por parte del agresor, entremezclando conductas de arrepentimiento y ternura con episodios de agresión, hace que la víctima genere respuestas de alerta y sobresalto permanentes, conduciéndole a la experimentación de una ansiedad generalizada, cuya sintomatología se relaciona con un “trastorno por estrés postraumático”.
- Depresión y suicidio: La vivencia de una agresión continuada va a desarrollar en la mujer un estado de indefensión caracterizado por “la percepción de que, sea cual sea su actitud es incapaz de manejar o resolver la situación por la que atraviesa”. Esta indefensión le suele conducir a un estado depresivo incapacitándola para el abandono de la situación de violencia en la que vive. La depresión es el trastorno que con más prevalencia se diagnostica a las mujeres que han sufrido algún tipo de malos tratos. El agresor suele aislar a su pareja del entorno familiar y social, causando de este modo una reducción del refuerzo social y de las actividades reforzadoras, llegando en algunos casos las víctimas a considerar el suicidio como la única estrategia posible ante el intenso dolor que experimentan.
- Pérdida de autoestima y sentimiento de culpa: El maltrato psicológico, físico y sexual provoca una pérdida en la autoestima de las víctimas como también la aparición de ideas de autovaloración negativas. Las agresiones producen en ellas una sensación de incompetencia. Una reacción común es sentirse personalmente responsables y/o culpables por el incidente traumático.
- Aislamiento social y dependencia emocional del maltratador: El sentimiento de vergüenza experimentado por la víctima lleva generalmente a la ocultación de lo ocurrido, contribuyendo este hecho a aumentar cada vez más su aislamiento social y su

²¹¹ Vid en ECHEBURÚA, E., CORRAL, P. *Manual de violencia familiar*. Editorial siglo XXI. 1998 y VILLAVICENCIO, P. Y SEBASTIÁN, J. *Violencia doméstica: su impacto en la salud física y mental de las mujeres*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto de la Mujer. 1999.

dependencia con el agresor.

En situaciones de maltrato permanente hay que hacer alusión al Síndrome de Mujer Maltratada (SIMUM) que autores como Walker, L.²¹² y Lorente Acosta, M.²¹³, lo describieron como: “alteraciones psíquicas y físicas y sus consecuencias por la situación de maltrato permanente: síntomas de estrés postraumático, estado de ánimo depresivo, rabia, culpa, baja autoestima, quejas somáticas, disfunciones sexuales, conductas adictivas, distorsiones de la memoria, síndrome de Estocolmo doméstico”.

Estas alteraciones junto con el aislamiento, la intermitencia de la violencia y el contexto social-cultural, que minimiza los hechos, justificando o tratando de comprender más al agresor que a la víctima, explican, entre otras razones, por qué le resulta a la mujer tan difícil salir de la relación de maltrato²¹⁴.

El 40,2% de las problemáticas asociadas hacen referencia a los problemas psicológicos. Es decir, la presencia de problemas psicológicos es la principal consecuencia que detecta el informe de 2015 de la Fundación ANAR. En este grupo de problemas podemos destacar: la presencia de ansiedad en el 20,6% de las llamadas, el miedo en el 3,1 %, la tristeza en el 4,2 %, y la experiencia de aislamiento/soledad en el 5,9%. Aunque por porcentajes menores detectamos también situaciones tales como intentos de suicidio (1%), trastornos del sueño (0,7%), baja autoestima (0,6 %), entre otros²¹⁵. En las conclusiones de este informe se recogen las edades de los menores que demanda este tipo de ayuda: “En cuanto a la edad de los menores debemos destacar que esta situación de violencia afecta a menores de edad de todos los rangos de edad. En las 2231 llamadas de orientación especial atendidas en 2015 identificamos 486 menores afectados con edades entre los 15 y los 17 años. Es importante destacar que el 54,2% de los casos detectados tenían entre 0 y 10 años, de los cuales 760 tienen entre 0 y 7 años de edad, es

²¹² WALKER, L. *El síndrome de la mujer maltratada*. Desclée de Brouwer. 2012.

²¹³ Vid en LORENTE ACOSTA, M. “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer”. *Revista de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 02-07. 2000

²¹⁴ Así en CORSI, J. “La violencia en el contexto familiar como problema social”. En J. CORSI. *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Paidós. 2003, p. 1-100

²¹⁵ Teléfono ANAR de ayuda a niños y adolescentes. Informe Violencia de Género 2015. Fundación ANAR. www.anar.org

decir, se trata de menores muy vulnerables que están siendo testigos de la violencia de género que padece su madre y, como consecuencia, víctimas directas de esta misma violencia. Es posible que el cambio físico que muchos niños experimentan a la edad de 10 años, sea un límite para el padre, puesto que ya no tienen tanta inmunidad a la hora de ejercer la violencia hacia la madre de los menores”, y al referirse estas conclusiones al agresor continúa el informe en sus conclusiones exponiendo “En cuanto al agresor en las llamadas de violencia de género en el entorno familiar, concluimos que en el 89,7% de las ocasiones es identificado como el padre del menor y, en el 8,3%, se trata de la nueva pareja de la madre o del padrastro. En el 1,1% de las llamadas, se identifica al agresor como el exmarido o expareja de la madre del menor afectado. El hecho de que su padre sea la persona que agrede física o psicológicamente a su propia madre, contribuye aún más al sentimiento de ambivalencia al que los menores se ven expuestos, ya que ambos suelen ser figuras de referencia afectiva”.

2.3.EL CICLO DE LA VIOLENCIA

Resulta necesario, para tener un conocimiento profundo de la materia que atañe a esta tesis, conocer y comprender el funcionamiento de este tipo de violencia, es decir, los mecanismos que la sustentan, cómo interactúa y sobre todo de los efectos que produce sobre la mujer que los sufre y su afectación sobre la infancia expuesta, que como poco, son testigos de dicha violencia.

Las distintas teorías que han intentado explicar este problema son las siguientes:

Las teorías basadas en la dinámica familiar que asumen que esta violencia es el resultado de problemas derivados de una interacción inadecuada en la familia y de los patrones desadaptativos de resolución de problemas de pareja y familiares, las sociales y culturales abogando por la existencia de valores culturales que legitiman el control del hombre sobre la mujer.

Leonor Walker, en un estudio realizado entre 1979 y 1984²¹⁶, refleja que las mujeres víctimas no están siendo constantemente agredidas ni su agresión es infligida totalmente

²¹⁶ WALKER, L. *The battered woman syndrome*. New York: Springer., 1984

al azar, la autora a través de entrevistas a mujeres agredidas por violencia de género identificó un ciclo de agresión que experimentan las mujeres, siendo por lo tanto la comprensión del mismo muy importante para aprender a detener o a prevenir los incidentes de agresión. Es importante conocerlo para ayudar a explicar cómo llegan a ser víctimas las mujeres agredidas, cómo caen dentro del comportamiento de indefensión aprendida, y cuál es la causa por la que no intentan escapar o superar la ruptura. Señala igualmente que al referirse a la violencia continuada o habitual se refiere a que ésta no suele ocurrir como episodios aislados, sino que se mantiene a lo largo del tiempo, normalmente de forma intermitente, alternando momentos de tensión y violencia con paz, calma, tranquilidad e incluso afecto. De igual modo, es necesario precisar su carácter subjetivo, el maltratador reacciona ante lo que piensa, no ante lo que hace su pareja, por ello la mujer no puede nunca saber qué va a provocar el conflicto con el fin de evitarlo y se dedica continuamente a modificar su comportamiento intentando que no se enfade.

La intermitencia en la ocurrencia de episodios caracteriza el seguimiento de un ciclo con tres etapas o fases que definió Leonor Walker en 1984, tomando como base la teoría de la indefensión aprendida y la hipótesis de la tensión-reducción, para explicar cómo operaba el control del agresor sobre las víctimas y los déficits psicológicos que generaba en ellas, coartando el proceso de ruptura definitivo.

Estas tres fases repetidas sucesivamente en una estructura circular se caracterizan por una serie de comportamientos y reacciones a nivel emocional que terminan mermando la capacidad de reacción de las víctimas.

Fase 1. Acumulación de tensión. Definida por cambios repentinos e imprevistos en el estado de ánimo, enfados continuos, reacciones agresivas ante cualquier frustración o incomodidad. Durante la misma el hombre está “muy sensible”, todo le molesta, presentándose cada vez más tenso e irritado. La irritabilidad suele ir en aumento, se intensifican las discusiones y el agresor estalla dando pie al inicio de explosión de la violencia.

La mujer en esta primera fase, intenta controlar la situación, suele ser condescendiente, intenta satisfacer o incluso anticiparse a los deseos o caprichos de su pareja, procurando

no hacer nada que pueda desagradarle y, sobre todo, aquello que conoce pueda complacerle. Es habitual su tendencia a encubrir sus comportamientos y actitudes ante amistades y familiares, excusando su comportamiento y aislándose de las personas que se preocupan por ella y que podrían ayudarla²¹⁷. Con respecto a sus pensamientos, tiende a minimizar los incidentes, a excusarlos, a justificarlos o a achacar la tensión sufrida a causas externas, como “mecanismo de autodefensa”, para no reconocer los problemas y poder seguir esperanzada en que su relación funcione, posiblemente si espera y “aguanta” la situación mejorará y él la volverá a tratar bien.

Ante la aparente aceptación pasiva de la mujer, el hombre no trata de controlarse, haciéndose los incidentes más frecuentes y humillantes, manteniendo su enfado durante períodos más largos, pudiendo incluso ocurrir incidentes de agresión dirigidos hacia la infancia que convive en el hogar, sus hijas e hijos.

La primera fase puede mantenerse durante largos períodos de tiempo, si bien ambos quieren evitar el incidente agudo de explosión, la mujer permite saber al agresor que acepta sus abusos, cree que su actuación evitará el aumento del enojo y el comportamiento agresivo. Con el propósito de mantener este rol no se permite ni enojarse, recurriendo a una defensa psicológica muy común “la negociación”. Generalmente, suele ser algún elemento externo el que modifica el equilibrio, dando lugar a la siguiente etapa.

Fase 2. Explosión de la violencia o la agresión. Se produce la descarga de la tensión acumulada mediante un incidente agudo. En esta etapa se producen las agresiones físicas o sexuales de mayor gravedad o ambas, pudiendo el agresor llegar incluso a causar la muerte a su pareja. La violencia ejercida puede adoptar manifestaciones y grados de intensidad diversos tales como gritar, ignorar, golpear objetos, amenazar con el abandono y negación del habla, todo con la intención de castigar los comportamientos que considera inadecuados desde su posición de poder y desigualdad. La finalidad no es querer causarle daño, sino lograr que “aprenda la lección”, cuando ocurre el incidente agudo de violencia, suele detenerse.

²¹⁷ Así en RUIZ - JARABO QUEMADA, C.y BLANCO PRIETO P. *La violencia contra las mujeres. Prevención y detección*. Ed. Díaz de Santos. Madrid. 2004.

La mujer vive esta fase aceptando que por su enfado se encuentra fuera de control y no suele ser capaz de predecir qué acontecimiento, suceso o comportamiento va a “provocar” el paso a esta fase del ciclo, sintiéndose vulnerables y sin posibilidad de defensa.

Tal y como han relatado muchas de ellas, a través del estudio de las lesiones producidas y su forma de provocarlas, se comprueba que la violencia evoluciona hacia formas menos visibles y evidentes, ratificando que el maltratadores tienen control sobre su comportamiento violento y que lo descarga selectivamente sobre ella²¹⁸. Éste suele culparla de la aparición de esta violencia, justificándose en un cúmulo de grandes molestias que ha ido ocasionándole y causando acumulación de tensión, así como, en ocasiones, achacan su comportamiento a la bebida o a factores estresantes externos.

Al finalizar la mujer queda en un estado de conmoción, permaneciendo aislada, deprimida, impotente, acudiendo en raras ocasiones a solicitar ayuda, no queriendo creer lo sucedido, minimiza el ataque sufrido y las heridas producidas e incluso actúa con negación de la situación ocurrida. Si se considerase en este momento una intervención profesional, debe tenerse en cuenta que está muy atemorizada y que, generalmente, cuando regrese a casa será de nuevo golpeada, por lo que se muestra reacia a aceptar ayuda en esta circunstancia.

Fase 3. Luna de miel o reconciliación. Constituye una etapa de manipulación afectiva caracterizada por la disminución de la tensión, pudiendo mostrar arrepentimiento, amabilidad, protección y exhibición de demostraciones de “amor” un tanto exageradas. La víctima llega a percibir a su pareja como sincera, eligiendo creer que verdaderamente es como se muestra en este momento, reforzándose así su dependencia emocional. La actuación del agresor puede adoptar distintas formas, desde pedir perdón, prometer no volver a ser violento, reconocer su culpa, hasta plantear cambios a través de tratamiento o resurgimiento de la relación. Son frecuentes las argumentaciones de que si no le perdona va a destruir su vida, la familia o que se dañarán a sus hijos. Le plantea la necesidad ayuda e incluso suelen amenazar con intentos de suicidio si ellas decidieran abandonarle.

²¹⁸ Al respecto GRACIA FUSTER, E. *Víctimas invisibles de la violencia familiar, el extraño iceberg de la violencia doméstica*. Ed. Paidós, 2002

El maltratador ya ejerció el castigo en la fase anterior, “necesario” para que ella se adapte a los comportamientos que espera, pero no puede permitirse ejercer la misma violencia de forma continuada, ya que la mujer tendería a poner en marcha conductas evitativas o de escape, por ello, tras el castigo, adopta conductas de manipulación afectiva, consiguiendo así que permanezca en la relación. Es importante resaltar la existencia de víctimas que relatan que la etapa más feliz fue la que siguió a la primera agresión física, ya que, durante un tiempo, él se comportó como “el mejor hombre del mundo”²¹⁹.

La victimización se hace más profunda ya que se estrecha la relación de dependencia mujer-maltratador. Si ella hubiese barajado la decisión de finalizar la relación en esta fase, la abandonará y volverá ante el acoso emocional y afectivo. Las víctimas, ante esta “nueva” actitud, suelen retirar la denuncia, abandonan el tratamiento y toman como real la esperanza de que “todo va a cambiar”. En pocos días, han pasado de ser mujeres solitarias, enojadas, asustadas y heridas a ser mujeres felices, confiadas y cariñosas.

Al principio evalúan de forma realista sus situaciones, aceptan su incapacidad para controlar el comportamiento de los agresores, experimentan enojo y terror que les motiva para considerar llevar a cabo grandes cambios en sus vidas. Se encuentran completamente convencidas de su deseo de dejar de ser víctimas, hasta que éste aparece de nuevo. La aproximación, el contacto, las galanterías expresas: envío de flores, dulces, tarjetas y otros detalles en la propia habitación del hospital en algunos casos y durante los días siguientes, las llamadas telefónicas o visitas que se intensifican, así como las súplicas de perdón y promesas de no volver a hacerlo nunca más, son experiencias reales²²⁰.

Generalmente, el agresor utiliza también a otras figuras para retenerla, preferentemente familiares directos y a cualquier otro que pueda dominar para suplicar en su favor. Todos ellos actuarán influenciando. Manifiesta, asimismo el agresor, actitudes tales como sentimiento de pérdida, destrucción, qué ocurrirá con sus hijos, entre otros.

²¹⁹ Cfr. HIRIGOYEN, M-F. *Mujeres maltratadas*. Paidós, Barcelona, 2003

²²⁰ GÓMEZ VILLORA, J. M. en “Protocolo sobre violencia de género y tutela judicial” en V.V.A.A. *Protocolos sobre Violencia de Género*, Coord. Jose María Gómez Villora, Tirant lo Blanch, Valencia 2009

Los roles modelo, emocionalmente nulos, que el agresor y su víctima están proporcionando a su descendencia parecen no importar, el resultado final, aunque se admita la culpabilidad de éste, será que la víctima acabará siendo responsabilizada de las consecuencias que se deriven, manifestándose la dificultad real de tomar la decisión de finalizar la relación.

Las personas de su entorno que quisieron ayudarla se sienten estafadas y defraudadas ya que, generalmente, la mujer víctima retira las denuncias y no continúa con los trámites de separación o divorcio, dedicándose a cuidar la relación.

La reacción de estas personas, desconocedora del ciclo y sus efectos, suele ser culpabilizar a la mujer de la violencia que sufre y a ser renuentes a escucharla o a prestarle apoyo en futuras ocasiones, profundizando así el aislamiento que ésta sufre y que tan efectivo le resulta al maltratador en sus estrategias de dominio.

Esta fase suele tener una duración temporal limitada, pues no responde al arrepentimiento, sino a que el agresor perciba que no hay riesgo para la permanencia en la relación. Lentamente y de forma poco notoria, el comportamiento cariñoso y la tranquilidad o felicidad surgida van dejando de nuevo paso a los enfados, a los cambios de estado de ánimo y a las reacciones, iniciándose una nueva etapa de agresiones, por lo que el ciclo volverá a repetirse.

El ciclo constituye una espiral, un círculo que aumenta de intensidad a medida que se repite, convirtiéndose en el modelo de relación de la pareja, cambiando su estructura, acelerándose y disminuyendo el tiempo necesario para completarse, ya que, aunque la primera fase se completa más rápidamente, aumenta la intensidad de la violencia en la fase de explosión y disminuye o desaparece en la fase de “luna de miel”. Una vez que éste se instala en una relación es muy difícil frenarlo. La frecuencia con la que se repite y la peligrosidad de las agresiones irán creciendo a medida que se avance en la escalada de la violencia²²¹. Una vez producido el primer incidente de malos tratos físicos, el espacio de tiempo entre cada una de las fases suele reducirse, llegando a desaparecer la

²²¹ CASADO APARICIO, E., 2012, “Tramas de la violencia de género: sustantivación, metonimias, sinécdoques y preposiciones”, en *Papeles del CEIC*, vol. 2012/2, nº 85, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), Universidad del País Vasco, 2012

fase de reconciliación, siendo en ese momento cuando muchas de las víctimas deciden finalmente abandonar la relación.

De la secuencia descrita se desprende que, cuando una mujer víctima hace una petición de ayuda ha dado varias vueltas al ciclo, viéndose condicionada en gran medida la intervención que se llevará a cabo con ésta por la fase en la que se encuentre del ciclo. Las consecuencias durante el mismo serían: la desorientación, paralización, pérdida de habilidades sociales y expectativas “mágicas” de cambio.

La violencia de género por lo tanto se construye en un proceso que tiene las siguientes características²²²:

- Continuado y habitual.
- Ejercido con la finalidad de dominar.
- Interactivo, global, variado y cambiante, dañino y generador de dependencia.
- Suele ser de temprano inicio.

Esta violencia empieza a aparecer desde que se establecen las primeras relaciones de pareja, la mayor parte en la adolescencia, pero no como comportamientos agresivos, evidentes y detectables, sino como comportamientos que favorecen la desigualdad, el dominio y el abuso. Cuando aparece la violencia en su faceta de agresión, la persona que la sufre ya está muy dañada en sus aspectos emocionales, relacionales y psicológicos, teniendo escasa capacidad de resistencia o huida. Al principio, los comportamientos del maltratador no son violentos, consisten en ir sembrando desigualdad, creando las condiciones para asentar su dominio sobre la mujer. Más adelante, cuando está bien cimentada, se iniciarán las conductas de violencia psíquica y posteriormente, si fuera necesario, las de violencia física.

Una de las características más peculiares es que el maltratador no suele imponerse en las primeras etapas. No aísla o controla directamente, sino que crea las condiciones para que la propia víctima sea la que vaya aislándose de sus redes sociales o deje de hacer

²²² Vid. RUBIO, A, GÓMEZ NAVAJAS, J, GIL RUÍZ, J M. “Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos”. *Estudios número 18. Instituto Andaluz de la Mujer*. Sevilla 2004

aquello que solía²²³.

Las fases del proceso se van combinando, el maltratador usa herramientas que se van superponiendo en ese esquema estratégico de dominio. Se ha cuestionado expresamente si es consciente del proceso y de los mecanismos que emplea. Es consciente de que ejerce dominio, piensa que es lo que debe hacer y de que causa daño a la mujer (inevitable para que ella corrija sus comportamientos), pero no ha de confundirse con el hecho de estar “planificando” el proceso de la violencia, se convierte más bien un proceso donde el maltratador va probando conductas y mantiene aquellas que le sirven.

Además de las consecuencias que este proceso tiene para la mujer víctima, es importante entender como la invisibilidad de gran parte de este proceso dificulta su comprensión y distorsiona la intervención profesional ante la misma.

La mujer víctima suele pedir ayuda en las fases finales del proceso (maltrato físico y psicológico grave) y eso hace pensar que esas fases son las únicas que han tenido lugar, obviando e ignorando si ha existido violencia y dominio previo, sin ser capaces de visualizar el proceso de victimización, en el que la mujer se convierte en víctima, programada para asumir y aceptar la violencia, el dominio y la sumisión. En definitiva, la no visibilidad del ciclo y del proceso son claves para la incompreensión que rodea a la mujer víctima.

Conocer y comprender tanto el ciclo como el proceso va a permitir entender el daño producido en la mujer víctima y por ende en los menores, así como el proceso de adaptación paradójica para poder sobrevivir. Pocas formas de violencia son capaces de afectar a tantas áreas personales del que la sufre, graves daños en todas las áreas social, de comportamiento, afectivo-relacional, salud física y mental, sexual, laboral e intelectual²²⁴.

El resultado de la situación descrita y la consecuente reacción psicológica a largo plazo configura el denominado “Síndrome de la mujer maltratada”, quedando definido como

²²³ LORENTE ACOSTA, M. *El Rompecabezas. Anatomía del maltratador*. Barcelona: Editorial Crítica, 2004

²²⁴ LORENTE ACOSTA, M. *Ibid.*

un hecho general, caracterizado por la realización de una serie de conductas agresivas hacia la mujer en las que la violencia se desarrolla bajo unas especiales circunstancias, persiguiendo unos determinados objetivos y motivado por una serie de factores comunes.²²⁵

3. LOS MENORES VICTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

En España, según la Macroencuesta sobre Violencia contra la Mujer 2015, del total de mujeres que sufren o han sufrido violencia física, sexual o miedo de sus parejas o exparejas en algún momento de sus vidas y que tenían hijos e hijas en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia, el 63,6% afirma que los hijos e hijas presenciaron o escucharon alguna de las situaciones de violencia. Además, de las mujeres que han contestado que sus hijos e hijas presenciaron o escucharon los episodios de violencia, el 92,5% afirma que los hijos e hijas eran menores de 18 años cuando sucedieron los hechos. Y, de las mujeres que han contestado que sus hijos e hijas presenciaron o escucharon los episodios de violencia de género y que estos hijos eran menores de 18 años cuando sucedieron los hechos, el 64,2% afirma que estos hijos menores sufrieron a su vez violencia (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2015)²²⁶.

Por otra parte, las investigaciones realizadas en España sobre la exposición a violencia de género de los hijos de mujeres maltratadas ofrecen diversos datos respecto al porcentaje de menores testigos de este tipo de violencia:

1. En el estudio de Corbalán y Patró²²⁷, realizado con los hijos de 40 mujeres maltratadas residentes en casas de acogida, se encontró que el 85% de los menores había estado

²²⁵ Vid. en LORENTE ACOSTA, M. *Mi marido me pega lo normal*. Barcelona: Ares y Mares. 2001

²²⁶ MACROENCUESTA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, 2015. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (Macroencuesta cuyo encargo desde 2011 corresponde a la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género).2015

²²⁷ Cfr. CORBALÁN, J., PATRÓ, R. “Consecuencias psicológicas de la violencia familiar: mujeres maltratadas e hijos de hogares violentos”. II Jornadas sobre Mujer y Salud: Interacción de los contextos familiar y laboral. En ORDÓÑEZ, M. P. Y GONZÁLEZ, P. (Eds.) *Revista Clínica de Medicina de Familia*. Murcia. 2003

expuesto a la violencia hacia sus madres, y el 66,6% recibía también maltrato directo (en su mayoría físico y psicológico).

2. Rosser, Suria y Villegas²²⁸, analizaron una muestra de 88 mujeres víctimas de violencia de género que necesitaron como medida de protección el hogar de acogida. El 87% de los hijos e hijas 10 habían estado expuestos al maltrato hacia la madre. En cuanto al maltrato directo de los hijos e hijas, el 40% sufrió maltrato psicológico, el 25,5% físico y el 0,9% abuso sexual.

3. Blasco, Savall, Sánchez y Martínez²²⁹, en un estudio sobre 127 mujeres víctimas de violencia de género, encontraron que casi el 60% de ellas habían sufrido maltrato físico, y de éstas, en el 73,3% de los casos también sus hijos e hijas experimentaron algún tipo de maltrato. Un 40,1% de las mujeres habían sufrido maltrato emocional y de éstas, en el 74,5% de los casos sus hijos e hijas también fueron maltratados (49% de ellos maltrato psicológico; 19,6% maltrato físico y psicológico; y 5,9% maltrato físico, psicológico y sexual).

4. Bayarri, Ezpeleta y Granero²³⁰, encontraron que de los 166 hijos e hijas de 117 mujeres víctimas de violencia de género que fueron atendidas en servicios específicos para este tipo de violencia, el 46,39% había sido testigo de los conflictos (visto, escuchado, observado sus efectos o experimentando sus consecuencias), el 37,96% se habían visto involucrados en el episodio (interviniendo para que terminara), y el 15,66% habían sido víctimas directas de agresión física o verbal por parte de los maltratadores de sus madres durante el conflicto.

²²⁸ Así opinan ROSSER, A., VILLEGAS, E., SURIÁ, R. “Intervención con menores expuestos a violencia de género”. En Grupo de Investigación en intervención psicosocial con familias y menores. *Guía para profesionales*, 53-56. IPSIFAM. Universidad de Alicante. CEE Limencop, S.L. 2013.

²²⁹ En este sentido manifiestan BLASCO, C., SAVALL, SÁNCHEZ Y MARTÍNEZ, M. “Violencia de pareja: Papel del sistema sanitario jurídico y social en la recuperación de la salud integral de la mujer víctima”. Congreso Internacional de Violencia de Género Medidas y Propuestas para los 27. Comunidad Valenciana 2007

²³⁰ Datos ofrecidos por BAYARRI, E., EZPELETA, L. Y GRANERO, R. (2011). “Exposure to intimate partner violence, psychopathology, and functional impairment in children and adolescents: moderator effect of sex and age.” *Journal of Family Violence*, 26, p. 535-543. 2011

3.1. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN

La mayoría de los trabajos realizados hasta ahora han centrado su atención en los efectos y consecuencias en los menores víctimas de la violencia de pareja del hombre contra la mujer, siendo más escasos aquellos cuyo centro de interés han sido los menores expuestos a violencia protagonizada por la madre.

Aunque la terminología puede diferir de unos autores a otros, la mayoría coinciden en señalar que el niño es testigo o se ve expuesto a la violencia cuando ve, oye, se involucra o percibe las consecuencias de agresiones físicas o sexuales entre sus cuidadores. En este sentido también se pronuncia la UNICEF (1999) cuando, basándose en la Convención de Derechos del Niño que en su artículo 19 se refiere a la protección ante cualquier forma de violencia física o mental, señala la necesidad de considerar maltrato, no solo a la violencia directa, sino también los efectos indirectos de ésta sobre la infancia, apoyándose, además, en estudios acerca de la violencia intrafamiliar que han puesto de relieve los efectos psicológicos potencialmente adversos que tienen sobre éstos el presenciar o escuchar situaciones violentas, tanto físicas como psicológicas, entre sus progenitores.

La cuestión acerca de si el maltrato a las madres debe considerarse una forma de maltrato infantil aún a la mayoría los autores mantienen una respuesta afirmativa, como afirma Espinosa, M.A.²³¹, ya que una de las fuentes de los problemas que se generan en el desarrollo de la infancia, tiene su origen sin duda en las situaciones de tensión, negligencia y abandono a las que se ven sometidos por parte de sus progenitores, incapaces de satisfacer sus necesidades básicas en el clima familiar violento o también porque son además víctimas del maltrato (físico o emocional) similar al que reciben sus madres o las figuras femeninas que ejercen dicho papel.

²³¹ Lo afirma en ESPINOSA, M. A. *Las hijas e hijos de mujeres maltratadas: consecuencias para su desarrollo e integración escolar*. Bilbao: Instituto Vasco Mujer. Gobierno Vasco. 2004

Holden²³² con el objetivo de crear un lenguaje común e incluir a todos los casos de aquellos que sufren las consecuencias del maltrato (sean o no testigos de episodios de violencia) propuso el término “menores expuestos a violencia”.

De esta manera, no es necesario que el menor haya presenciado el maltrato hacia su madre de manera directa, sino que se incluye también el haber presenciado, oído, participado o experimentado sus consecuencias. Este autor propone la siguiente clasificación de tipos de exposición posibles:

- Perinatal: Cuando se da violencia física o psicológica hacia la mujer durante el embarazo.
- Intervención: Cuando los niños intentan hacer o decir algo para proteger a la víctima.
- Victimización: Cuando se es objeto de violencia psicológica o física en una agresión a la madre.
- Participación: Cuando, por ejemplo, se vigila a la madre a petición del agresor, o se colabora en la desvalorización hacia ella.
- Ser testigo presencial: Cuando los menores están en el mismo cuarto o en un lugar desde el cual observan la agresión.
- Escucha: Cuando les llega el sonido de las discusiones o altercados.
- Observación de las consecuencias inmediatas de la agresión: Cuando ven moratones y heridas, objetos y mobiliario rotos, ambulancias y policía, reacciones emocionales intensas en adultos, etc.
- Experimentar las secuelas: Cuando viven la sintomatología materna a consecuencia de la violencia, la separación o fin de la convivencia de los progenitores, cambios de residencia, ingreso en instituciones, etc.
- Escuchar sobre lo sucedido: Cuando, habiendo o no presenciado la agresión, puede tener conocimiento sobre el alcance de las consecuencias y hechos concretos de la violencia, al oír conversaciones entre adultos.
- Ignorar los acontecimientos: Cuando éstos suceden en ausencia de los menores, o

²³² Cfr. HOLDEN, G. W. “Children Exposed to Domestic Violence and Child Abuse: Terminology and Taxonomy”. *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6, p. 151-160. 2003

lejos de la residencia familiar.

Trabajos más actuales como el de De los Santos y Sanmartín en 2005²³³ consideran la exposición a la violencia de género como una forma de maltrato emocional. Además, se señala que la agresión que sufre un menor en el hogar puede ser pasiva o activa y por tanto, considera el maltrato infantil como una forma de violencia pasiva cuando los menores son testigos de la violencia en el hogar sin ser agredidos directamente.

Respecto a la definición de este tipo de maltrato, Leeb, Paulozzi, Melanson, Simon y Arias definen el maltrato infantil como “cualquier acto de comisión u omisión realizado por un padre o cuidador que produce daño, potencial de daño o amenaza de daño para el niño, incluso si el daño no ha sido intencionado”, incluyendo en la misma todo daño que se produzca sin intencionalidad y, de esta manera, se abarca la victimización indirecta en los menores, tal y como ocurre con aquellos niños y niñas que conviven en hogares donde se ejerce violencia de género contra sus madres.²³⁴

En cuanto a la denominación, en algunos casos, se habla de “hijos e hijas de mujeres maltratadas”, en cuyo caso no se incluye a éstos como víctimas de la violencia de género; en otros, se usa el término “menores testigos u observadores de la violencia”.

La organización Save the Children, ha influido de una manera considerable en su visibilidad del maltrato del menor víctima de violencia de género a través de dos informes. En primer lugar, el que publicaba en 2006 esta organización con el título “Atención a los niños y niñas víctimas de violencia de género. Análisis de la atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en el sistema de protección a la mujer”, documento en el que se abordan las graves consecuencias de la exposición de la infancia a la violencia generada en el hogar, destacando como consecuencia principal que los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia también eran víctimas directas de la misma.

²³³ DE LOS SANTOS Y SANMARTÍN, En EZPELETA, L. *Factores de riesgo en psicopatología del desarrollo*. Ed: Elsevier. 2005

²³⁴ Así LEEB, R., PAULOZZI, L., MELANSON, C., SIMON, T., ARIAS, I. *Child Maltreatment Surveillance. Uniform Definitions for public health and recommended data elements*. Atlanta, Georgia: Centers for Disease Control and Prevention National. Center for Injury Prevention and Control, p. 3. 2008

En 2009, un segundo informe, publicado en 2011 con el título “En la violencia de género no hay solo una víctima”. A raíz de este documento, el Comité de los Derechos del Niño publicó la Observación General número 13 en la que se expresaba: “El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia donde, de manera expresa, entre las formas de violencia mental prohibidas en virtud del artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño se identifica la exposición a la violencia doméstica”.

Actualmente es aceptada la propuesta de la Organización Mundial de la Salud de 2014 que define este problema como los abusos y la desatención de la que son objeto los menores de 18 años, y en la que se incluyen todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia, explotación comercial y otros que puedan causar daño a la salud, desarrollo o dignidad infantil, incluyendo la exposición a la violencia de pareja.

3.2. CONSECUENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS HIJAS E HIJOS

En 2007 el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, elaboró el II Informe Internacional “Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadística y Legislación” en el que se recogía que al menos el 10,14% de los asesinatos de mujeres a manos de sus parejas eran presenciados por los hijos.

La exposición a la violencia de género tiene un gran impacto sobre el desarrollo psicológico y emocional de los menores, como apunta López-Soler²³⁵.

En esta línea, es importante destacar "la adversidad acumulada" o los efectos aditivos de muchos tipos diferentes de estrés a lo largo de la vida en relación con la salud mental (Turner y Lloyd²³⁶). Además, el estrés infantil se relacionaba con un mayor riesgo de

²³⁵ LÓPEZ-SOLER, C. “Las reacciones postraumáticas en infancia y adolescencia maltratada: el trauma complejo”. *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, 13, p. 159-174. 2008

desarrollar psicopatología como la depresión, trastorno bipolar, esquizofrenia y abuso de sustancias. Estos autores llegaron a la conclusión de que hay pruebas sólidas del papel del ambiente familiar, específicamente de las experiencias adversas en la infancia, en los diversos aspectos del desarrollo de trastornos mentales. Numerosas investigaciones muestran que la exposición a la violencia de género afecta de manera significativa a estos niños y niñas, que presentan tasas elevadas tanto de problemas internos o emocionales (ansiedad, depresión y somatizaciones), como externos o problemas de conducta (conducta no normativa y agresión).

Los resultados obtenidos por estudios internacionales indican que en torno a la mitad de los menores expuestos a este tipo de violencia incluidos en sus investigaciones presentan problemas psicológicos graves, sobre todo con perfiles mixtos de sintomatología externalizante e internalizante. En España, hasta el momento, son escasos los estudios realizados sobre las secuelas psicológicas de hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género, lo que dificulta conocer con exactitud la afectación de los mismos. Los porcentajes hallados en estos trabajos son similares a los de otros países, con rangos que oscilan desde el 7% en sintomatología de estrés postraumático, al 64% en problemas de comportamiento disruptivo. De todas formas, para una adecuada comprensión de los datos aportados por los diferentes estudios es importante tener en cuenta una serie de aspectos que afectan de manera decisiva a las prevalencias halladas:

- En primer lugar, cada investigación se centra en uno o varios problemas o trastornos psicopatológicos, por lo que los resultados se refieren solo a los menores que presentan esas alteraciones. Esto significa que esos niños y niñas pueden presentar cualquier otro problema no incluido en el estudio.
- En segundo lugar, se calculan los porcentajes de menores que presentan cada uno de los problemas elegidos, pero no siempre se informa del número o porcentaje de menores que no presentan ninguno de los problemas evaluados.
- En tercer lugar, en general las muestras son pequeñas y obtenidas en un centro o región concreta por lo que los resultados no son ni representativos ni extrapolables. Por otro

²³⁶ Cfr. TURNER, R. J. Y LLOYD, D. A. " Leftime traumas and mental health: the significance of accumulative adversity". *Journal of Health and Social Behavior*, 36, p. 360-376. 1995

lado, el diagnóstico de los trastornos en la infancia es muy complejo, está menos desarrollado en las clasificaciones oficiales que el de adultos, y algunos están especialmente criticados por la inadecuación de los criterios para adultos que se aplican “adaptados a la infancia”, sin tener en cuenta las características específicas de cada etapa en el desarrollo evolutivo infantil.

Por lo general, el Trastorno por Estrés Postraumático está relacionado con sucesos simultáneos o secuenciales ocurridos en los malos tratos (abuso emocional y negligencia, abuso sexual, abuso físico y testigos de la violencia doméstica) que suelen ser crónicos y empezar en la primera infancia.²³⁷ En este sentido, el maltrato infantil se diferencia de otros traumas, ya que a menudo se caracteriza por ser recurrente y crónico, formando parte de la categoría de traumas complejos ²³⁸.

Cuando un menor ha experimentado maltrato, ya sea de forma directa o indirecta, y especialmente cuando es maltratado por sus propios padres, se siente más vulnerable, afectando a la base de su seguridad y confianza en el mundo y en las personas que lo rodean, lo que resulta absolutamente necesario para que el menor desarrolle adecuadamente su personalidad ²³⁹.

Los sentimientos de indefensión, miedo, ansiedad o preocupación, ante la posibilidad de que vuelva a ocurrir le invaden, llegando a ser incluso paralizantes. La amenaza se convierte en continua y se percibe como incontrolable.

En esta misma dirección, existe acuerdo entre investigadores y clínicos con respecto a que las secuelas psicológicas que presentan estos menores no sólo se centran en el Trastorno por Estrés Postraumático, sino que también aparece sintomatología

²³⁷ Cfr. Entre otros WINBERG NODAL, M. “Comentarios a la aplicación y análisis de la Escala de gravedad de síntomas del Trastorno de estrés post-traumático (TEPT) - de Echeburúa Corral, Amor, Zubizarreta y Sarasúa (1997) – en el ámbito de las periciales psicológicas en violencia de género” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008

²³⁸ *Vid.* PATRÓ, R. Y LIMINANA, R. M. “Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas”. *Anales de psicología*, 21, p. 11-17. 2005

²³⁹ LÓPEZ-SOLER, C. “Las reacciones postraumáticas en infancia y adolescencia maltratada: el trauma complejo”. *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, 13, p. 159-174. 2008

internalizante (ansiedad, culpabilidad, baja autoestima, somatizaciones), externalizante (inquietud, falta de atención, descontrol de impulsos, ira, problemas de conducta), junto a graves problemas cognitivos (déficit funciones ejecutivas, problemas memoria, bajo rendimiento intelectual y académico), y en las relaciones interpersonales (dificultades en la modulación afectiva, reacciones desproporcionadas ante dudosos indicadores de rechazo, dependencia excesiva), que apoyarían la categoría de Trauma Complejo (López-Soler)²⁴⁰ actualmente denominado para la infancia “Trastorno del Trauma del Desarrollo” (Developmental Trauma Disorder, DTD, van der Kolk)²⁴¹.

Otra de las consecuencias, que también se podría englobar como un factor de riesgo, es la transmisión intergeneracional. Diferentes estudios, entre ellos los de Widon²⁴², la mayoría de los sujetos maltratadores habían tenido una historia de maltrato en la infancia, aunque esa condición no debe entenderse como inevitable. Aquellos sujetos que crecen en hogares violentos, aprenden e interiorizan una serie de creencias y valores negativos entre los que se encuentran los estereotipos de género, las desigualdades entre el hombre y la mujer, las relaciones con los demás y la legitimidad del uso de la violencia como medio para resolver conflictos. De este modo, se sientan, las bases de comportamientos futuros en las relaciones de pareja y de futuras mujeres maltratadas en el caso de las niñas, siendo la mayoría de los autores los que sostienen que la tendencia observada es que las niñas se identifiquen con el rol materno adoptando conductas de sumisión, pasividad y obediencia, y los niños con el rol paterno adoptando posiciones de poder y privilegio.

No sólo la exposición a la violencia en la familia por parte de las mujeres es un factor que contribuye a la transmisión de la violencia en la siguiente generación, sino que también influye en esa transmisión, la exposición a violencia entre los padres del esposo o compañero.

²⁴⁰ LÓPEZ-SOLER, C., CASTRO, M., DASET, L., ALCÁNTARA, M., FERNÁNDEZ, V., PRIETO, M. Y PUERTO, J. C. “Consecuencias del maltrato grave en la infancia: conceptualización y diagnóstico de las reacciones postraumáticas complejas”. *Revista Ciencias Psicológicas*, II, p. 103-119. 2008

²⁴¹ Cfr. VAN DER KOLK, B. A., PYNOOS, R. S., CICHETTI, D., CLOITRE, M., D’ANDREA, W., FORD, J. D., LIEBERMAN, A. F., PUTNAN, F. W., SAXE, G., SPINAZZOLA, J., STOLBACH, B. C. Y TEICHER, M. “Proposal to include a developmental trauma disorder diagnosis for children and adolescents in DSM-V”. This article is the proposition submitted to the *APA’S DSM-5 committee*. 2009

²⁴² WIDOM, C. S. “Motivation and mechanisms in the “cycle of violence”. En D. J. Hansen (Ed.), *Motivation and child maltreatment*, (vol. 46), p. 1-37. Lincoln: University of Nebraska Press. 2000

Otra consecuencia es que, las hijas e hijos padecen también una situación de estrés, fundamentalmente referida a la respuesta al proceso vincular y al establecimiento y desarrollo de las conductas de apego. De esta manera, se incrementan en la infancia síntomas emocionales (irritabilidad, trastornos afectivos tipo reacciones depresivas) y comportamentales (descargas agresivas). No todas las mujeres reaccionan igual, siendo la mayor parte de las veces la toma de conciencia de que el maltrato que sufren está afectando a sus hijos e hijas, la que les da fuerza para romper el círculo en el que se ven inmersas.

Asensi²⁴³ describe la situación del siguiente modo: Los hijos de la violencia de género están viviendo de forma continuada y prolongada situaciones de violencia y abuso de poder, experiencias que les marcarán en su desarrollo, personalidad, comportamiento y valores durante la edad adulta. Aprenden a entender el mundo y las relaciones de forma inadecuada, teniendo en cuenta que la familia es el primer agente socializador y por lo tanto, el más determinante para el desarrollo y la formación de modelos y roles.

Las relaciones familiares violentas influirán en el significado que el niño atribuya a las relaciones interpersonales, y más concretamente a las relaciones entre géneros, entre hombres y mujeres. Estos patrones violentos de comportamiento y relación se aplicarán a sus propias relaciones, desarrollando conductas sexistas, patriarcales y violentas.

Además, los menores que han experimentado este tipo de maltrato, aprenden a anticipar y evitar conductas hostiles, generalizando esta reacción a contextos interpersonales, como también pueden generalizar a éstos la resolución coercitiva de conflictos (aprendida en las relaciones padre-hijos), que aplicarán posteriormente a interacciones con iguales. De esta manera, los menores que exhiben patrones de conducta interpersonales agresivas e inconsistentes con el grupo de iguales normativo tienen muchas probabilidades de no ser aceptados por sus compañeros corriendo el riesgo de ser aislados o dirigirse hacia grupos desviados o agresivos.

²⁴³ Describe esta situación en ASENSI, L. F. (2007). “Violencia de género: consecuencias en los hijos”. *Revista Psicológica Científica*, 9, p. 1-11.2007

TOMA DE POSTURA

Queda por tanto acreditado que en muchos casos el ambiente conflictivo en el que se entra tras la ruptura de la pareja no es el más adecuado para el interés de los menores que pasan a ser víctimas de una nueva situación de violencia, máxime cuando han sido testigos de episodios de violencia de género en sus propios hogares.

Hay que empezar por reconocer legalmente que los menores que viven situaciones de violencia de género, son víctimas directas de esa violencia, tal y como establece el Convenio de Estambul, ratificado por España y vigente desde agosto de 2014, pero no sólo legalmente sino que esto se traduzca en la práctica judicial a la hora de aplicar la norma, que en la actualidad está suponiendo una excepción. Si bien es cierto que pueda haber algunos menores que no estén afectados, también hay que tener en cuenta factores como el estereotipo social de que los padres nunca dañarán a sus hijos, admitido incluso hasta por las madres maltratadas en algunas ocasiones.

La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 27/2014, de 14 de abril, es especialmente interesante porque tiene en cuenta el daño a la menor de once meses, ya que, aunque aparentemente no tenga conocimiento o conciencia de los actos, el sufrimiento de la madre tiene incidencia en ella.

El interés superior del menor víctima de la violencia de género²⁴⁴ debe ser el principio rector de la actuación de los poderes públicos en esta materia y para ello, entre otras medidas, es necesario garantizar el ejercicio del derecho del menor a ser escuchado y participar en los procesos de toma de decisiones que le afecte (como bien recogió la Sentencia TEDH, de 11 de octubre de 2016, asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España). Este principio exige una evaluación concreta e individualizada de las circunstancias que concurren en cada caso de menores víctimas de violencia de género y, tras la misma, establecer la medida administrativa o judicial correspondiente, teniendo

²⁴⁴ Vid. PERAL LÓPEZ, M.C., “El supremo interés del menor. Víctimas de la violencia de género” en CUADRADO RUIZ, *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*, Madrid 2016, p. 55 y ss.

siempre presente que, en todo caso, su interés se encuentra por encima de otros intereses en conflicto y contando siempre con la asistencia del Ministerio Fiscal.

Hay que tener presente que nuestro Derecho ya capacita a los menores con cierta madurez para realizar actos de relevancia jurídica y sin embargo no se les tiene en cuenta para adoptar una decisión de simplemente querer alejarse de un ambiente de violencia.

Así, por ejemplo, a partir de la edad de 12 años, se exige su consentimiento en el acogimiento (artículo 173.2 del Código Civil) y la adopción (artículo 177.1 del Código Civil) e incluso antes de esta edad, debe ser oído para adoptar estas decisiones (artículo 177.3.3º del Código Civil). Corrobora esta postura, la exigencia de audiencia de los mayores de 12 años y aún menores de esa edad, que tengan suficiente juicio, en los litigios sobre su custodia (artículos 92 y 159 del Código Civil) y en el ejercicio de la patria potestad sobre ellos (artículo 156 del Código Civil), así como para la constitución de la tutela (artículo 231 del Código Civil) y para la subsistencia de los vínculos con la familia de origen en la adopción (artículo 178 del Código Civil). También en concreto se le reconoce capacidad para intervenir en la oposición al régimen de relación con el padre, la madre, los abuelos, otros parientes y allegados (artículo 160 del Código Civil), que es el tema concreto con él se enfrentan tras el cese de la convivencia de sus progenitores.

A los menores de 14 años la Ley les reconoce capacidad para realizar actos de la trascendencia de optar, aunque sea asistido por su representante legal, por la nacionalidad española (artículo 20.1.b del Código Civil), así como solicitarla por carta de naturaleza o residencia (artículo 21.3.b 43 del Código Civil) y jurar o prometer fidelidad al rey y obediencia a la Constitución Española y a las Leyes (artículo 23.a del Código Civil), al igual que renunciar a una anterior nacionalidad. Estos menores con 14 años pueden, reconocer un hijo, al menos con autorización judicial (artículo 121 del Código Civil), ejercer la patria potestad sobre sus hijos, con asistencia de sus padres o tutor (artículo 157 del Código Civil) o, en caso de desacuerdo o imposibilidad de los mismos, del Juez. También pueden testar (artículos 662 y 663 del Código Civil) y procesalmente pueden recibir notificaciones (artículo 268 de la LEC).

A los 16 años, mayoría de edad penal, los menores están capacitados para la administración ordinaria de su peculio (artículo 164.4 del Código Civil) y pueden prestar

consentimiento en la enajenación de valores mobiliarios suyos por sus padres, (artículo 166 párrafo 3º del Código Civil). A esta edad pueden ser emancipados (artículo 320 del Código Civil), tanto por los titulares de la patria potestad sobre ellos, como por el Juez.

En la Exposición de motivos de la LO de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero) se alude a la Convención de los Derechos del Niño, para predicar una nueva filosofía en relación con el menor, reconociéndole un superior papel en la sociedad, con la exigencia de un mayor protagonismo. Es fundamental el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de su “capacidad progresiva para ejercerlos”, así como su “condición de sujeto de derechos”²⁴⁵ y no de mero objeto, como parece suceder en los casos en los que se tiene que decidir sobre la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas que le afecte. Dice la exposición de motivos, que el ordenamiento jurídico contiene una “concepción de las personas menores como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social” y “de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y de los demás”.

Por tanto, en aplicación de estos principios y en consonancia con estos preceptos, a los menores en general se les faculta para solicitar medidas cautelares para asegurar sus alimentos y evitarles perturbaciones dañosas, en los cambios de titularidad de la patria potestad, así como para, en general, apartarle de peligros o evitarle perjuicios (artículo 158 del Código Civil).

La realidad es que en el Código Penal actual y en el resto de la normativa, por mucho que se dé publicidad a un reconocimiento del menor como víctima de violencia de género por el hecho de convivir en un ambiente donde se haya desarrollado esa violencia, **no se tiene como sujeto pasivo al propio menor**. Es más, existe la creencia, por la mayor parte de los órganos judiciales, que suspender un régimen de visitas por el mero conocimiento de unos hechos denunciados de violencia de género, sería utilizar al menor como medio y no como fin de protección.

²⁴⁵ Vid al respecto ALASTUEY DOBÓN, M del C., ESCUCHURRI AISA, E. “La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español: de la aprobación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género a la reforma del Código Penal de 2015”. *Revista de Derecho Penal* nº 23, 2015 pp. 27-78

SEGUNDA PARTE

PROBLEMÁTICA DEL MENOR VICTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS EL CESE DE LA CONVIVENCIA DE SUS PROGENITORES.

RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y PRÁCTICA JUDICIAL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: PRIVACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

CAPÍTULO IV. LA PATRIA POTESTAD

1. DERECHO COMÚN

1.1. LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

1.2. LA PATRIA POTESTAD

1.3. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

2. LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2.1. ARAGÓN

2.2. CATALUÑA

2.3. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

2.4. COMUNIDAD VALENCIANA

3. RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA JURISDICCIÓN CIVIL. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA MEDIDA.

3. 1. CAUSAS PRIVATIVAS DE PATRIA POTESTAD

3. 2. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CAUSA CIVIL

4. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CAUSA CRIMINAL

4.1. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO PENA PRIVATIVA DE DERECHOS. ESPECIAL REFERENCIA EN LOS DELITOS RELATIVOS A VIOLENCIA DE GÉNERO

4.2. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO MEDIDA CAUTELA.

4.3. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. REFERENCIA AL RÉGIMEN DE VISITAS.

4.4. PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

4.5. LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

PROBLEMÁTICA DEL MENOR VICTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS EL CESE DE LA CONVIVENCIA DE SUS PROGENITORES.

Sepúlveda García de la Torre²⁴⁶, en su estudio “La violencia de género como causa de maltrato infantil”, destaca la “Encuesta de victimización” realizada por Straus y Gelles en el Reino Unido, trabajo por el que concluyeron que la familia es uno de los grupos sociales en los que se dan más comportamientos violentos, afirmando que es más probable que una persona sea golpeada o asesinada en su propio hogar por otro miembro de su familia, que en ningún lugar o por ninguna persona.

En España, la sensibilización social sobre las distintas formas de violencia de género fue uno de los factores que influyeron en la redacción y la aprobación de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, motivada por la necesidad de establecer una acción integral y coordinada que aunara tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor (aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos) como las medidas protectoras de índole civil que evitaran el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y dieran respuesta a su situación de especial vulnerabilidad.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género visibilizó, en la exposición de motivos, apartado II, la especial exposición y vulnerabilidad de la infancia ante estos actos, estableciendo que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas de esta violencia. Desde la reforma operada por la disposición final tercera de la L.O: 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, en su apartado 2 recoge que “esta ley establece 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

²⁴⁶ SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A. “La violencia de género como causa de maltrato infantil” .Publicado en *Cuad. Med. Forense*, 12, p. 43-44, Enero-Abril 2006

violencia.” La Ley contempla también su protección para la tutela de los derechos de los menores y también para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

Según los datos estadísticos registrados por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género, en su informe anual de 2016, las denuncias recibidas por violencia de género en este año han sido 142.893. A partir de este dato y estimando que por cada mujer que denuncia existe una media de 1,4 hijos o hijas a su cargo, puede establecerse que durante 2016 en España unos 200.049 menores han sido víctimas de la violencia de género. A este dato hay que añadirle que, según el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer tan sólo se denuncian un 10% de las situaciones de violencia de género.

Actualmente, no existe un seguimiento estadístico documentado sobre la cantidad de niños y niñas víctimas de la violencia de género. Aunque se registran datos sobre menores en centros de acogida junto con sus madres, distribuidos por comunidades autónomas, no se conoce el número de menores que sufren esta violencia y que se encuentran fuera de la red de recursos de casas y pisos de acogida, que representan una cantidad mayor.

Otro dato a destacar es que, tras las reformas operadas en 2015 en el Código Penal y en la LECrim, sobre todo en materia de medidas de protección a las hijas e hijos de las víctimas de violencia de género, en 2016 se mantiene la baja proporción de la adopción de estas medidas respecto de las denuncias presentadas y la disparidad en estas cifras dependiendo del órgano judicial que tenga competencia para resolverlas.

Corbalán y Patró²⁴⁷ en un estudio realizado sobre una muestra de mujeres maltratadas residentes en centros de acogida, concluyeron que en un 85% de los casos, las o los menores fueron testigos de la violencia ejercida sobre sus madres. En un 66,6% de los casos también sufrieron maltrato directo. Según este estudio, dos terceras partes de los niños y las niñas expuestas a la violencia de género sufren violencia directa. UNICEF realizó en 2006 un estudio llamado “Tras las puertas cerradas”²⁴⁸ en el que refleja que en

²⁴⁷ CORBALÁN Y PATRÓ, R. En Patró Hernández, R., Limiñana Gras, RM. “Víctimas de Violencia Familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres Maltratadas”. *Anales de Psicología*, Junio, año 2005/Vol.21. Nº 001. Universidad Murcia. España. p.11-17

España hay cerca de 188.000 menores expuestos a esta violencia en sus casas. Las estadísticas a nivel mundial revelan que 275 millones de niños y niñas en el mundo, son testigos cada año de actos violentos en su familia.

El estudio de Naciones Unidas define la violencia contra los niños y niñas como “el uso deliberado de la fuerza o el poder, real o en forma de amenaza que tenga o pueda tener como resultado lesiones, daño psicológico, un desarrollo deficiente, privaciones o incluso la muerte”. La exposición a la violencia de género origina efectos negativos en la infancia, independientemente de la edad de los niños y niñas que la sufren, que van desde problemas físicos (retraso en el crecimiento, alteraciones en el sueño y alimentación, retraso en habilidades motoras,..) alteraciones emocionales (ansiedad, ira, depresión, baja autoestima, trastorno de estrés postraumático,..), alteraciones cognitivas (retraso en el lenguaje, afectación en el rendimiento escolar, ..), alteraciones de conducta (déficits en habilidades sociales, agresividad, déficit de atención-hiperactividad, episodios delictivos, hábitos tóxico dependientes, déficits en el desarrollo de la empatía). Todos estos efectos, se producen con mayor intensidad en aquellos menores que sufren violencia directa y son víctimas de maltrato infantil. Durante mucho tiempo se ha creído que interviniendo en la mujer madre, víctima directa de las agresiones, se intervenía en los hijos e hijas

Plantear la problemática de la lacra de la violencia de género, teniendo como centro únicamente la mujer invisibiliza y deja en un segundo plano las secuelas que presentan niños y niñas víctimas a violencia de género, así como sus necesidades. Las niñas y niños que han vivido o están viviendo situaciones de violencia de género manifiestan una variada sintomatología según la edad, la violencia sufrida y la situación familiar. Los servicios especializados de atención a víctimas de violencia de género han de intervenir teniendo en cuenta las consecuencias que genera la violencia de género en los niños y niñas. Las mujeres víctimas de violencia de género necesitan espacios de recuperación como mujeres y como madres. Cuando una mujer toma la decisión de separarse de su agresor, asumiendo el cuidado y la protección de los hijos e hijas a su cargo, se convierten en “familias monomarentales” en situaciones de vulnerabilidad social y con ello aumenta

²⁴⁸ Informe presentado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de Octubre de 2006 para el Estudio del Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan. UNICEF y The body Shop International (2006). Behind Closed Doors: The Impact of Domestic Violence on Children. Londres: UNICEF (Child Protection Section) y The Body Shop International Plc. Consultado on line, agosto 2009: www.unicef.org/protection/files/BehindClosedDoors.pdf

el riesgo de exclusión social. A estas dificultades se les añade superar sus secuelas y las de sus descendientes, se recuerda que tanto las madres como los menores se han desarrollado en un ambiente de terror y de carencias que obstaculizan un desarrollo normalizado, por tanto, hay que facilitarles la recuperación de las secuelas en los distintos ámbitos a los que afecta: escolar, familiar, afectivo, jurídico, psicológico, social. Muchas de las intervenciones dirigidas a estas mujeres se centran en la recuperación de la persona como mujer desde el punto de vista físico, psicológico y emocional y se deja en un segundo plano la rehabilitación de la madre y el vínculo con sus hijos e hijas, vínculo dañado, en la mayor parte de los casos por el sentimiento de desprotección en el que crecen dichos niños y niñas en situaciones de violencia de género

Otro de los problemas que con gran frecuencia se encuentran en la práctica es el que relata Dolores Aguilar Redorta, pediatra experta en violencia de género y menores: “(...) El hombre violento no cesa de ejercer la violencia tras la separación, detectándose que hasta el 60% de los padres separados violentos mantiene un alto nivel de conflicto y de abuso hacia la mujer durante el contacto que suponen las visitas con los hijos (Shepard, 1992). La violencia psicológica continúa y se prolonga indefinidamente a través de estas visitas, en la recogida y entrega de los hijos, mediante amenazas, o utilizando las visitas como medio para mantener el contacto con el excónyuge (Hester, 1996; Rendell, 2000); (...)”²⁴⁹

Es así como se ha desembocado en una realidad difícilmente cicatrizante, ya que los hijos e hijas de víctimas de violencia continúan experimentando el trauma durante las visitas con el agresor. Existe un falso mito que defiende que la violencia de género no tiene por qué afectar al vínculo que padre- hijo o hija tienen. La realidad es que existe un gran porcentaje de menores que presentan graves secuelas como consecuencia de la manipulación por parte del agresor, que lo hace aún más vulnerable a la violencia sufrida.

Carmona Salgado describe el perfil del maltratador con la siguiente definición: “el perfil subjetivo del maltratador, de la siguiente forma: determinados hombres, haciendo alarde de una aparente prepotencia violenta, pero en realidad cobarde e injustificada, sin causa lógica que explique su comportamiento, en el que subyacen resentimientos y frustraciones

²⁴⁹ Cfr. AGUILAR REDORTA, D. “La infancia víctima de violencia de género”, III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, 2009.

de todas clases, complejos de inferioridad, baja autoestima, traumas contraídos en la infancia y, en fin, una interminable relación de insatisfacciones personales, todo ello, para colmo, la mayor parte de las veces acompañado de la ingesta más o menos habitual de alcohol o/y otras drogas, descargan sus miserias y carencias subjetivas sobre sus esposas o parejas de hecho, a las que de forma reiterada y degradante convierten en víctimas de sus palizas, insultos, amenazas y humillaciones, que suelen utilizar como preámbulo de las violaciones a las que tienen finalmente que someterse como colofón de tan denigrante actuación, abusando de su sumisión obligada porque en un porcentaje muy elevado de casos, tanto ellas como sus hijos menores *dependen económicamente del maltratador*.²⁵⁰

Pero los efectos de la violencia de género no sólo se extienden al momento en el que están ocurriendo los episodios de violencia, es decir, cuando la relación de pareja existe, sino que, en muchas ocasiones, esta violencia se mantiene incluso cuando la relación cesa. Por tanto, esta violencia sigue afectando a las y los menores que se encuentran ante nuevas formas de maltrato, en las que son usados para seguir haciendo daño a la mujer y con ello, estamos ante nuevas formas de victimización secundaria. Esta triangulación del menor, en la que se le hace partícipe de la violencia de género manipulando su percepción de la realidad, hace que existan enormes consecuencias sobre el desarrollo afectivo-emocional y moral de cada menor²⁵¹, dando lugar a graves secuelas en las que se dan procesos disociativos. Como consecuencia, se hacen más difíciles las estrategias de afrontamiento ante traumas complejos y se producen los desdoblamientos de personalidad, que permiten la supervivencia a cada menor.

La Constitución española de 1978 establece los derechos y libertades de la ciudadanía española, pero las referencias a los derechos de la infancia, propiamente dichos, que se reflejan en ella, son escasos; si bien, se sobreentiende que niños y niñas son titulares de todos los derechos del Título I de la Carta Magna.

²⁵⁰ CARMONA SALGADO, C. “La violación como episodio concreto del maltrato doméstico a la luz de la jurisprudencia más reciente”. *Estudios Penales sobre violencia doméstica*. 2002. p. 509-528

²⁵¹ Sobre la percepción social del maltrato HERRERA ENRIQUEZ, M.C., EXPÓSITO JIMÉNEZ, F. “Percepción social de víctimas y maltratadores desde la perspectiva del poder de género” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley nº 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008

En el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, se hace mención, en primer lugar, a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. En dicho Capítulo III del Título I, el 39 dice:

- “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

A nivel internacional, la preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España, así como Directivas de la Unión Europea y demás textos analizados en capítulos anteriores de esta investigación, destacando, por su trascendencia en esta materia, el Convenio de Estambul.

La menor edad supone una limitación de la capacidad de obrar. El Código Civil parte de la idea de que toda persona tiene capacidad de obrar, sólo en ciertos casos, menores e incapacitados, la limita y, por ello, se encuentra sometido a la patria potestad o a la tutela. La patria potestad, conforme al artículo 154 del Código Civil, comprende los siguientes deberes y facultades ²⁵²: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y representarlos y administrar sus bienes. El artículo 162.1 del Código Civil²⁵³ establece, entre los actos excluidos de la representación legal

²⁵² Cfr. BERROCAL LANZAROT A. I. *La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción*. Revista crítica de derecho inmobiliario, n.º. 723, 2011, pp. 479-535.

²⁵³ Artículo 162 CC. “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

de los padres, los actos que el menor pueda realizar por sí mismo conforme a sus condiciones de madurez. Así, en la práctica existe una serie de actos y negocios jurídicos que realizan los menores por sí mismos

La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas (Tratado Internacional de Naciones Unidas, Asamblea General de 20 de noviembre de 1989, Resolución de la Asamblea General 44/25) trata de crear un marco jurídico que proteja a los menores por la situación de vulnerabilidad que representan. Es sumamente importante tener en cuenta un concepto clave que desarrolla esta Convención: “El interés superior del niño”, interés que está por encima del interés y los derechos de los progenitores. Este principio se traduce en el artículo 39 de la Constitución española, anteriormente visto.

Visibilizar este sufrimiento de la infancia y adolescencia implica la preparación para tener una mirada contenedora del daño que sufren los mismos²⁵⁴

En muchas ocasiones se cree que los menores sufren lo peor mientras conviven con el agresor porque no hay posibilidad de protegerles de la situación de violencia de género, ya que la madre se encuentra parcialmente y en ocasiones, totalmente vulnerable e indefensa. Pero existen muchas evidencias que reflejan lo contrario, es decir, el calvario que supone para muchos menores que siguen estando expuestos a situaciones de violencia de género encubiertas, donde asumen un papel más activo al ser manipulados por los agresores para seguir ejerciendo la violencia de género. De hecho, mientras la pareja aún convive, la madre puede buscar vías para proteger a sus hijos de la violencia (dependiendo del nivel de peligro físico, su fortaleza como madre, los recursos legales y sociales de la comunidad, y la capacidad de ella para buscar y hacer uso de las ayudas disponibles para sí misma, buscar apoyo familiar que impida que los menores sean testigos directos de la

3º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

Redactado conforme establece el apartado doce del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁵⁴ Vid. PEDREIRA MASSA JL. “La infancia en la familia con violencia: factores de riesgo y contenidos psicopatológicos”. *Psiquiatría.com*. 2003

violencia). El modelo propuesto por los autores Bancroft, Silverman, Whitney y Davis²⁵⁵ desarrolló las fuentes potenciales que evalúan el riesgo que supone el maltratador para los menores tras la separación. Este trabajo permitió visibilizar los factores de riesgo a los que siguen estando expuestos los menores que siguen manteniendo contacto con el agresor en regímenes de visita con el padre tras la ruptura de pareja.

Entre las fuentes potenciales de daño físico y psicológico al menor por contacto con el agresor se destacan las siguientes:

- Exposición a amenazas o actos de violencia hacia su madre: estos actos suponen una reexposición a violencia de género, que boicotea el proceso de recuperación del menor.
- Deterioro en la relación entre la madre y los hijos: la recuperación emocional de los niños y niñas expuestas a la violencia de género depende de la calidad de su relación con el/la progenitor/a no maltratador, con lo cual las tensiones creadas por el agresor pueden sabotear el proceso de recuperación de las hijas e hijos.
- Abuso físico o sexual
- El agresor como modelo educativo: existe un elevado riesgo entre los hijos de normalizar la violencia como forma de relacionarse en sus interacciones afectivas y ser un factor de riesgo para la creación de relaciones insanas en el futuro. Exposición a un modelo de paternidad autoritario
- Riesgo ser cuidado de forma negligente o irresponsable Manipulación y maltrato psicológico
- Secuestro
- Reexposición a violencia de género en las nuevas relaciones de pareja del padre.

Así mismo estos autores destacan que los menores se desarrollan ante un ambiente de desprotección legal, cuando los menores ya no se encuentran conviviendo con el agresor, pero siguen estando expuestos a la violencia justo en el momento en que necesitan recuperarse. También plantean que es necesario que se valore la capacitación del agresor para ejercer como padre y reiteran la necesidad de recopilar toda la información referente al agresor, prestando especial atención a los conocimientos y percepciones de la mujer

²⁵⁵ En BANCROFT, L., with SILVERMAN, J.G. *The Batterer as Parent: Addressing the Impact of Domestic Violence on Family Dynamics*. 2002.

maltratada. Así mismo proponen que se valoren tres dimensiones de riesgo: nivel de riesgo físico para los menores, nivel de riesgo de abuso sexual y nivel de riesgo psicológico.

Brancroft y Silverman destacan que las experiencias que tienen estos niños y niñas durante las visitas dañan su fortaleza y seguridad en sus relaciones con sus madres y pueden causar un retroceso en su curación emocional del trauma por la exposición a la violencia de género. Es sumamente importante la sensibilización sobre los perjuicios de mantener la relación de los menores con el padre, ya que pueden superar los beneficios que pueda aportarle una relación con un agresor con antecedentes de violencia.

Una vez planteada la problemática del menor víctima de violencia de género, como se ha expuesto también en el capítulo primero de este trabajo de investigación, habrá que buscar en el Ordenamiento Jurídico en qué normativa podrían ampararse las medidas de protección posibles, pretensión llevada a cabo en el capítulo segundo de esta tesis, qué posibles soluciones ofrece el Derecho para proteger a estos menores de su agresor y cómo aplica, lo que establece el legislador en la normativa, la Administración de Justicia, es decir, todos los operadores jurídicos que intervienen en los procedimientos judiciales y son responsables de dicha protección.

RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y PRÁCTICA JUDICIAL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: PRIVACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

Como se ha mencionado, en este capítulo se van a exponer las posibles respuestas jurídicas que ofrece nuestro Ordenamiento ante la situación descrita de estos menores y el uso que se hace de ellas para proteger el interés supremo interés del menor, víctima de violencia de género. Para ello, es necesario, introducir la problemática a tratar con un repaso por la normativa que regula las relaciones paternofiliales.

CAPÍTULO IV. LA PATRIA POTESTAD

1. DERECHO COMÚN

El Código Civil regula el ejercicio de la patria potestad por parte del padre y de la madre, su atribución al producirse la ruptura mediante resolución judicial, y los supuestos en los que puede privarse del ejercicio de la misma a quienes la ostentan, según disponen los siguientes artículos:

Artículo 154

“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

En dicho Código se establece la atribución a uno de los progenitores del ejercicio de la patria potestad total o parcialmente con carácter temporal²⁵⁶, en el artículo 156: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.”²⁵⁷

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

Tal y como señala el TS, la patria potestad es un efecto legal propio de toda relación paterno o bien materno filial, de forma que en el momento en que queda determinada la filiación, la patria potestad corresponde automáticamente, ex-lege, al progenitor ya previamente determinado.²⁵⁸

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés

²⁵⁶ Cfr. VALLESPÍN PÉREZ, D. “El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción?” *Práctica de los Tribunales*, 100. 2013

²⁵⁷ Este párrafo segundo del artículo 156 fue redactado por el apartado veintinueve de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

²⁵⁸ Al respecto *vid.* GARCÍA PRESAS, I. *La patria potestad*. Dykinson, 2013

del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio²⁵⁹.

En cuanto a las medidas urgentes que establece la norma civil para proteger al menor, el artículo 158 fija: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

²⁵⁹ Vid. ARMENGOT VILAPLANA, A. “De la intervención judicial en relación con la patria potestad” *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*. Nº 116, 2015 p.4

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.”²⁶⁰

Estas medidas, recogidas en este artículo, se caracterizan por su carácter apremiante y necesario ante situaciones puntuales de excepcionalidad por la posibilidad de que se incurra en circunstancias de peligro o perjudiciales para el menor. Y por tanto deben ser preferentemente amparadas y protegidas, evitando dilación del cauce del incidente por el que se tramiten.

Se trata de un precepto anterior a la Ley 30/1981, de 7 julio que ha sufrido varias modificaciones como las operadas por la L.O. 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores o la última de ellas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Existiendo un procedimiento matrimonial en trámite o finalizado por Sentencia firme, las medidas a las que se refería el artículo 158, deben adoptarse preferentemente dentro de los cauces del procedimiento matrimonial, ya sea mediante una modificación de medidas definitivas, ya en ejecución de Sentencia, pero teniendo en cuenta que, como muy bien expresa el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 2 de mayo de 2.007 , « Las normas reguladoras de la ejecución no habilitan en ese marco procedimental la posibilidad de modificar lo acordado en una sentencia firme, pues, en principio, quedan constreñidas a otorgar efectividad a los pronunciamientos de esa resolución, de modo que cualquier pretensión modificativa de las medidas sancionadas en un anterior procedimiento matrimonial ha de discurrir por los cauces del art 775 L.E.C ., examinándose en el procedimiento que se incoe si los incumplimientos que se denuncian exigen o aconsejan la introducción de aquellas modificaciones que puedan redundar en interés del menor”.

Volviendo al examen del artículo 170 del Código Civil que dispone que “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en

²⁶⁰ Los apartados 4º, 5º, 6º y párrafo final del artículo 158 fueron introducido por el apartado nueve del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”, la privación total o parcial ha de basarse en una causa fundada, por lo que, desaparecida la causa que la motivó, se produce su recuperación, siempre en beneficio e interés de los hijos. Esta facultad, corresponde a los tribunales, conforme al mismo precepto del Código Civil.

En el artículo 92.3 del Código Civil, para la privación de la patria potestad en sentencia de separación, nulidad o divorcio, se vuelve insistir en la necesidad de causa justa que motive la privación: “3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”.

Por consiguiente, las causas civiles de la pérdida total o parcial y, en su caso, su recuperación pueden venir determinadas por:

- El incumplimiento de los deberes a la misma.
- Determinada en causa matrimonial.
- Dictada en causa criminal.

También los diferentes ordenamientos forales disponen de normas que regulan la privación y suspensión de la patria potestad. Esta normativa es importante tenerla en cuenta porque, de acuerdo con el artículo 46 del Código Penal, y a los efectos del mismo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas.

1.1. LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

En el plano internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, después de establecer en su Preámbulo que la familia de origen es el hábitat natural idóneo para el desarrollo del menor, dispone en su artículo 9.1 que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto si un proceso legal lo estima necesario para el mejor interés de los menores y añade, en

sus artículos 18.1 y 27, que corresponde a los padres la responsabilidad principal en la crianza, desarrollo y educación de sus hijos.

La Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio, destaca el papel primordial de la familia y su estabilidad en el desarrollo equilibrado y armonioso del niño, subrayando en su apartado 8.11, además de la responsabilidad conjunta del padre y la madre en la educación y desarrollo del menor, y del derecho de todo niño a vivir con sus padres. Prosigue disponiendo que corresponde a los padres, de forma prioritaria, dar al niño una vida digna y en la medida de sus recursos económicos, proporcionar los medios para satisfacer sus necesidades. Todo ello, sin perjuicio del deber de los Estados de asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, y servicios sociales.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señala, en el artículo 8, el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Por todo ello, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados y el ejercicio de la misma corresponden conjuntamente a los progenitores y así se recoge en el artículo 154 del Código civil, esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor.

En consecuencia se puede definir la Patria Potestad como el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos menores de edad que no emancipados y su protección. El origen de este derecho se encuentra en la propia relación paternofamiliar, de forma independiente a la existencia de matrimonio entre los progenitores. Según el artículo 154 del Código Civil, la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: Velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; así como la representación y administración de sus bienes.

La patria potestad es obligatoria, personal e intransferible, pues los padres tienen la patria potestad, a no ser que la ley les prive de ella o les excluya de su ejercicio. Es indisponible, ya que el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado, ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos en los que la misma ley lo permita.

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, así lo determina el Código Civil en el artículo 156. Pero en la vida real, nos podemos encontrar con casos en los que los padres se encuentran en desacuerdo. En estos casos, será intentar llegar a un acuerdo o resolver la disyuntiva mediante el diálogo, de no llegar a un consenso cualquiera de los dos progenitores podrá acudir al Juez, mediante un procedimiento específico de Jurisdicción voluntaria y éste, después de oír a ambos y al hijo, si tuviera suficiente juicio, y en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo determinado, que no podrá nunca exceder de dos años.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

La intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores no implica la supresión de estos derechos y deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad. En cualquier caso, el Juez no resolverá sobre la controversia, sino que determinará cuál de los dos progenitores decidirá sobre la cuestión controvertida.

El trámite procesal para la adopción de esta medida es:

- Un acto de jurisdicción voluntaria en el que el interés del menor requiere de una respuesta y solución judicial sin dilaciones.
- Se inicia a instancia de cualquiera de los progenitores.
- El juzgado citará a ambos a una comparecencia en la que se oirán los argumentos de uno y otro en orden a la discrepancia mantenida, oyéndose, en su caso, también al menor²⁶¹, de acuerdo a lo establecido legalmente²⁶².
- En casos de urgencia, se podría resolver otorgando la capacidad de decisión a uno de ellos, a fin de consagrar el derecho a la obtención de tutela judicial efectiva.

Como establece el artículo 169 del Código Civil, la patria potestad acaba por muerte de los padres o del hijo, por adquirir el hijo la mayoría de edad, por emancipación y por adopción del hijo.

En cuanto a su privación, el artículo 170 del Código Civil establece que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán en beneficio e interés del hijo, acordar la

²⁶¹ Cfr. ZAFRA NAVARRETE, J.I. “La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 793-810.

²⁶² La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con las recomendaciones y criterios de los Convenios Internacionales ratificados por España. Así modifica el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en el sentido siguiente: «El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. [...] ... La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos». Esta norma debe ponerse en consideración con la reciente doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de julio de 2015, según la cual «la sentencia de 20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada».

recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

También esta privación puede venir derivada de una causal penal. El Tribunal Supremo avala en una sentencia hecha pública el 16 de Octubre de 2015 la privación de la patria potestad sin que sea necesario acudir a la vía civil por ello, directamente por decisión del juez de lo penal que imponga la condena en casos de violencia de género, evitando las dilaciones provocadas por la necesidad de reclamar esta retirada de derechos a través de la vía civil.

Guarda y custodia. Por guarda y custodia se entiende vivir, cuidar y asistir a los hijos. Se puede atribuir a uno de los progenitores, compartida entre ambos o a una tercera persona.

Para decidir sobre qué progenitor debe ostentarla rige el principio del beneficio del menor, en el caso en que no exista acuerdo entre los padres, además de oír al propio menor, se ponderarán las aptitudes de los progenitores, relaciones con los hijos, condiciones y entorno de cada uno de ellos y todas aquellas circunstancias que ofrezcan la estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral del menor. Antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará el informe del Ministerio Fiscal y oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario.

¿Qué criterios se siguen para atribuir la guarda y custodia de los hijos? Para otorgar la guarda y custodia a uno u otro progenitor se debe atender a las circunstancias concretas de cada caso, combinadas con criterios legales, como son: el interés superior de los menores, el resultado del informe del equipo psicosocial de los Juzgados²⁶³ exigidos legalmente, el derecho de audiencia de los menores; el principio de no separar a los hermanos; la edad de los menores; el tiempo de que disponen los progenitores y el lugar de residencia.

²⁶³ Este equipo está formado por un psicólogo y un trabajador social que entrevistan a los padres y a los menores, observan la interacción de los niños con ambos progenitores y realizan pruebas diagnósticas a los padres (informe pericial, aunque no es vinculante para el Juez, es fundamental y casi siempre determinante respecto al tipo de custodia y de visitas a establecer en la sentencia de divorcio).

De forma excepcional, la custodia puede encomendarse a un tercero, regulándose en el artículo 103.1 del Código Civil y se da cuando concurren causas graves que determinen que, en interés del menor, su custodia sea encomendada a un tercero. En estos casos, se suele encomendar a los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieran, y de no haberlos, a una institución idónea, confiriendo el Juez las funciones tutelares.

La guarda y custodia compartida se dará cuando los padres lo soliciten en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Excepcionalmente el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En cuanto al régimen de visitas, el artículo 94 del Código Civil establece que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. 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 incumpliere de forma grave o reiterada los deberes impuestos por la resolución judicial²⁶⁴.

Se trata de un derecho y deber cuya finalidad es la de proteger los intereses del hijo, de tener unos contactos lo más amplios e intensos posibles con el progenitor con el que no convive a fin de favorecer su propio y necesario desarrollo emocional.

Los padres pueden pactar el régimen de visitas que consideren, pero a falta de acuerdo se establece un régimen de visitas mínimo a favor del progenitor que no ostenta la custodia.

²⁶⁴ La Sentencia TS (Sala Primera) de 26 noviembre 2015, Rec. 36/2015, 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 o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

¿En qué se diferencia la patria potestad de la guarda y custodia? La patria potestad se refiere a la representación general de los hijos, mientras que la guarda y custodia se centra en la convivencia habitual o diaria con ellos. Por eso, cuando se produce una ruptura matrimonial, lo normal es que ambos progenitores mantengan la patria potestad, cosa que no suele ocurrir con la guarda y custodia ya que por regla general solo uno de ellos la mantiene, exceptuando los casos de custodia compartida. En el artículo 156 del código civil se establece que “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”. Esto último es lo que se viene haciendo generalmente en la práctica judicial.

Tras las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la aplicación de lo dispuesto en la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se atribuyen competencias civiles a los Juzgados de Violencia, es decir, medidas de índole personal, económicas y patrimoniales que afectan a las víctimas (tanto la mujer e hijos), bien al dictar órdenes de protección o como medidas cautelares. En estos casos, es el órgano judicial que conoce el procedimiento penal, el que dicta las resoluciones de índole civil, teniendo su fundamento en el mejor conocimiento de las circunstancias que concurren en el ámbito familiar.

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en cuyos arts. 65 y 66 se establecen medidas relativas a la suspensión de la patria potestad, de la custodia de los hijos y del régimen de visitas o el Código Civil, tras su reforma por la Ley 15/2005, que tiene en cuenta los malos tratos familiares a efectos de no exigir plazo alguno para la interposición de la demanda de separación (art. 81.2º) o de no conceder una custodia compartida (art. 92.7), son una muestra de la proliferación de normas jurídico civiles dictadas para proteger a los menores, tratándolos como lo que verdaderamente son, víctimas directas en los delitos de violencia de género, cuando su progenitor ejerce violencia contra su madre²⁶⁵.

²⁶⁵ Al respecto FARIÑA RIVERA, F., SEIJO MARTÍNEZ, M.D., ARCE FERNÁNDEZ, R., VÁZQUEZ FIGUEIREDO, M.J. “Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma” *Anuario de psicología jurídica*, ISSN 1133-0740, N.º. 27, 2017, pp.107-113

Pero también ha habido criterios en contra de estos planteamientos y un ejemplo de ellos fue el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación y divorcio, presentado en julio de 2013, en el que también se abordaba esta materia en el art. 92 bis, apartado 5º, y aunque en un principio parece que sigue una línea acertada, al señalar que no procede la guarda y custodia –individual o compartida- ni un régimen de estancia, relación y comunicación con los hijos cuando un progenitor ha sido condenado penalmente por malos tratos al otro cónyuge o a los hijos, sin embargo permite que el Juez de manera excepcional pueda establecer un régimen de estancia, relación y comunicación, atendiendo al superior interés de los menores. Sorprende más si cabe, el apartado 6º de dicho precepto, cuando señala que si ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior – condenados penalmente por malos tratos o que existan indicios fundados y racionales de tales delitos -, el Juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, entienda que debe ser otorgada a éstos o alguno de ellos; en defecto de todos ellos o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la custodia recaerá en las entidades públicas que, en el territorio concreto, tengan asignada la función de protección de los menores.

Cabe preguntarse ¿qué interés reporta a un hijo estar, relacionarse o comunicarse con su progenitor maltratador?; ¿unos progenitores, condenados penalmente por malos tratos, pueden ser idóneos para ejercer una custodia sobre sus hijos, para educar y formar integralmente a unos menores como exige el artículo 154.1º del Cc?

Para aquellos redactores, así como para los que opinan de igual modo, del Anteproyecto de Ley parece que sí beneficiaba al menor, apoyándose en el principio general y absoluto del favor filii. Sin embargo, es difícil de entender el interés que le reporta, es difícil de entender el fundamento de dichas excepciones, teniendo en cuenta las conclusiones a las que se han llegado tras numerosos estudios e investigaciones anteriormente tratados.

El interés del menor no es un principio ilimitado que pueda utilizarse para mantener la invisibilidad de las agresiones y de los daños infligidos a los menores física, psicológicamente²⁶⁶ o a través de otros miembros del grupo familiar con los que estén fuertemente interconectados.

1.2. LA PATRIA POTESTAD

La determinación del contenido de esta institución obliga a partir del artículo 39 de la Constitución Española, que establece que: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

En el Título VII De las relaciones paterno-filiales del Código Civil, en el capítulo primero, artículo 154 se regula el ejercicio de la patria potestad y las funciones que comprende:

“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”²⁶⁷.

²⁶⁶ FARIÑA, F. ARCE, R. OYHAMBURU, M.S. “Daños secundarios en menores víctimas de un delito” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley nº 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008

²⁶⁷ Artículo 154 redactado por el apartado ocho del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio).

Titularidad.-

En el artículo 156 se fija: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones.

Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.”²⁶⁸

Antes de adoptar medida alguna habrá de estar siempre a las normas que protegen jurídicamente al menor, teniendo presente que el menor tiene derecho a ser oído, llegando a imponer al juez la obligación de dictar una resolución motivada para justificar su negativa a oír al menor cuando se solicite.

Con una figura muy similar a la patria potestad, el artículo 2 del Reglamento Comunitario 2201/2003, define la responsabilidad parental, como los derechos u obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la Ley o por acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluyendo este concepto los derechos de guarda y custodia y visitas.

Dentro de este concepto se incluyen los derechos de custodia y visita, entendiendo por derechos de custodia aquellos derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia, mientras que

²⁶⁸ El párrafo segundo del artículo 156 fue redactado por el apartado veintinueve de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («B.O.E.» 3 julio).

el derecho de visitas es el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado.

Por tanto, la patria potestad y, por extensión, la responsabilidad parental se ejercerán de forma conjunta por ambos progenitores²⁶⁹.

Características.-

La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes de los progenitores con sus hijos menores de edad. Los padres tienen la obligación de proteger a sus hijos a través de las siguientes facultades:

- Representar y administrar sus bienes.
- Velarlos y tenerlos en su compañía.
- Concederles alimentación, educación, sanidad y formación integral.

Estas facultades deben realizarse siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y mental o psicológica.

La patria potestad es ejercida de manera conjunta por ambos progenitores, aunque exista una separación o divorcio y uno de ellos tenga la guardia y custodia. También puede ejercerse por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro.

El derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular - como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos- sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que el adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales -en este caso de interés familiar- que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico. Por ello, la patria potestad es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible.

²⁶⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elemento de Derecho Civil I, Parte General*, vol. 3º. Ed. Dykinson, 3ª ed., Madrid, 2005.

Uno de los rasgos fundamentales de la patria potestad es que es indisponible e irrenunciable por el progenitor. En este sentido, un progenitor siempre va a tener ciertas obligaciones con los hijos que en caso de no cumplir voluntariamente pueden ser exigidas judicialmente. Entre ellos se encuentra el deber de proporcionar alimentos que deriva de la relación paterno-filial y, por tanto, no se excluye incluso aunque se haya privado de la patria potestad.

Esta indisponibilidad imposibilita la renuncia a la patria potestad voluntaria en un procedimiento judicial o de común acuerdo en un convenio regulador de separación o divorcio.

De esta forma, la patria potestad se configura como derecho-deber o deber-poder en el marco de la relación jurídica que se establece entre padres e hijos por el mero hecho del nacimiento de éstos²⁷⁰.

En cuanto a los deberes, se manifiesta como corresponsabilidad de ambos progenitores, bajo el principio de actuación en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental, es decir, deberán velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

En el ámbito de los poderes que se otorgan, los padres podrán representarlos y administrar sus bienes²⁷¹, lo que incluye no solo derechos o facultades en su ejercicio, sino también un grado de responsabilidad.

En resumen, los progenitores tienen la obligación de atender las necesidades más básicas del menor de edad, como su bienestar, salud, protección y formación integral hasta la mayoría de edad.

El cuidado de la familia es un comportamiento natural del ser humano, por lo tanto, cuando se exige la aplicación de lo regulado en normativa alguna, se hace como

²⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil I, Parte General, Tomo IV Familia*. Ed. Dykinson, 4ª ed., Madrid, 2010.

²⁷¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elemento de Derecho Civil I, Parte General, vol. 3º*. *Op. cit.*

instrumento de corrección o en supuestos de dudosa interpretación de lo que es su cumplimiento, porque el vínculo entre progenitores e hijos es más humano que jurídico²⁷².

Desde el nacimiento del hijo existe un vínculo y una obligación de cumplimiento de los deberes paternofiliales, que, por supuesto, no pueden suspenderse por una crisis matrimonial. Por este motivo, el artículo 92.1 del Código Civil, en los supuestos de crisis matrimonial, dispone que: “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”; el artículo 110, respecto a la filiación: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”; el artículo 143, en cuanto a la prestación de alimentos: “Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2º. Los ascendientes y descendientes” y el citado artículo 154: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes”.

Modificación.-

Supone un cambio en la titularidad o ejercicio del contenido normal de la patria potestad²⁷³. Se modificará la patria potestad en los siguientes supuestos:

- a) Concentración. Cuando existe pérdida, privación o suspensión en uno de los titulares y no en el otro.
- b) Redistribución. Cuando el contenido normal de la patria potestad se asigna en exclusiva, por facultades y deberes, a cada uno de los cotitulares
- c) Alteración. Cuando el juez resoluciones providencias a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de la guarda

²⁷² Cfr. SANCHO REBULLIDA, “La patria potestad”, en *La reforma del Derecho de Familia del Código Civil español*, fascículo 1, Madrid 1979

²⁷³ ROMERO COLOMA, A. M. “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2015, (edición electrónica)

Extinción.-

La patria potestad tiene como fin velar y cuidar por los intereses de las personas desprotegidos, es decir, los menores de edad o mayores de edad incapacitados. Por ello, existen determinados hechos objetivos que revelan que ya no es necesaria dicha protección y por lo tanto extinguen la patria potestad existente. El Código Civil indica que la patria potestad se extingue:

- ✓ Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.
- ✓ Por la emancipación.
- ✓ Por la adopción del hijo.

En los supuestos en que un hijo hubiera quedado incapacitado, la patria potestad quedará prorrogada tras llegar a la mayoría de edad. Esta prórroga quedará extendida hasta: la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo, la adopción del hijo, la declaración de la cesación de la incapacidad o contraiga matrimonio el incapacitado

En cuanto a la emancipación de los hijos habrá que estar a lo establecido en el artículo 314 del Código Civil, modificado por la Ley 15/2015, a tenor de este artículo el menor se emancipará:

- 1) Por la mayoría de edad.
- 2) Por concesión de los que ejerzan la patria potestad (para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro).
- 3) Por concesión judicial (el Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres, cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor, cuando los padres vivieren separados o cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad).

La diferencia fundamental entre la “privación” y la “extinción” de la patria potestad, es que en el caso de la privación cabe la recuperación de la patria potestad cuando cesa la

causa que la motivó (artículo 170 del Código Civil, y artículo 236.7 del Código Civil Catalán, y artículo 77.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón), mientras que en la extinción no existe tal posibilidad.

Prórroga y rehabilitación de la patria potestad.-

Finalmente, ha de hacerse referencia a la prórroga y rehabilitación de la patria potestad, con las que se pretende que los padres se sigan ocupando de los hijos incapacitados sin necesidad de constituir la tutela. Para ello, dispone el artículo 171 del Código Civil que la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título.

La patria potestad prorrogada terminará:

- 1) Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.
- 2) Por la adopción del hijo.
- 3) Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.
- 4) Por haber contraído matrimonio el incapacitado. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

Exclusión.-

Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión salvo que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos. Así lo determina el artículo 111 del Código civil, que al igual que en el artículo 110, vuelve a insistir en las obligaciones del padre y la madre de velar por los hijos y prestarles alimentos.

1.3.PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad termina cuando el hijo alcanza la mayoría de edad, salvo que se pueda extender la patria potestad sobre los hijos mayores, si se les declara incapaces. Pero también puede acabar antes si se procede a la emancipación por el menor o hay un incumplimiento de los deberes inherentes a las patria potestad.

El artículo 170 del Código Civil literalmente estipula que: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

El incumplimiento de dichos deberes-poderes no sólo supone un reproche social sino también la contravención de la norma positiva. En este sentido, los ordenamientos disponen de reglas de suspensión o privación de la “potestas”²⁷⁴.

¿Todos los supuestos de incumplimiento o dejación de sus funciones por el progenitor titular de la patria potestad justifican su privación? El Tribunal Supremo recuerda en la Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, de 9 de noviembre de 2015, que “se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma”. Dicha sentencia califica “de graves y reiterados incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo..., sin causa justificada” el hecho que motiva la privación de la patria potestad.

2. LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2.1. ARAGÓN

Los textos civiles del siglo XX, el Apéndice de 1925 y la Compilación de 1967, no utilizan el término patria potestad, sino que hablan de autoridad paterna (art. 2º Apéndice de 1925) o autoridad familiar (arts. 9-10 Compilación de 1967)²⁷⁵.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el

Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, del mismo modo, utiliza el término “autoridad familiar”²⁷⁶

²⁷⁴ FLORES RODRÍGUEZ, M. “La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores”. *La Ley Penal*, núm. 90, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2012, Editorial LA LEY (edición electrónica)

²⁷⁵ ROMERO COLOMA, A. M. “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2015 edición electrónica

²⁷⁶ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, Artículo 63. Titularidad. 1. El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres. 2. Puede corresponder a uno solo de ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos.

Cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la autoridad familiar por sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial, es la privación que contiene en el artículo 90, de tal manera que, en interés del hijo, los Tribunales podrán privar y acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación.

En el mismo texto legal también se recogen los supuestos y consecuencias de la suspensión de la autoridad familiar en los artículos 91 y 92²⁷⁷

2.2. CATALUÑA

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, habla de “potestad parental” y de “responsabilidad parental”: artículo 236-1. Titulares de la potestad parental. Los progenitores, para cumplir las responsabilidades parentales, tienen la potestad respecto a los hijos menores no emancipados. La potestad parental puede extenderse a los hijos mayores de edad incapacitados prorrogándola o rehabilitándola.

La normativa que se recoge en el apartado -5 de este artículo se refiere a la denegación, suspensión y modificación de las relaciones personales, que podrá ocurrir; si se incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa. Aparece el motivo de “justa causa” y su definición: existe justa causa si los

²⁷⁷ Artículo 91. Suspensión. 1. La autoridad familiar quedará en suspenso, en su caso solo para el titular afectado, mientras dure: a) La tutela automática de la entidad pública. b) La declaración de fallecimiento o ausencia del titular o titulares, o de alguno de ellos, así como la declaración de fallecimiento del hijo. c) La incapacitación del titular o titulares, o de alguno de ellos, a no ser que la sentencia haya dispuesto de otro modo. d) La imposibilidad de ejercerla declarada en resolución judicial. 2. La asunción de hecho de la autoridad familiar por otras personas no conlleva la suspensión de la de los padres. Artículo 92. Consecuencias de la privación o suspensión. 1. La privación o suspensión de la autoridad familiar no suprime las obligaciones de los padres establecidas en los artículos 58 y 59. 2. Si es privado de la autoridad familiar o suspendido en ella uno solo de los titulares, continúa ejerciéndola el otro conforme al artículo 72. 3. La resolución judicial que establezca la privación o suspensión de la autoridad familiar a ambos titulares, o al único titular de ella, determinará el régimen de guarda o protección, y nombrará a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones. Si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor.

hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista.

La privación de la potestad parental se regula en el artículo 236-6 por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, y, existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista; o no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses; en cualquier caso, la autoridad judicial podrá acordar la recuperación de la misma si el interés de los hijos lo aconseja.

2.3.COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

En Navarra, la ley 66 de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, dispone que: “Privación de la patria potestad. El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia firme. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación”.

2.4.COMUNIDAD VALENCIANA

Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En su artículo 1 señala que el objeto de esta Ley es “regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas”.

En esta Ley el término que viene a recoger las funciones de la patria potestad es el de “autoridad parental”.

3. JURISPRUDENCIA: RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA JURISDICCIÓN CIVIL. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA MEDIDA

El Tribunal Supremo, al definir la Patria Potestad, nos recuerda en la Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, de 9 de noviembre de 2015, que “se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma”.

La posibilidad de privar total o parcialmente de la patria potestad al progenitor que incumple los deberes que ésta comporta se recoge en el artículo 170 del Código Civil, pero ¿en qué casos los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada y dicha privación es beneficiosa para el hijo?

La mencionada Sentencia califica “de graves y reiterados incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada²⁷⁸, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el Tribunal de instancia”.

El caso que ocupaba esta Sentencia se trataba de una menor nacida en 2006, un año después, se condenó al demandado como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar. Durante todo ese tiempo no acudió al Punto de Encuentro a relacionarse con su hija, sin causa alguna que lo justificara. En la sentencia de divorcio dictada en julio de 2010, cuando la menor tenía cuatro años, el padre admite que lleva, al menos un año, sin ver a su hija y que tuvo problemas de toxicomanía, manifestando que consumía cocaína y porros. La falta de contacto aconsejó un régimen de visitas progresivo en el Punto de Encuentro, sin que tampoco el padre lo cumpliera, manifestando la madre en juicio que

²⁷⁸ Al respecto *vid.* ROMERO COLOMA, A. M. *Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*. Ed. Reus, 2010

hacía cuatro años que el padre no veía a la menor. Se reseña que durante este tiempo no ha existido conducta obstruccionista de la madre para evitar los encuentros.

Por tanto, como recoge la sentencia, se trata de “un reiterado incumplimiento por el demandado de las obligaciones que venían impuestas en las sentencias y una absoluta dejación de los deberes más elementales para con su hija, que comenzó ya cuando la menor contaba muy temprana edad, afectando directamente a la relación paterno-filial, hasta el punto de provocar que la menor no tenga relación con su padre”.

Pero “estas medidas sólo deben aplicarse en circunstancias excepcionales y únicamente pueden justificarse si están motivadas por una exigencia imperativa relativa al interés superior del niño”, así se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Entre otras, SSTEDH 17.07.2012, MD y otros v. Malta; y SSTEDH 7.08.1996, Johansen v. Noruega).

Volviendo a la Jurisprudencia española, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000, citada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 29 de septiembre de 2004, se pronuncia acerca de la patria potestad como una función al servicio de los hijos y, en cuanto a su privación, como una excepción y siempre en el interés superior del niño: “una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución, de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación, que, además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Judicial del Menor (art. 2), que continúa la referida sentencia afirmando que con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses, que por ello, la propia Convención, en su art. 9.1

después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño”.

Sin embargo, debido precisamente a ese carácter excepcional también son muchos los supuestos en los que no se accede a la privación solicitada, bien porque no estamos ante incumplimientos graves y reiterados o porque los mismos no quedan acreditados, bien porque entiende el juzgador que no es beneficioso para el menor la adopción de esta medida.

La Jurisprudencia nos recuerda que “la institución de la patria potestad está establecida en beneficio de los hijos, por lo que la privación total o parcial de la misma deberá hacerse con carácter excepcional y cuando concurren causas poderosas, muy justificadas y gravemente perjudiciales para el menor”²⁷⁹. En el supuesto de esta sentencia, se priva al padre la patria potestad, fundamentando dicha resolución en el hecho de que el progenitor, desde el nacimiento de su hija abandonó el domicilio familiar y retornó a México sin ayudar a su sostenimiento ni efectuar contacto alguno.

También hay supuestos en los que puede constatarse un efectivo incumplimiento de los deberes paterno filiales de cuidado y asistencia por parte de un progenitor y, sin embargo, de ello no ha de derivarse necesariamente tal privación. Este es el caso que resolvió la Sentencia AP Barcelona, Sec. 12ª, de 2 de abril de 2015: “... no se desprende un peligro grave y actual para la menor derivado de esa dejación que exija, en beneficio de la hija común, sancionar al padre con la privación total o parcial de la titularidad de la patria potestad. No hay base fáctica suficiente para la privación de la patria potestad por no existir el incumplimiento en la intensidad y entidad exigidas por la norma y la interpretación jurisprudencial antes citada”. No obstante, la Sentencia señala que esta situación y la ausencia del padre, así como su falta de interés en el devenir cotidiano de la hija, dificultan gravemente el ejercicio conjunto de la potestad, por lo que se consideró

²⁷⁹ Sentencia AP Murcia, Cartagena, Sec. 5ª, de 21 de julio de 2015 (SP/SENT/821902)

conveniente acordar el ejercicio exclusivo por la madre de la potestad parental sobre la menor.

Por tanto, son numerosas las resoluciones judiciales para las que no siempre está justificada la adopción de esta medida:

En Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22.^a, de 11 de septiembre de 2015, no se privó de la patria potestad al padre, pues no se acreditó, de su situación personal ni la de los hijos, el incumplimiento de sus deberes de la patria potestad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos

Tampoco procedió la privación de la patria potestad paterna, pese a los incumplimientos de las visitas, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22.^a, de 3 de julio de 2015, puesto que los contactos con el padre y la abuela paterna, aunque esporádicos, benefician al menor

No se probó, como así recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sec. 1.^a, de 30 de abril de 2015, que el padre hubiera dejado de cumplir los deberes de la patria potestad por su propia voluntad. La falta de contacto venía motivada por la orden de alejamiento a favor de la madre y no concurrían factores de riesgo para el menor.

La siguiente sentencia hizo uso de la Legislación autonómica “al no haber justa causa” y de la excepcionalidad de la medida de privación de la Patria Potestad. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 18.^a, de 17 de marzo de 2015, recoge el siguiente argumento: “aunque el padre nunca ha hecho nada por relacionarse con su hijo, ante la falta de pruebas sobre las distintas posiciones y no existir justa causa, en atención al interés del menor, no procede acordar la privación de la potestad parental”.

3.1. CAUSAS PRIVATIVAS DE PATRIA POTESTAD

Como ha quedado argumentado, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados y el ejercicio de la misma corresponden conjuntamente a los progenitores.

Así se recoge en el artículo 154 del Código civil, esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor. El principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad, de manera que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, es decir, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor.

A las causas de privación hace referencia el artículo 170 del Código Civil, a cuyo tenor los progenitores “podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

En todo caso, se debe definir en la sentencia que establezca la privación, el alcance de ésta, que, de ser parcial, habrá de hacer referencia a las funciones respecto de las cuales el progenitor resulta apartado, así como una concreción de las que conserva, ya que de no especificarse, resultará de aplicación la norma general de ejercicio conjunto contenida en el artículo 156 del Código Civil²⁸⁰.

El Tribunal Supremo ha considerado motivo determinante de la privación de la patria potestad el hecho de que el padre jamás se haya preocupado o velado por la situación de su hija y desde su nacimiento no haya satisfecho cantidad alguna para su sustento, y cuando lo hizo fue obligado por Sentencias de Tribunales. Ha señalado el este Tribunal que el artículo 170 no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación (en el proceso civil o en el proceso penal) de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes, sino que para privar de la patria

²⁸⁰ Así en ROMERO COLOMA, A. M. “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2015 edición electrónica

potestad la alternativa se establece precisamente entre, de una parte una Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella y, de otra parte, una Sentencia dictada en causa criminal, es decir, o bien se priva de la patria potestad por Sentencia fundada en tal incumplimiento, o bien se priva de ella en una causa criminal. Esto necesariamente supone que no cabe en proceso penal privar de la patria potestad por razón del cumplimiento obligacional que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir en el Código Penal²⁸¹.

Dado que la patria potestad es una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 determina que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (artículo 2). Continúa la referida sentencia afirmando que con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses.

Por ello, la propia Convención, en su artículo 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño.

²⁸¹ Cfr. MORENO NAVARRETE, M. A. “La privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio” *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, 2016

3.2.PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CAUSA CIVIL

Antes de la reforma del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, se recogían varias causas de privación o de suspensión de la patria potestad (como la incapacidad del padre o de la madre, declarada judicialmente, la dureza excesiva en el trato de los hijos, o a las órdenes, consejos o ejemplos corruptores, entra otras). Tras la reforma de 1981, ya no se menciona en el Código Civil, ni en su artículo 170, ni en todo el Capítulo IV del Título VII, la figura de la suspensión de la patria potestad. Tan sólo en el Capítulo V, para la adopción, en el artículo 172, tras la reforma de Código Civil tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, contempla la suspensión de la patria potestad con motivo de la asunción de la tutela por ministerio de la ley atribuida a la entidad pública en virtud de la declaración de desamparo de un menor; y, en el supuesto de acogimiento del menor en los términos establecidos en el artículo 1828.2 de la LEC. Aunque no se menciona la suspensión, las causas de la misma siguen en el articulado del Código Civil en el ámbito del ejercicio de la patria potestad.

Existen dos clases de procedimientos en el ámbito civil para llevar a cabo la privación de la patria potestad.

Por un lado, encontramos los procedimientos ad hoc, que son aquellos que se instan para decidir sobre la privación de la patria potestad como cuestión litigiosa principal. Estos se fundan en el incumplimiento de los llamados deberes inherentes a la patria potestad. Tal como señala la jurisprudencia para la privación de la patria potestad se requiere el incumplimiento de los deberes del art 154 CC y “deberá hacerse con carácter excepcional y cuando concurran causas poderosas, muy justificadas, y gravemente perjudiciales para el menor”.

De aquí cabe deducir que no basta un simple incumplimiento de estos deberes, debe darse la gravedad en el incumplimiento.

Por otro lado, en los procedimientos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio, también se puede proceder a la privación de la patria potestad. Así lo dispone el art. 92.3

CC cuando dice que “En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”.

Esta causa es la inobservancia de los deberes inherentes a la patria potestad del art. 154 CC, tal como establece el art 170 CC. Estos procedimientos civiles culminan con una sentencia, en la que el juez se pronuncia acerca de la privación de la patria potestad, es decir, sin sentencia, no hay tal privación.

El artículo 170 del Código Civil establece una causa genérica de privación de la patria potestad: el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

Este artículo no entra a calificar dicho incumplimiento, es la Jurisprudencia la que nos señala que ha de revestir, al menos el carácter de grave o reiterado y permanente. A tal incumplimiento y las causas sobre las que se sustenta, hay que añadir la necesidad de un daño o perjuicio que impida el libre desarrollo de la personalidad del menor o que incida negativamente en el mismo²⁸². Un daño que, como veremos, puede ser de orden físico, moral o psicológico y no sólo de naturaleza exclusivamente económica.

El incumplimiento de los deberes que son la causa del perjuicio sobre el desarrollo integral de la personalidad del menor, y que según su gravedad o repercusión sobre la misma, pueden dar lugar a la privación de la patria potestad, son a los que el Código Civil español hace referencia en la regulación que a la patria potestad dedica en los artículos 154 a 168.

Como ya se ha hecho hincapié al tratar los deberes y facultades de los padres en la patria potestad, el artículo 154 del Código Civil, modificado por la Ley 15/2015 señala que, la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

²⁸² En ROMERO COLOMA, A. M. “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2015 edición electrónica

2. Representarlos y administrar sus bienes.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad (la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, suprimió el último inciso de este precepto, que establecía que “podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”). Y de conformidad con el artículo 160 del Código civil, los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161, según adición esta última de la ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor (artículo 161 del Código Civil).

Los menores de edad carecen de la capacidad de obrar para actuar en la vida jurídica, por lo que deberán ser representados por los titulares de la patria potestad. En tal sentido en el artículo 162 CC, modificado por la Ley 15/2015, y en el artículo 163 del Código Civil se establecen una serie de normas al respecto:

En primer lugar, los progenitores que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1. Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.
2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Por otro lado, siempre que en algún asunto los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando éstos tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.

El artículo 170 del Código Civil establece las causas de privación de la patria potestad, por tanto, los progenitores “podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

El beneficio del propio menor ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar y el de la privación de la potestad de los padres.

Esta medida de la privación, por su especial gravedad, ha de ser excepcional y adoptarse con suma cautela, atendiendo a las circunstancias del caso concreto; lo que implica que no basta para su adopción cualquier clase de incumplimiento, sino que éste debe ser grave, bien por la intensidad del peligro o ataque que supone la conducta paterna para los intereses del hijo, o bien por su reiteración o duración en el tiempo, teniendo siempre como principio normativo esencial en toda decisión judicial, como en cualquier otra que afecte a los hijos, el beneficio o interés de los mismos, para proteger sus derechos recogidos en el propio artículo 170 en relación con el artículo 39 de la CE, y los artículos 92 y 154 del Código Civil.

Se trata de una medida temporal (salvo en el supuesto de adopción), que no tiene carácter irreversible, en cuanto es posible su recuperación, siempre que haya cesado la causa que motivó la privación, y lo aconseje el interés del menor

La privación de la patria potestad por causa civil ha de ser decretada judicialmente, fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, motivo que ha de probarse, y puede ser total o parcial.

Las conductas o comportamiento de los progenitores que suponen un incumplimiento de los deberes que derivan de la patria potestad han de tener relevancia sobre la esfera de sus hijos menores de edad, implicando necesariamente que va a provocar un daño o perjuicio en la personalidad de éstos, pues la privación de la patria potestad representa una medida dirigida a procurar una adecuada protección al menor y se adopta en su propio interés o beneficio.

Para que surta efecto la privación de la patria potestad, no resulta necesario que al incumplimiento de los deberes de los que son titulares los padres, se exija necesariamente una culpabilidad o negligencia en su actuación, se requiere simplemente que se haya producido un daño o perjuicio derivado de una conducta incumplidora, en consecuencia, se atiende a criterios de imputación objetiva y no subjetiva. La medida de protección que supone la privación en la patria potestad actúa sobre la base de un daño ocasionado a un hijo menor de edad por quienes están obligados a procurar su bienestar y protección, sin influir para ello la calificación de este comportamiento. Basta la imputación objetiva de una conducta que ha generado daño o perjuicio en la situación de un hijo menor de edad, para que resulte aplicable esta medida.

Lo determinante es la gravedad del perjuicio que un incumplimiento de los deberes inherente a la patria potestad por los progenitores puede producir en el bienestar del hijo menor de edad, con independencia de cómo se quiera calificar tal comportamiento, no garante de los derechos de aquellos.

Con independencia de que tal daño o perjuicio haya sido consecuencia de la actuación de terceras personas o sin su participación, pero se haya derivado el daño como consecuencia de una falta de intervención, es decir, en una omisión en el cumplimiento de los deberes básicos que forman parte del derecho-deber que representa la patria potestad.

Los cauces procesales para solicitar la privación de la patria potestad en materia civil también vienen recogidos en el artículo 170 del Código Civil: el procedimiento ad hoc, cuyo objeto principal lo constituye precisamente la adopción de esa medida, y en un procedimiento

a) Procedimiento ad hoc de privación de la patria potestad. Aunque la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no establece expresamente un procedimiento especial para la privación de la patria potestad, parte de la doctrina de considerar como cauce adecuado el declarativo ordinario al amparo del artículo 249.2 LEC²⁸³, por ser aquella medida una materia que afecta al estado civil de las personas, de carácter

²⁸³ El artículo 248.1 de la LEC establece “Toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación, será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda

indisponible y no susceptible de valoración económica, esto es de cuantía inestimable. Si bien, no faltan quienes, a la vista de la legislación vigente, optan por considerar que este procedimiento debe sustanciarse con arreglo al proceso declarativo especial del Capítulo IV: «De los procesos matrimoniales y de menores», del Título I del Libro IV titulado: «De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», artículos 748²⁸⁴ y 753 del dicho cuerpo legal. El procedimiento al amparo de lo establecido en el artículo 158 del Código Civil interesando las medidas de protección del menor ante la gravedad de unos hechos acaecidos que revelan un peligro para el menor, por el que se solicita al juez tomar las medidas oportunas para protegerlo, también es otra opción. Estas medidas solicitadas, en virtud de este artículo podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, debe ser preferente y por su rapidez y urgencia estaría más en consonancia con las medidas solicitadas.

La jurisdicción competente es la civil, atribuyéndose a los jueces de familia, o, de no haberlos, a los jueces de primera instancia la competencia objetiva para enjuiciar la privación de la patria potestad de los progenitores. Asimismo, la competencia territorial corresponde al juez del domicilio del demandado, según establece el artículo 50 LEC. Si aquel no tiene su domicilio ni residencia en España, se acude al juez del domicilio del actor.

La legitimación activa a falta de una mención específica de aquella en la legislación, corresponde aplicar analógicamente lo dispuesto respecto las acciones innominadas de protección del menor contenidas en el artículo 158 del Código Civil. De forma que están legitimados los progenitores del menor de edad o cualquier pariente, el propio menor de edad no emancipado, el Ministerio Fiscal o el propio Juez de oficio, así como la Administración Pública que tenga encomendada la protección de menores en situación de desamparo tendrán legitimación para solicitar tal medida. Tanto el citado artículo 158 como los artículos 236-3.2 y 236-6.4 del Código Civil catalán, legitiman a los parientes del menor de edad que se encuentre en situación de peligro para solicitar medidas judiciales de protección, entre las que se encuentra, la privación de la patria potestad. Por

²⁸⁴ Este artículo fue modificado por el apartado cinco de la disposición final tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («B.O.E.» 3 julio)

su parte, la legitimación pasiva corresponde a los progenitores titulares de la misma a quienes pretendan privarse de la patria potestad.

La privación de la patria potestad a los progenitores que causan un perjuicio o daño a los hijos que se encuentran bajo su potestad, al optar por un comportamiento incumplidor, consistente en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad tanto, respecto a los menores de edad no emancipados, como de los mayores de edad incapacitados, cuya patria potestad haya sido prorrogada o rehabilitada, constituye el objeto del proceso²⁸⁵.

Con independencia de quien haya iniciado el procedimiento judicial de privación de la patria potestad, deben intervenir en el proceso tanto los progenitores del menor de edad, como éste.

Asimismo, es posible la acumulación de acciones que, tienen cauces procedimentales diferentes por razones de economía procesal. En este sentido, se puede acumular en un mismo proceso la privación de la patria potestad del progenitor, la fijación de una pensión de alimentos a su cargo y la reclamación de la filiación extramatrimonial respecto a él. Existe la posibilidad de la revisión de casación de las resoluciones dictadas por los Tribunales de apelación, aun constituyendo un supuesto excepcional, fundado sobre la base de que el Tribunal sentenciador ha ido más lejos de lo razonable y si se hiciera patente un error de hecho o de derecho que se desprenda de la apreciación de las pruebas. Estamos ante una facultad reglada que, exige siempre en su aplicación tener presente el interés del menor; de forma que, si no se tiene en cuenta éste, puede proceder la casación.

El problema, en este sentido, surge cuando se resuelve tanto en las dos instancias mediante Auto (medias urgentes del 158 del Código Civil, por ejemplo), sin posibilidad de revisión en casación.

b) Proceso matrimonial de nulidad, separación y divorcio: La privación de la patria potestad de uno de los progenitores puede decretarse en la sentencia que pone fin a un

²⁸⁵ Vid. al respecto IGLESIA MONJE, M.I. de la. Privación de la patria potestad. Incumplimiento de deberes familiares. Revista crítica de derecho inmobiliario. Año núm. 81, nº 690, 2005 pp. 1433-1439

proceso matrimonial con arreglo al procedimiento especial, que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 770 a 777. El artículo 92 del Código Civil permite expresamente que la sentencia de nulidad, separación o divorcio acuerde también la privación de la potestad de uno o ambos progenitores, norma que se complementa con el artículo 170 del mismo cuerpo legal. En este procedimiento especial, la solicitud de la medida de privación de la patria potestad se acumula al resto de las medidas definitivas, que acompañan a la demanda principal. La sentencia habrá de pronunciarse, en consecuencia, sobre la oportunidad o no de la medida de privación. No se puede solicitar en la fase de medidas provisionales previas del artículo 771 LEC, ni en las derivadas de la admisión de la demanda del artículo 773 LEC, ya que entre las medidas provisionales, el artículo 103 del Código Civil, no se hace referencia a la privación de la patria potestad. Además, la resolución mediante auto de las medidas provisionales excluye también que se pueda adoptar como contenido de las mismas la privación de la potestad, al tener necesariamente que dictarse en sentencia. Tampoco podrá convenirse que forme parte del convenio regulador, pues, no es posible un pacto sobre la privación de la patria potestad, al ser una materia de orden público que está sustraída a la libre disposición de los progenitores, siendo nulo cualquier pacto que tenga por finalidad privar total o parcialmente de la potestad a cualquiera de los progenitores. En todo caso, cabe privar de la patria potestad a éstos en fase de ejecución de sentencia del proceso matrimonial, sobre la base de lo previsto en el artículo 91 del Código Civil, que permite al Juez adoptar en sentencia de nulidad, separación o divorcio o en ejecución de las mismas, las medidas que estime oportunas en relación con los hijos, de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes, entre los que se encuentra el artículo 92.3 del Código Civil y por razones de economía procesal. Igualmente, en un procedimiento de modificación de medidas cuando se acredite una modificación sustancial de las circunstancias, como puede ser un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paternos por parte de uno de los progenitores que ponga en peligro al hijo menor.

El Tribunal Supremo mediante sentencia 621/2015 en fecha 9 de noviembre de 2015, Sala de lo Civil, aplica el artículo 170 del Código civil, en relación con el artículo 154 del mismo cuerpo legal y se pronuncia sobre el interés del menor. En esta sentencia el Tribunal establece que el grave y reiterado incumplimiento del deber de satisfacer la pensión de alimentos y del régimen de visitas por parte de un progenitor, justifica que proceda, en beneficio del menor, la privación de la patria potestad de dicho progenitor.

En esta sentencia se tienen en cuenta los graves y reiterados incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, sin causa justificada y desde que la menor contaba con escasa edad. Entiende el Tribunal que por todos estos motivos había quedado afectada la relación paternofilial de manera será, por lo que justifica que se proceda a la privación de la patria potestad del progenitor recurrente, en beneficio de la menor, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles de futuro conforme a derecho.

La sentencia parte de los siguientes hechos probados: la menor nació el 13 de junio de 2006 y en julio de 2007 se dictó sentencia por la que se condenaba al demandado como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, sin que, en cumplimiento de la sentencia penal, acudiese al punto de encuentro a relacionarse con su hija, sin causa justificada. En la sentencia de divorcio de fecha 23 de julio de 2010, fecha en la que la menor tenía cuatro años, se recoge que el demandado admite que hace al menos un año que no ve a su hija y que tuvo problemas de toxicomanía, manifestando que consumía cocaína y porros, esta falta de contacto fue la que aconsejó un régimen de visitas progresivo a desarrollar en el punto de encuentro, sin que tampoco lo haya cumplido, no habiendo existido conducta obstruccionista de la madre para evitar los encuentros, constatándose un reiterado incumplimiento por el progenitor de las obligaciones que venían impuestas en las sentencias y una absoluta dejación de los deberes más elementales para con su hija, que comenzó ya cuando la menor contaba con temprana edad, afectando directamente a la relación paternofilial, hasta el punto de provocar que la menor no tenga relación con su padre.

En base a esos hechos, la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo, procede a confirmar las sentencias dictadas en las anteriores instancias, en base a los siguientes fundamentos de derecho:

“[...] El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno

desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido.

De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma²⁸⁶.

Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014, Rc.718/2012 , que “la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil , pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996 ; 10 noviembre 2005)”.

A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la Sala (STS de 6 febrero 2012, Rc2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, “[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho “(STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes, la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias “exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]” 5 Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor.

²⁸⁶ Vid. IGLESIA MONJE, M.I. de la. *Ibid.* pp. 1435-1439

Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre, confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo).

La sentencia recurrida, partiendo de la doctrina que se ha expuesto, ha valorado los hechos que ha declarado probados con los criterios discrecionales, pero de racionalidad, que exige el ordenamiento jurídico. Así califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el Tribunal de instancia [...].”

En el caso, la Sala aprecia que la conducta del padre demandado, que no se relacionaba con su hija, ni acudía al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, sin causa justificada que comenzó ya cuando la menor contaba muy temprana edad, afectando directamente a la relación paterno-filial, hasta el punto de provocar que la menor no tenga relación con su padre, es lo que justifica la privación de la patria potestad.

Por su especial interés se reproduce la mencionada sentencia:

“En la Villa de Madrid, a nueve de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Iván, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 264/13, dimanante de los autos de juicio sobre atribución exclusiva de patria potestad y alimentos de su hija menor, dimanantes del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Violencia sobre la Mujer de Palma de Mallorca.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente la procuradora doña Susana Gómez Cebrián en nombre y representación de don Iván.

No se ha personado parte recurrida ante esta Sala. Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1. La procuradora doña Esperanza Nadal Salóm, en nombre y representación de doña Leticia, formuló demanda de juicio ordinario, contra don Iván. En el suplico de la demanda solicitaba al Juzgado dictase sentencia en los siguientes términos:

“[...] se declare que don Iván queda privado de la patria potestad que ostentaba respecto de la hija menor doña Sonia, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, y obligado a abonar en concepto de alimentos a la hija la cantidad de ciento cincuenta euros mensuales en las condiciones establecidas en sentencia de 23 julio 2010, condenando al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones y al pago de las costas de este procedimiento.” 2. El Ministerio Fiscal contestó a la demanda solicitando al Juzgado:

“[...] que teniendo por contestada la demanda y por opuesto el Ministerio Fiscal a la estimación de la misma y dar a los autos el curso correspondiente, dictando sentencia en interés de/los menor/es.

3. Por diligencia de fecha 30 de julio de 2012 se declaró en rebeldía a la parte demandada por no haber comparecido en autos.

4. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Violencia sobre la Mujer de Palma de Mallorca, dictó sentencia el 19 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: “FALLO: Que, estimado sustancialmente la demanda promovida por la Procuradora de los Tribunales Doña ESPERANZA BADALSALOM, en nombre y representación de Doña Leticia debo declarar y declaro los siguientes pronunciamientos: 1.º.-Se atribuye a Doña Leticia el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre la hija menor de edad, Sonia, habido de su relación con DON Iván. 2.º.-No se hace especial pronunciamiento en costas” Tramitación en segunda instancia.

5. La anterior sentencia fue recurrida en apelación por la representación procesal de don Iván correspondiendo su resolución a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó sentencia el 25 de marzo de 2014, cuyo fallo es como sigue: “ FALLAMOS : 1) QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Castro Rabadán,

en nombre y representación de D. Iván, contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2012, dictada por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado n.º 2 de Violencia sobre la Mujer en los autos juicio ordinario de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, DEBEMOS CONFIRMARLA y la CONFIRMAMOS en todos sus extremos y pronunciamientos.

2) No ha lugar a especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en esta alzada” Interposición del recurso de casación.

6. El Procurador don José Castro Rabadán, en nombre y representación de D. Iván, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en un motivo único, al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 170 del Código civil y subsidiariamente se invoca como vulnerado el principio de Seguridad Jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, cuya violación es reconducible al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, y ello así expuesto actualmente existen sentencias contradictorias de las distintas Audiencias Provinciales referidas a la patria potestad, cuestión ésta expresamente mencionada por la resolución recurrida.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, compareció el Ministerio Fiscal. La Sala dictó Auto el 20 de mayo del 2015, cuya parte dispositiva dice:

“1.º.- ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Iván, contra la sentencia dictada, con fecha 25 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 264/13, dimanante de los autos de juicio sobre atribución exclusiva de patria potestad y alimentos de hija menor n.º 188/11 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 2 de Palma de Mallorca.2.º.- Entréguese copia del escritos de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, al Ministerio Fiscal para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría” 8. El Ministerio Fiscal emitió informe impugnando el recurso de casación interpuesto.

9. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de octubre de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO. - Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen.

1. La representación de la parte actora doña Leticia presentó, con fecha 27 de diciembre de 2011, demanda de privación de la patria potestad y régimen de visitas de la hija menor de edad común de los litigantes, contra don Iván.

2. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 19 de septiembre de 2012 atribuyendo a doña Leticia el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre la hija Sonia, menor de edad, habida de su relación con don Iván.

3. El Órgano Judicial motivó su decisión en atención a los siguientes hechos: (i) La menor nació el 13 de junio de 2006 y en julio de 2007 se dictó sentencia por la que se condenaba al demandado como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, sin que, en cumplimiento de la sentencia penal, acudiese al punto de encuentro a relacionarse con su hija, sin causa justificada; (ii) En la sentencia de divorcio de fecha 23 de julio de 2010, fecha en la que la menor tenía cuatro años, se recoge que el demandado admite que hace al menos un año que no ve a su hija y que tuvo problemas de toxicomanía, manifestando que consumía cocaína y porros; (iii) Esta falta de contacto fue la que aconsejó un régimen de visitas progresivo a desarrollar en el punto de encuentro, sin que tampoco lo haya cumplido, manifestando la madre en juicio que hacía cuatro años que no veía a la menor; (iv) No ha existido conducta obstruccionista de la madre para evitar los encuentros;

(v) Lo que se ha constatado es un reiterado incumplimiento por el demandado de las obligaciones que venían impuestas en las sentencias y una absoluta dejación de los deberes más elementales para con su hija, que comenzó ya cuando la menor contaba muy temprana edad, afectando directamente a la relación paterno-filial, hasta el punto de provocar que la menor no tenga relación con su padre; (vi) Corolario de los anteriores hechos es la estimación de la demandada, en cuanto a la privación al demandado de la patria potestad de la menor, de conformidad con el artículo 170 del Código Civil.

4. La representación procesal del demandado interpuso recurso de apelación contra la indicada sentencia, del que conoció la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó sentencia el 25 de marzo de 2014 por la que desestimaba el mismo.

5. El Tribunal de instancia se apoya en sentencias de esta Sala (STS de 5 de marzo de 1998 y 11 de octubre de 2004) para decidir sobre la privación de la patria potestad del progenitor que durante años ha hecho absoluta dejación de los deberes propios de la

institución (art. 154 del Código Civil), negando que tal dejación obedezca a habersele obstaculizado el desempeño de sus funciones, que ha tenido lugar tanto en lo afectivo como en lo económico una prolongación desmesurada en el tiempo, hasta convertirse en incumplimiento grave y reiterado de deberes. El Tribunal hace suya la extensa ponderación de la sentencia de la primera instancia. Añade que ello no impide (STS de 5 de marzo de 1998) que en el futuro, y en beneficio de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieran cesado las causas que motivaron la privación (art. 170, párrafo segundo, del Código Civil).

Tampoco imposibilita la decisión que se acuerda el que el demandado pueda relacionarse con su hija en los términos del artículo 160 del Código Civil si así se solicita y se considerase, en su caso, procedente en el futuro.

6. La representación procesal del demandado interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC, en los términos que más adelante se recogerán, que fue admitido por Auto de la Sala de 20 de mayo de 2015 y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por el Ministerio Fiscal por entender en esencia, que prescinde de los hechos declarados probados y, por ende, no se compadecen con estos la doctrina de las sentencias que se citan como referencia de interés casacional.

Recurso de Casación.

SEGUNDO.- Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.

El recurso de casación, se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC por infracción del artículo 170 del Código Civil y del artículo 39.1 de la Constitución Española. El interés casacional se funda en la existencia de doctrina jurisprudencial contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la privación de la patria potestad por impago de pensiones e incumplimiento del régimen de visitas.

En un sentido acorde con la sentencia recurrida, cita otra sentencia de la misma Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 7 de noviembre de 2005 que consideran como incumplimiento grave inherente a la patria potestad no ejercitar el régimen de visitas y el impago de pensiones.

En sentido contrario cita las sentencias de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Albacete de 4 de septiembre de 2009 y 30 de noviembre de 2012 que no consideran incumplimientos graves de la patria potestad para proceder a su privación, el no ejercitar el régimen de visitas y el impago de pensiones.

TERCERO.- Decisión de la Sala.

1. *El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.*

2. *Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014, Rc718/2012, que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996; 10 noviembre 2005)".*

3. *A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la Sala (STS de 6 febrero 2012, Rc2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, "[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho "(STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]." Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor.*

Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

4. Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre, confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo).

5. La sentencia recurrida, partiendo de la doctrina que se ha expuesto, ha valorado los hechos que ha declarado probados con los criterios discrecionales, pero de racionalidad, que exige el ordenamiento jurídico.

Así califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el Tribunal de instancia.

6. Consecuencia de lo razonado es que el motivo no pueda estimarse, al no vulnerar la doctrina de la Sala. Hay sentencias que se han pronunciado en otro sentido pero por causas que aquí no se dan ni concurren conforme al factum de la sentencia recurrida. En algún caso era porque se olvidaban los hechos probados (STS 900/2005, de 10 octubre), o porque el padre desconocía el paradero de la hija a causa de que la madre se lo había ocultado (STS 654/2004, de 12 julio; 1127/2003, de 27 noviembre), o por no existir un incumplimiento reiterado (STS 998/2004, de 11 octubre) 7. Conforme a lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC procede imponer al recurrente las costas del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Iván, presentó recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª), en el rollo de apelación n.º 264/13, dimanante de los autos de juicio sobre atribución exclusiva de patria potestad y alimentos de hija menor n.º 188/11 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 2 de Palma de Mallorca.

2. *Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.*

3. *Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.*

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y Rubricado.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Eduardo Baena Ruiz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico

4. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CAUSA CRIMINAL

En los procesos penales se puede llevar a cabo la privación de la patria potestad y la inhabilitación para el ejercicio de la misma.

Como ya se ha expuesto, de acuerdo con el artículo 170 del Código Civil, las causas civiles de la pérdida total o parcial de la patria potestad que pueden fundamentarse en:

- El incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.
- Determinada en causa matrimonial.
- Dictada en causa criminal

La normativa civil, admite que la privación de la patria potestad pueda dictarse en un proceso penal, aunque dicha privación es motivada por causas distintas a las civiles.

La Doctrina jurisprudencial concretó la aplicación de las normas civiles por el Juez penal en Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1994, donde se declaró que sólo permiten acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado han llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad, sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes, pronunciándose de igual modo el Tribunal Supremo por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 26 de mayo de 2000.

Pasados unos meses, estos criterios cambian sustancialmente con la importante Sentencia del Tribunal Supremo 780/2000, de 11 septiembre, a la que se hace referencia en otras

muchas posteriores y que vino a interpretar dicho extremo: “La privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio cometido contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal”. Dicha privación de la patria potestad no puede justificarse por el incumplimiento de las normas de Derecho de familia. Es una cuestión de competencia objetiva, dejando al juez penal el conocimiento y enjuiciamiento de la causa criminal, configurándose la privación de la patria potestad como una pena principal o accesoria, de acuerdo con la norma penal.

La conclusión que podemos extraer de esta sentencia es que, en un proceso penal no se privará de la patria potestad con base en un incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (tal como puede suceder en el proceso civil), sino en aquellos supuestos en los que el Código Penal establezca expresamente como pena la de privación de patria potestad por la comisión de determinadas figuras delictivas.

Luego, esta “privación penal” puede ser principal o accesoria. El art. 192.3 CP²⁸⁷ establece que será una pena principal en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, debiendo ser el agresor progenitor de la víctima. Se trata de una pena que será impuesta si el juez así lo determina motivadamente, siendo pues, una facultad discrecional del mismo.

Sin embargo, la privación se establecerá como accesoria en los delitos que conlleven la prisión como pena principal. Así, según el art. 55 CP, puede imponerse como accesoria si el delito guarda relación con la patria potestad, debiendo ser la pena superior a diez años y como alternativa a la inhabilitación de la patria potestad. También, el art. 56 CP

²⁸⁷Art. 192.3 CP.: El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años. A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el condenado.

El número 3 del artículo 192 fue redactado por el número ciento cinco del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

prevé la posibilidad de establecer tanto la privación como la inhabilitación de la patria potestad como accesorias, en los delitos cuya pena es inferior a diez años.

Así pues, en el ámbito penal, junto a la privación, existe lo que se conoce como inhabilitación de la patria potestad.

La figura de la inhabilitación se encuentra regulada en el CP como una pena privativa de derechos. En determinados casos se aplicará de forma preceptiva y en otros de forma facultativa²⁸⁸.

La inhabilitación impone una privación de derechos que afecta al sujeto contra el que existe una sentencia de condena penal. La finalidad de esta medida radica en la protección del desarrollo personal del menor de edad debido a un mal uso del ejercicio de la patria potestad por el sujeto privado de ella.

Las consecuencias de la inhabilitación derivan del art. 46 CP, de modo que con ella, el sujeto afectado pierde el ejercicio de los derechos de la patria potestad, aunque por el contrario, conserva los deberes. De esta forma, el sujeto está obligado a proporcionar alimentos y todo cuanto necesite al menor. A su vez, sigue conservando la titularidad de la patria potestad, aunque se limita su ejercicio. Además, entre otras potestades, éste puede pedir información sobre la educación de su hijo, por ejemplo.

Esta inhabilitación puede ser principal o accesoria. Será principal en dos casos: por un lado en aquellos delitos regulados en los arts. 221 CP y 225 bis CP y cuando el juez la imponga de manera potestativa, junto con la pena de prisión si lo estima oportuno, para proteger el interés del menor. Por el contrario, la inhabilitación será accesoria, según lo dispuesto en el art. 56 CP, para penas inferiores a diez años, siempre que se den dos requerimientos adicionales como son la gravedad del delito y la necesidad de un nexo causal entre el derecho de patria potestad y el delito que se ha cometido.

Aunque ambas figuras estén configuradas en el CP como penas privativas de derechos, entre ellas subsisten diferencias. La diferencia entre privación e inhabilitación estriba

²⁸⁸ Cfr. RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, C. Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, Sala 2ª, 28.4.2006. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2007

fundamentalmente en la temporalidad. La inhabilitación se considera como una pena temporal puesto que al cumplirse la condena impuesta por el juez, el sujeto recupera el ejercicio de la patria potestad. A diferencia de lo que ocurre con la privación, ya que para recuperar la patria potestad de la que el juez privó en sentencia se necesita de otra sentencia en la que se establezca la recuperación de la misma. En la privación se pierde la titularidad de la patria potestad, pero se mantienen las obligaciones para con el hijo. Sin embargo, en la inhabilitación no se pierde la titularidad de la patria potestad, supondría la pérdida del ejercicio de los derechos. Otra diferencia con respecto a estas dos figuras sería la referida a la prescripción de la pena.

En la privación, al no haber impuesto el juez una duración determinada, se considera una pena imprescriptible, al contrario de lo que sucede con la inhabilitación, que al sujetarse a un plazo de duración impuesto por el juez, es susceptible de prescribir, siendo de aplicación a la misma el régimen penal de prescripción de las penas²⁸⁹.

Volviendo a la sentencia 780/2000, de 11 septiembre del Tribunal Supremo, resaltar que viene a concretar que el artículo 170 del Código Civil dispone en efecto que «el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial», pero este precepto, no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación –en el proceso civil o en el proceso penal– de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes; sino que para privar de la patria potestad la alternativa se establece precisamente entre, de una parte, una Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella y, de otra parte, una Sentencia dictada en causa criminal, es decir, que o bien se priva de la patria potestad por Sentencia fundada en tal incumplimiento o bien se priva de ella en una causa criminal. Por tanto, lo que necesariamente supone que no cabe en proceso penal privar de la patria potestad por razón del cumplimiento obligatorio que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir, en el Código Penal. No supone, el artículo 170 del Código civil, una atribución a la jurisdicción penal de la facultad de aplicar las normas civiles de privación total o

²⁸⁹ REYES CANO, P. “La patria potestad a examen ante la violencia de género”. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. Vol. 51, 2017, pp. 335-356

parcial de la patria potestad como una facultad distinta de la de su imposición como pena principal o accesoria de un delito.

En igual criterio se han pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, núm. 1/2015, de 23 de enero, que recoge que “el legislador ha condicionado la imposición de la pena de privación del ejercicio de la patria potestad a que tuviera relación directa con el delito cometido”, en ningún caso pudiendo tener una aplicación automática.

Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de diciembre de 2014, con la privación de la patria potestad no se pretende castigar el comportamiento de los progenitores por incumplir estos deberes inherentes del art. 154 CC, sino proteger el interés de los menores. En esta sentencia se puede observar cómo el tribunal privó de la patria potestad a los padres de una menor debido a la desatención que ésta había sufrido desde su nacimiento. La madre alegó en su defensa que carecía de medios económicos para hacerse cargo de la niña; sin embargo, el tribunal consideró que “nada justifica la falta de apego, cariño y atención personal”.

Este incumplimiento de deberes inherentes también puede dar lugar a una declaración de desamparo, como podemos contemplar en la STS de 6 de junio de 2014. En esta sentencia el menor sufrió numerosas lesiones, así como un “abandono emocional” constante por parte de sus progenitores. Estos hechos dieron lugar a la declaración de desamparo del menor con la posterior privación de la patria potestad a ambos progenitores. El tribunal consideró que, precisamente la declaración de desamparo conllevaba haber incumplido los deberes inherentes a la patria potestad y, mientras esta declaración permaneciera, se presumirían incumplidos estos deberes, correspondiendo a quien alegase lo contrario la carga de la prueba.

Es de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Septiembre de 2015 que casa una sentencia que condena por delito de homicidio, en grado de tentativa, del compañero sentimental a su pareja en presencia de la hija común de 3 años de edad. Se interpuso recurso del Ministerio Fiscal que impugna la decisión del Tribunal de instancia porque no privó de la patria potestad sobre la hija menor común ni adoptó la pena de alejamiento. La AP Guadalajara condenó por sendos delitos de asesinato en grado de

tentativa agravado por parentesco y quebrantamiento de medida cautelar a penas de 13 años y 6 meses de prisión, inhabilitación absoluta y prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, así como a indemnizarla con 37.705 euros en concepto de responsabilidad civil.

No obstante, la Audiencia Provincial de Guadalajara no impuso pena alguna con respecto a la hija menor. La justificación del tribunal de instancia para descartar una pena accesoria de inhabilitación o privación de la patria potestad fue que ésta no era una pena automática, y su naturaleza no vinculante, así como la falta de prueba de que los hechos eran perjudiciales para el menor, remitiéndose al ámbito civil para instar nuevamente la cuestión., literalmente argumenta “No procede por tanto, imponer la pena de privación de patria potestad, sin perjuicio de que como ya se dijo en la sentencia de esta sala de fecha 17 de octubre de 2014, que: "En cualquier caso y en el seno del procedimiento civil tendrán las partes mayor libertad de alegación y prueba pudiendo en aquella sede debatir nuevamente esta cuestión".

El Tribunal Supremo destaca que “La decisión del Tribunal de instancia fue irrazonable, no acorde con el derecho y muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre, efectuado por su padre, en el caso, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad, que por ello resulta incompatible. La acción del acusado, además de un delito contra la madre de la menor, representa un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado” asevera el TS. Es patente que el hecho de haber presenciado la menor el ataque de su progenitor a su madre acuchillándole repetidas veces constituye un dato que acredita suficientemente el nexo entre el delito y el perjuicio para el desarrollo integral de la menor que se vería victimizada del hecho de mantener el padre la patria potestad y del derecho de visitas, por lo que se cumple el requisito de conexión que exige el art. 50 CP. La pena de privación de la patria potestad en relación a su hija menor y asimismo a la pena de alejamiento de la indicada menor hasta que ésta llegue a la mayoría de edad, prohibiéndole al condenado aproximarse a distancia inferior a mil metros al lugar donde se encuentre, así como comunicarse con ella por cualquier medio.”

Señala la sentencia del Tribunal Supremo que “Ciertamente, repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencia el severo intento del padre de asesinar a su madre.

Hay que recordar que la patria potestad se integra, ex art. 154 C civil por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor.

Procede en consecuencia estimar el recurso del Ministerio Fiscal, habida cuenta de que la decisión negativa del Tribunal de instancia no responde al canon de razonabilidad y motivación”.

El presente caso es idéntico al analizado en la sentencia indicada 780/2000, de 11 de septiembre, pero ya en 2015 se contaba con la nueva redacción del artículo 55 del Código Penal que prevé la imposición de tal pena en cualquier delito sancionado con pena igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad.

Resumiendo, el Tribunal Supremo al modificar su criterio esgrime los siguientes argumentos que vienen recogidos en el fundamento de derecho quinto de la sentencia:

"Quinto. ...

En la actualidad, existe en el Código penal desde la LO 5/2010 cuatro expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad.

Una se encuentra en el artículo 55 del Código penal que la prevé como potestativa y con naturaleza de accesoria para toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad.

Las otras tres proceden del texto original de la LO 10/1995 del nuevo Código Penal, y se encuentran en los artículos 192 relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad

sexuales, en el artículo 226 delitos contra las relaciones familiares y en el artículo 233, también dentro del mismo título.

En todos los casos su imposición no es vinculante sino potestativa lo que exige una específica motivación.

La peculiaridad de la posible imposición de tal pena de privación de la patria potestad prevista en el art. 55 del CP es que aparece prevista, con carácter potestativo pero de forma general en todo delito castigado con pena igual o superior a diez años, exigiéndose una vinculación entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad. "Relación directa" exige el tipo penal.

En general, la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las SSTS de 6 de Julio 2001, la nº 568/2001, la nº 750/2008 de 12 de Noviembre y la 780/2000 de 11 de Septiembre. En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex art. 170 Código civil. El caso al que se refería la STS 780/2000 era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común.

El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de Mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad, estimando el recurso del condenado.

El presente caso es idéntico al analizado en la sentencia indicada 780/2000, pero actualmente se cuenta con la nueva redacción del art. 55 CP que prevé la imposición de tal pena en cualquier delito sancionado con pena igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad.

El Tribunal de instancia rechaza tal imposición dada su naturaleza pero no vinculante [sic] y de no aparecer en el hecho probado los datos objetivos que justifique [sic] "....la

necesidad de su imposición, pues no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado....".

En el factum se recoge expresamente que el acuchillamiento de la madre por el recurrente fue efectuado en presencia de la menor, que a la sazón tenía tres años, dato que el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción, además de un delito contra la madre de la menor, un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado.

De aquí extraemos en este control casacional que si bien le corresponde al Tribunal sentenciador valorar la existencia de un nexo entre el delito y el desarrollo integral de la menor, es claro que la revisión de la decisión negativa del Tribunal solo puede ser revisada en esta sede casacional cuando aparezca inmotivada o sea arbitraria. Pues bien, se está en el caso de considerar que la decisión del Tribunal de instancia no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad, que por ello resulta incompatible y por tanto aparece sin justificación razonable la decisión del Tribunal de instancia, máxime si se tiene en cuenta que se incurre en una contradicción patente con lo decidido por la misma Audiencia en el auto de 15 de Abril de 2014, que ante la petición de una pericial por parte de la defensa tendente a acreditar si podía existir algún perjuicio para la menor de visitar a su padre en prisión, la clara y contundente decisión del Tribunal fue la de denegar tal prueba por ser patente los perjuicios que para la menor se requerían de permitirle visitar a su padre en prisión.

Textualmente se dice en el auto argumentando la innecesariedad de tal prueba pericial: "...Resulta evidente que habiendo presenciado la agresión a su madre, las consecuencias resultaran claramente negativas. En segundo lugar, porque la práctica de tal prueba, insistimos inútil para los hechos que constituyen el objeto de esta causa, podría perjudicar a la menor dada su corta edad, agravando el proceso de victimización de la misma, cuyo interés ha de ser siempre priorizado y objeto de una primordial y preferencia protección....".

Si durante la tramitación de la causa se razonó por el Tribunal de este modo, no puede por menos de sorprender, negativamente que después del dictado de la sentencia se olviden tales argumentos y no se prive ni de la patria potestad, ni del derecho de visitas, ya que tampoco se le impone la pena de alejamiento.

Ciertamente, repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre.

Hay que recordar que la patria potestad se integra, ex art. 154 Código civil por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor.

Procede en consecuencia estimar el recurso del Ministerio Fiscal, habida cuenta de que la decisión negativa del Tribunal de instancia no responde al canon de razonabilidad y motivación. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, relativa a la pena de alejamiento del padre en relación a su hija menor, como simple consecuencia de la privación de la patria potestad de acordarse asimismo, en ambos casos en los términos que se dirá en la segunda sentencia."

De este modo, el TS modifica su criterio y admite que el orden penal puede privar, a un condenado, del ejercicio de la patria potestad ex art. 55 CP.

Destaca que no debe esperarse a que un tribunal civil se pronuncie. Debe acordarse la privación de la patria potestad en el propio proceso penal, evitando dilaciones siempre perjudiciales, en casos como el presente, que pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor, cuando el fin primordial de la institución de la patria potestad es precisamente velar por el interés de los menores. En una de las sentencias analizadas se priva al condenado de la patria potestad de los cuatro hijos menores de edad por haberles privado de su madre, ya que estaban bajo su custodia y era su cuidadora natural.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial dicha privación puede extenderse también al otro progenitor cuando, aunque no sea el autor de los delitos contra su hijo, no ha cumplido su deber de proteger al hijo ya que, al tener la patria potestad, es su deber garantizar la salud e integridad física y moral de sus hijos.²⁹⁰ "Cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante". (en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 26-10-2009, nº 1061/2009).

En cuanto a otros delitos como incumplimiento de medidas en un proceso matrimonial que sean constitutivos de un delito de desobediencia, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, de 23 de marzo de 2007, nº 285/2007 ha dejado claro que no puede imponerse una pena o medida de seguridad que no esté prevista en el tipo penal por lo que no pueden ser causantes de la privación de la patria potestad, al menos por esta vía del procedimiento penal, aunque sí tendría cabida en vía civil

4.1. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO PENA PRIVATIVA DE DERECHOS. ESPECIAL REFERENCIA EN LOS DELITOS RELATIVOS A VIOLENCIA DE GÉNERO

Mientras el Código Penal de 1973 contemplaba la posibilidad de que los tribunales penales pudieran privar del derecho de patria potestad ante determinados delitos, el Código Penal de 1995 no preveía expresamente dicha posibilidad. Así, en el artículo 39, apartado b), se hacía referencia entre las penas privativas de derechos a la inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad y el artículo 46²⁹¹ delimitaba su alcance.

²⁹⁰ RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, C. Privación de la patria potestad y proceso penal. *Op. cit.*

²⁹¹ Artículo 46 del Código Penal comienza: "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso."

Tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se prevé en el artículo 39 j) de dicho código, como pena grave privativa de derechos la pena de privación de la patria potestad y como pena grave, en el artículo 33.2 k) del CP²⁹² la pena de privación de la patria potestad. Se recoge el contenido de la inhabilitación de la patria potestad en el artículo 46 del CP, que señala subsisten los derechos del hijo respecto del penado. La inhabilitación, el artículo 46 del Código Penal, la trata de una medida temporal²⁹³, es decir, por el tiempo que dure la condena, y, asimismo, derivado de esta temporalidad, se posibilita la recuperación automática de los derechos inherentes a la potestad, una vez transcurrido el tiempo de duración de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad. Esta inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad puede calificarse jurídicamente como pena principal, accesoria o como medida de seguridad, en este último caso se ha de fundamentar en la probabilidad de reincidir en el actuar delictivo del sujeto, se constituye como un instrumento adecuado de prevención especial.

Actualmente, nuestro Código Penal sí recoge en el artículo 39, apartado j) la privación de la patria potestad entre el catálogo de penas privativas de derechos²⁹⁴.

La referencia al término «personas con discapacidad necesitadas de especial protección» ha sido introducida en sustitución de la anterior referencia al término «incapaces», conforme establece el número doscientos cincuenta y ocho del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

²⁹² Artículo 33. 2. Son penas graves:

- a) La prisión permanente revisable.
- b) La prisión superior a cinco años.
- c) La inhabilitación absoluta.
- d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.
- e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.
- f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.
- g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.
- h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.
- i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- k) La privación de la patria potestad.

Número 2 del artículo 33 redactado por el número veinticuatro del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo)

²⁹³ La diferencia entre una y otra radica en transitoriedad de la primera y la permanencia de la segunda, de acuerdo con el artículo 40.1 CP tendrá una duración “de tres meses a 20 años”.

²⁹⁴ L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

El artículo 170 del Código Civil, en cuanto a la previsión de la aplicación de esta privación, hay que entenderlo como una norma de remisión a los supuestos en los que, de acuerdo con las previsiones del Código Penal, puede imponerse la medida por la que se priva al progenitor de su potestad sobre los hijos menores. También dicho precepto, en su aplicación de tal medida como pena accesoria, ha de ser interpretado a la luz de las circunstancias que rodean cada caso para proceder en consecuencia a la aplicación de la medida que supone la privación de la patria potestad, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho. De ahí que se puede imponer como pena principal, accesoria o como medida de seguridad, a la pena impuesta a todo recluso privado de libertad por un tiempo razonable al efecto, no sólo cuando la víctima de la comisión de delito sea el propio hijo, o su cónyuge, sino también cuando la condena es consecuencia de cualquier otro delito.²⁹⁵

Artículo Único. Veintisiete. Se modifica el artículo 39, que pasa a tener la siguiente redacción:

«Son penas privativas de derechos:

- a) La inhabilitación absoluta.
- b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
- c) La suspensión de empleo o cargo público.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- i) Los trabajos en beneficio de la comunidad.
- j) La privación de la patria potestad.»

²⁹⁵ En las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2000 (La Ley 107167/2000), se impone la privación de la patria potestad al ser condenado el padre a una pena de larga duración; y de 2 de octubre de 2003 (La Ley 10396/2004), igualmente, se procede a la privación de la patria potestad al padre por delito de parricidio contra la madre. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3ª, de 19 de diciembre de 2008 (La Ley 282097/2008), el padre está incurso en un procedimiento penal por delitos continuados de abusos sexuales, exhibicionismo y provocación sexual respecto a sus hijos. La exploración judicial de los menores revela el temor e incluso el pánico de los hijos menores a ver a su padre; la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 20 de enero de 2009 (La Ley 17811/2009), condenado como autor de un delito continuado de abuso sexual y una falta de malos tratos al hijo de su entonces compañera y hermano de su hijo; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 8 de mayo de 2009 (La Ley 81998/2009), procede la privación al padre de la patria potestad por concurrir causa grave fundada no sólo en la condena penal por maltrato a su esposa y en las órdenes de alejamiento que pesan sobre él, sino también en el incumplimiento de las obligaciones de atención material y moral que le corresponden.

Tanto la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad del artículo 46 CP, como la privación de la patria potestad, se han venido configurado como penas accesorias a las penas de prisión. Actualmente, con carácter potestativo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado para el interés del menor o incapaz, puede imponer dicha pena bien como pena principal para determinados tipos penales, bien como pena accesoria cuando este derecho hubiera tenido relación directa con el delito cometido (artículos 55 y 56 del CP) y, tras la reforma del Código Penal por L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, en los casos de violencia doméstica o de género del artículo 57.2 del CP se impondrá, en todo caso y, por un tiempo superior a un año, a la pena de prisión, la pena de prevista en el apartado 2 del artículo 48 del CP, pudiendo además imponerse otra de las prohibiciones de dicho artículo, como la prohibición de residir en un determinado lugar o acudir a éste (artículo 48.1 del CP), o de comunicación (artículo 48.3 CP).

La pena del apartado 2 del artículo 48 del CP, al que se remite el artículo 57.2 del CP, se refiere a las penas de prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena simultáneamente con la de prisión, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuere grave, o de cinco si fuere menos grave.

La privación de la patria potestad cabe que, como pena principal y de forma razonada, la imponga el Juez, según se prevé en las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (artículo 192.2 del CP). Es decir, tanto para imponer la pena de privación como la de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, debe justificarse que su imposición sea de interés para el menor ofendido o perjudicado, y además, si se acuerda cualquiera de ellas, se comunicará de inmediato a la entidad pública de protección de menores y al Ministerio Fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias (Disposición Adicional segunda del CP).

Considera el Código penal que, tanto la privación de la patria potestad como la inhabilitación especial para su ejercicio, son penas privativas de derechos, pero, salvo supuestos muy concretos como el artículo 221.1 “serán castigados” y el artículo 225 bis “será castigado”, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial

para su ejercicio se concreta, en general, como facultad del juez penal tanto en su imposición como en su extensión, así: - “el juez podrá” en el artículo 55 Código penal; “impondrá, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas” del artículo 56 del mismo texto; “lo estime adecuado al interés del menor” en los artículos 147, 153, 171, 172, 173 del Código penal; “El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad”, artículo 192.3 CP; “podrán ser castigados además”, artículo 220.4 CP; “el juez o tribunal podrá imponer, motivadamente”, artículo 226 CP; o “el juez o tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, como recoge el artículo 233.1 del Código Penal.

La elasticidad de la pena objeto de este estudio, que deja a la discrecionalidad del juzgador su imposición, haciendo uso de su facultad potestativa avalada por el texto pen; la disposición de la pena de prisión, que se configura cuantitativamente entre un mínimo y un máximo temporal, sin olvidar la posibilidad de conformidad por parte de la defensa del agresor en los diferentes momentos procesales oportunos, y, posteriormente, la permanente revisión de la pena de prisión; la justicia restaurativa, con la reparación del daño causado a la víctima, en la medida de lo posible y la mediación penal (teniendo en cuenta la prohibición de ésta en los supuestos de violencia de género, prohibida expresamente), con la finalidad de reducir, suspender o sustituir la pena u obtener beneficios penitenciarios, hacen que en la práctica judicial, la aplicación de la pena de privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio sea una excepción y en casos de muy extrema gravedad.

Por añadidura, con respecto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, una vez cesada la causa que la motivó, que al imponerse como pena accesoria suele ser la pena de prisión, se recupera dicho ejercicio de la patria potestad de manera automática²⁹⁶, sin juzgar si es conveniente o no, en ese momento su restauración.

Para que tenga lugar la privación de la patria potestad respecto de un menor no es necesario que sobre él se hayan ejercido determinadas conductas dolosas (u omisiones incluso), sino que es posible privar de la potestad a un progenitor aunque no haya ninguna

²⁹⁶ REYES CANO, P. “La patria potestad a examen ante la violencia de género”. *Op. cit.*

actuación directa sobre el menor. Eso sí, como ya se ha expuesto, debe probarse que tales conductas pueden repercutir de una manera negativa en el menor, puesto que, de no existir riesgo o peligro de que esos comportamientos puedan tener una trascendencia perjudicial en el cumplimiento del art. 154 CC por el progenitor, no se llevará a cabo la privación de la patria potestad.

En la SAP de Barcelona de 14 de enero de 2009 (ARP 2009 598) se contempla la situación de una niña de cuatro años cuya integridad física y moral es gravemente menoscabada por la pareja de su madre biológica, sufriendo todo un elenco de lesiones, tratos degradantes y vejatorios este sujeto durante un prolongado periodo de tiempo. De estos actos era plenamente conocedora la madre de la niña y, pese a ello, no hizo nada por evitarlas. Por ello, la madre es condenada como cómplice de las lesiones y se establece sobre ella la pena de privación de la patria potestad. Esta privación se solicita por el Ministerio Fiscal porque considera que puede ser impuesta en una causa criminal cuando se “aprecie en los condenados incumplimientos de los deberes inherentes a la patria potestad de suficiente entidad”.

El tribunal aprecia esta pretensión y acuerda la privación “En el supuesto examinado se constata efectivamente un gravísimo incumplimiento por parte de la procesada de sus deberes de cuidado y asistencia de su hija menor de edad, de forma que debe ser estimada la pretensión de la acusación y acordar la privación de la patria potestad”. Con lo cual, a raíz de un comportamiento cometido por la pareja de la progenitora, ésta puede ser privada de la patria potestad, aunque el comportamiento no se realice activa y directamente por ella. Se podría decir que los progenitores están obligados a cuidar y proteger a sus hijos intentando evitarles cualquier mal que se ciña sobre ellos; pero puede ocurrir, como en el supuesto enjuiciado por la sentencia anterior, que se abstengan de realizar una determinada conducta, lo cual provoca una omisión que resulta claramente perjudicial para sus hijos. Esto nos lleva a plantearnos el llamado delito de comisión por omisión. Cuando alguien omite una acción, estando obligado a realizarla, incurre en el delito de comisión por omisión del art 11 CP, siempre que se den una serie de requisitos. Estos se pueden extraer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y cuando concurren todos ellos, la persona que omite la conducta (garante) es considerado culpable: “A) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en

relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art.11 CP exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación. C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente” (STS 28 marzo de 2007 RJ 2007 3533).

Por otro lado, en reiteradas ocasiones, los tribunales se han tenido que pronunciar sobre la privación de la patria potestad en casos de violencia de género en los que la víctima no era directamente el menor, sino su madre.

Aquí, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, se ha afirmado que “ha considerado, como causa de privación de la patria potestad, la causación dolosa de la muerte de la madre, en tanto en cuanto un padre que procede de tal forma, privando a su prole del apoyo moral, afectivo y asistencial de la progenitora, es indigno para el ejercicio de la misma con respecto a los hijos comunes” (SAP A Coruña 3 junio 2015 JUR\2015\163115).

En esa misma dirección apunta la SAP de Lugo de 9 de junio de 2015, en la que se expone la situación de un progenitor que ya había sido condenado por asesinar a su cónyuge hace algunos años. Sin embargo, el razonamiento que se expone como base de la decisión del Tribunal es distinta: en esta última sentencia se establece la privación de la patria potestad respecto de los dos hijos menores de la pareja con base en un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, ya que este sujeto no tiene a los menores en su compañía ni los alimenta ni les procura una formación integral, ni vela por ellos debido al ingreso en prisión por el asesinato de la madre de sus hijos. Si no hubiese tenido lugar ese asesinato, el sujeto ahora podría estar cumpliendo los referidos deberes.

En la STS de 31 de enero de 2011, RJ 2011 1579, se hace referencia a la existencia de un progenitor que irrumpe en la casa de su ex cónyuge, tras efectuar amenazas a través del móvil, y quebrantando una orden de alejamiento, estando presente los hijos comunes de ambos, se dispone a acuchillar a ésta con ánimo de matarla. El resultado de la acción fue

una tentativa de homicidio, que no produjo la muerte de la progenitora gracias a la intervención de su hija y su novio. El Tribunal considera que no puede imponer la pena de privación de la patria potestad al acusado debido a que ésta se introdujo en el año 2010 en el art 56 CP para delitos inferiores a diez años.

De esta manera, al suceder este delito en el 2008, la pena de privación de la patria potestad no resultaba aplicable retroactivamente. Aunque, con base en el art 173.2 CP, por el delito de maltrato familiar, con comportamientos sobre la progenitora como “esposa que tiene que aguantar continuas vigilancias, sospechas, insultos, humillaciones, que apareciera sorpresivamente para controlar sus hábitos”, sí se impone la inhabilitación de la patria potestad sobre el hijo menor de edad.

4.2. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD COMO MEDIDA CAUTELAR

Como medida de seguridad, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, aparece contemplada en el artículo 107 del Código Penal²⁹⁷. Para su aplicación se exige tanto la comisión de un delito en relación con el ejercicio de la potestad de los padres, como la existencia de un peligro, consistente en que el sujeto vuelva a cometer este mismo delito u otros semejantes. La imposición de esta medida se fundamenta en la probabilidad de que se reincida en la comisión de aquellos, esto es, en el actuar delictivo del sujeto, se constituye como un instrumento adecuado de prevención especial.

A su vez, el Tribunal que enjuicia la causa penal puede acordar la privación de la patria potestad, cuando la medida tenga conexión con el tipo penal en cuestión, aunque aquélla no se prevea como pena accesoria, por ejemplo, en los delitos relativos a la violencia de género o en el supuesto de homicidio o asesinato de un progenitor cometido por el otro, siempre y cuando el interés del menor así lo exija.

²⁹⁷ «El juez o tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes, pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer ese delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1, 2 y 3 del artículo 20».

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (BOE de 23 de julio), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modificó el artículo 1, en su apartado 2, y los artículos 61.2, 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con efectos del 12 de agosto de 2015. Viene a reconocer a los hijos menores o sujetos a su tutela o guarda y custodia de las mujeres, que sufran violencia simultáneamente a la de género, una protección y asistencia como víctimas directas de la protección integral que otorga la LO 1/2004 ²⁹⁸(modificación del artículo 1, apartado 2 de la LO 1/2004), y determina que los Jueces en estos casos se pronuncien siempre sobre la procedencia de suspender la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela o guarda de hecho respecto de los menores que dependan del investigado por violencia de género.

Y, si no se acuerda la suspensión cautelar de la patria potestad o guarda, se pronuncien en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la misma, y que adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, realizando un seguimiento periódico de su evolución (modificación del artículo 65 de la LO 1/2004).

En los casos en que ya existiera un régimen de visitas judicialmente establecido, el artículo 66 de la LO 1/2004, establece que cabe la suspensión cautelar del mismo en caso de indicios de violencia de género, y si no acordara la suspensión el Juez, deberá pronunciarse en todo caso sobre el régimen de estancia, relación o comunicación del investigado por violencia de género, respecto de los menores que dependan del mismo, y también que se adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y que se realice por el Juzgado que conoce del procedimiento penal un seguimiento periódico de su evolución²⁹⁹.

Por tanto, el artículo 66 de la LO 1/2004, a diferencia del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que también fue modificado por Ley 4/2015, exige en todo caso

²⁹⁸ Vid. MORAL MORO, M. J. “Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral contra la violencia de género”. *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14. Enero 2008

²⁹⁹ Conclusión a la que se llegó en el Seminario sobre implicaciones civiles de la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Madrid 21 al 23 de junio de 2006.

un pronunciamiento sobre medidas paternofiliales respecto de los menores que dependan del investigado por delito de violencia de género³⁰⁰, adoptado con contradicción del investigado y de la denunciante, aunque ya se hubieran establecido anteriormente por un Juzgado civil.

Teniendo en cuenta lo anterior, la reforma por tanto determina que sea inaplicable el Protocolo de coordinación entre los Juzgados civiles y penales en materia de violencia doméstica del año 2005, al menos en su apartado 7.1, pues en el mismo sentido para la violencia doméstica se pronuncia respecto de los hijos menores o con capacidad judicialmente modificada el nuevo artículo 544 quinquies de la LECrim.³⁰¹

Hay que tener en cuenta además que no tiene por qué ser el Juez de Violencia sobre la Mujer el que a la postre conocerá del procedimiento de modificación de las medidas, sino el juez que las acordó, por lo dispuesto en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, que entró en vigor el 1 de octubre de 2015.

El titular del juzgado de instrucción nº 1 de La Seu d'Urgell acordó, mediante Auto de 9 de diciembre de 2016, como medida cautelar, la suspensión cautelar de la patria potestad a los padres de una menor, en un presunto delito de estafa, acordando un régimen de visitas para la madre, sin pernocta y en presencia de la persona que ostente en adelante la custodia de la menor en aplicación de los artículos 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 57 del Código penal y los artículos 158 del Código Civil como el artículo 236.3 del Código Civil Catalán.

³⁰⁰ Cfr. MORAL MORO, M. J. “Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral contra la violencia de género”. *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14. Enero 2008

³⁰¹ Conforme a este Protocolo de coordinación del orden civil y penal, que se elaboró a instancias de la Comisión de Seguimiento de la implantación de la orden de protección, si ya existen medidas civiles adoptadas por un Juez civil, en casos de violencia doméstica no procede modificar estas medidas por el Juez penal que conozca de la misma, salvo que procediera tal modificación como medida del artículo 158 del Código Civil, y sin perjuicio de que las medidas civiles adoptadas por el Juez civil en cuanto a su cumplimiento tienen que adaptarse a las medidas cautelares penales que se acuerden en la orden de protección, como puede ser la prohibición de aproximación, en cuyo caso las entregas y recogidas podrían efectuarse a través de un tercero o en un Punto de Encuentro Familiar.

Por el interés de este Auto se transcriben textualmente los Razonamientos jurídicos y la Parte dispositiva:

“ RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Dispone el Art. 544 quinquies LECrim que en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas: a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse. b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento. c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes. d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3. Es decir, el citado artículo, establece la obligación del Juez de adoptar alguna de las decisiones transcritas para el caso de que concurriera la necesidad de proteger a la víctima. A su vez, tanto el Art. 158 del Código Civil como el Art. 236.3 del Código Civil Catalán, facultan al juez para adoptar las medidas de protección necesarias en favor del menor.

SEGUNDO.- En el supuesto de autos, se plantea la posible comisión de un delito de estafa, en el que los investigados (y padres de la menor) no solo se habrían servido de esta para recaudar fondos, sino que le podrían haber llegado a ocasionar un perjuicio

al haberla utilizado. En los sucesivos atestados presentados por el Cuerpo de Mossos d'Esquadra, se narran una serie de hechos que podrían ser constitutivos de un delito de estafa, en su modalidad agravada. Concretamente, se detallan las sospechas sobre la posible utilización de una enfermedad de una menor, para el lucro de los padres de la misma. Todo ello, orquestado a través de una supuesta asociación sin ánimo de lucro. Según el atestado, los padres de la menor Nadia Nerea, habrían creado fundaciones, sorteos, recaudaciones y demás actos benéficos con la intención de obtener fondos para el tratamiento de la menor, la cual sufriría una grave y muy poco común enfermedad. La enfermedad en cuestión sería la tricotiodistrofia. A raíz de las apariciones de los progenitores en diferentes programas de televisión y medios en papel escrito, han ido creciendo las voces que aseguran o bien que la menor no sufriría dicha enfermedad, o que en todo caso, los tratamientos para que los progenitores aseguran haber invertido los fondos recaudados son inexistentes. En apoyo de dichas tesis, los testimonios de diversos médicos del entorno de la menor, los cuales aseguran no haber atendido a la menor salvo para contingencias comunes, así como ponen el acento en la reticencia de los progenitores en que estos profesionales atendieran a la menor. En este sentido, obran en autos las declaraciones de los doctores F. y R. Entienden los investigadores, y no sin falta de razón, que dicho comportamiento podría pretender ocultar dos realidades. O bien la niña no sufre la enfermedad en cuestión, o bien la menor no estaría recibiendo el tratamiento para el que los padres recaudan dinero. La Asociación Nadia Nerea para la tricotiodistrofia y enfermedades raras de Baleares, fue constituida el 28/2/2009. A su titularidad, se encontraría vinculada la cuenta, dicha cuenta dispone en la actualidad de un saldo bloqueado de 313.748'10 Euros. A su vez, la cuenta sería titularidad de Nadia Nerea B. G. Ambas cuentas, habrían sido usadas constantemente para recaudar fondos con los fines benéficos de costear las operaciones de la menor Nadia Nerea. Pues bien, nada más alejado de la realidad. Del estudio de las cuentas citadas, se desprende una clara utilización de las mismas para costear la vida de los investigados. Así, son constantes los carghos por conceptos ordinarios tales como supermercados, ferreterías, Grandes centros comerciales, viajes, hoteles, restaurantes, tiendas de electrónica, comercio electrónico, alarma del domicilio, gastos de telefonía. Y así una larga lista de gastos ordinarios. Dentro de estos, llama especialmente la atención el pago del alquiler de la vivienda familiar de la familia. En este sentido, el investigado insistió en que el alquiler era costeado por las donaciones ya que en dicho domicilio se situaba la Asociación Nadia Nerea para la tricotiodistrofia y enfermedades

raras de Baleares. A pesar de ello, de la lectura de los estatutos, se puede comprobar como la citada asociación tiene su domicilio en el C..... (Mallorca). En este orden de gastos, la familia habría costeado la adquisición del último vehículo (.....) con los fondos obtenidos a través de donaciones. Insistía el investigado, que si bien es cierto que se realizaban gastos ordinarios a cargo de la cuenta de la asociación, lo era por alguno de los siguientes motivos. Algunos de ellos, eran en directo beneficio de Nadia Nerea. En el resto de casos, se producían confusiones del caudal. Así explicó, como los ingresos que obtenía de su actividad profesional (tienda de vinos y charlas de motivación) eran ingresadas en la cuenta, y de ahí se gastaba, sin realizar distinciones entre dinero “propio” y donaciones. Pues bien, este Instructor no dota de veracidad dichas explicaciones. Preguntado el investigado, aseguró que de su actividad profesional vendría percibiendo cerca de treinta mil euros anuales. Es necesario poner de relieve que dichos ingresos no resultan justificables por cuanto reconoció que el negocio carecía de contabilidad y que no pagaba impuesto alguno. A su vez, resulta de todo punto imposible, que con unos ingresos anuales que rozan escasamente los treinta mil euros, se pueda sostener un alquiler de diez mil euros anuales y adquirir vehículos de veinticinco mil euros. Por necesidad, de esa confusión de caudales antes descrita, tuvieron que destinarse donaciones para gastos particulares de los progenitores. Falta determinar, si dichas desviaciones, lo fueron a título doloso o por simple imprudencia. Y lo bien cierto, es que de las explicaciones ofrecidas por ambos progenitores, no dejan otra posibilidad a este Instructor que considerarlas como dolosas. Del estudio realizado por los Mossos d’Esquadra, se llega a la inicial conclusión de que los investigados habrían llegado a recibir cerca de un millón de euros (918.726’14) de donativos a cuentas bancarias (por lo tanto no computando lo recogido en efectivo). De esa cantidad, únicamente quedan 319.000 euros. Es decir, ambos progenitores, habrían dispuesto de cerca de 599.343’57 euros. De toda esta suma gastada, clama al cielo la interminable sucesión de reintegros en efectivo realizada por los investigados, existiendo semanas en las que llegaban a extraer diez mil euros en efectivo. Respecto a estos reintegros y gastos, la investigada aseguró desconocerlos y fiarse al pie de la letra de las explicaciones ofrecidas por su marido. No obstante, la aparente consistencia de sus respuestas, se desvaneció a lo largo del interrogatorio. Manifestó que en ningún momento se preocupó porque su hija viajara a un país en guerra (Afganistán) ya que desconocía la situación de aquel país. O que su hija dispusiera de pasaporte para viajar. Que en ningún momento le pareció sospechoso que después de pasar quince días en hospitales de Houston,

volvieran sin papeles médicos. Tampoco le pareció sospechoso, que no recetaran a su hija medicina alguna, o que después de someterse a operaciones no tuviera ninguna cicatriz o señal de haber sido intervenida. A su vez, la investigada, aseguró que no acompañaba a su marido e hija a los tratamientos, ya que no soportaba ver a su hija recibiendo los mismos. No obstante, reconoció haber estado este septiembre en Palma de Mallorca en el Hospital. Es decir, no acompañaba a los tratamientos ficticios por no ver sufrir a su hija, pero sí a los tratamientos en hospitales reales, a pesar de que se le practicaran tratamientos igual de dolorosos. Este Instructor considera que la investigada manifestó que no acudía a los tratamientos ficticios, precisamente porque no existían, y con ello, conseguía una respuesta exculpatoria. En relación a los constantes reintegros en efectivo, el investigado aseguró que los hacía el mismo. Aseguró que dichos reintegros no tenían otra finalidad que abonar tratamientos alternativos para su hija. No terminó de resultar claro si dicho tratamientos eran practicados por “investigadores” o por “homeópatas”. En cualquier caso, reconoció desconocer los nombres de los mismos (a excepción del “Dr. Smith” y el “Dr. Brown”), su dirección, número de teléfono o forma de contactar con ellos. A su vez, manifestó que les pagaba en efectivo y nunca pidió justificante de pago. A su vez, cuando ambos progenitores se encontraban en Mallorca con la menor (septiembre del presente), con la finalidad de asistir al hospital de dicha ciudad, extrajeron en efectivo no menos de 3.500 euros. Ambos investigados, justificaron dichos gastos con las explicaciones expuestas. En otras palabras, o no han leído a lo largo de los años los extractos bancarios o piensan que nadie más los ha leído. No obstante, sí que justifica a ojos de este Instructor, los constantes reintegros en efectivo el nivel de vida de la familia. Del mismo, debe ponerse de relieve la ingente cantidad de ropa y productos de tecnología hallados en el domicilio familiar. En el mismo orden, la colección de relojes del investigado, la cual tendría un valor cercano a los 60.000 euros. Por todo ello, puede concluirse que las cuentas investigadas eran las empleadas por los investigados para recaudar fondos. Que dichos fondos se recaudaban utilizando el pretexto de atender las necesidades médicas de la menor Nadia Nerea. Que las cantidades obtenidas superan los cincuenta mil euros. Y en último lugar, que no todo ese capital ha sido empleado para dicha finalidad (únicamente 295 euros). Es más, atendiendo a los saldos actuales de las cuentas, no se habría destinado principalmente a atender necesidades médicas. En definitiva, los investigados, habrían convertido la beneficencia como su modo de vida, sirviéndose para ello de su hija menor de edad. O bien bajo la simulación de una enfermedad no sufrida por la menor o bajo el pretexto de

operaciones y tratamientos médicos que no han existido. En definitiva, acercándose al tipo penal de la utilización de menores para la práctica de la mendicidad.

TERCERO.- Entiende este Instructor, que con este comportamiento se ha ocasionado un directo perjuicio a la menor. Este perjuicio se habría ocasionado o bien por no prestar el tratamiento médico exigido por la situación de la menor. O bien, por haberla mediatizado hasta un punto insostenible para una menor de once años. Parece, como se ha expuesto, que los investigados se habrían servido de la situación personal de la menor para, a través de “generar compasión” (así se refleja en alguna conversación intervenida), mantener un alto nivel de vida. Y todo ello, a costa del sufrimiento de la menor y su constante exposición mediática. No parece lo más recomendable en la situación actual, en la que el padre se haya en situación de prisión provisional, dejar en manos de la madre el cuidado y atención de la menor. Máxime, cuando de las explicaciones ofrecidas por la investigada en su declaración, parece que esta carece de las aptitudes necesarias para el cuidado de la menor. A su vez, la exposición mediática a la que está sometida la menor en la actualidad, como consecuencia del descubrimiento de la presunta estafa cometida por sus progenitores, hacen recomendable una urgente salida del ámbito en el que se encuentra. No se puede olvidar, y se cuantificará a través de las correspondientes diligencias probatorias, que la menor podría haber alcanzado la condición de víctima en el presente procedimiento, al haber podido sufrir lesiones psíquicas (e incluso físicas si no recibió el tratamiento pertinente). Por todo ello, procede acordar la medida solicitada por el Ministerio Fiscal y detallada en el Art. 544.1 a) quinquies, suspendiendo la patria potestad de los Srs. B. y G. respecto a su hija Nerea B. G. A su vez, se acuerda un régimen de visitas en favor de la investigada, de fines de semana, sin pernocta y en presencia del custodio de la menor. Debe ponerse de manifiesto, que tal y como indicó el Ministerio Fiscal en su solicitud, la hermana de la investigada, Sra. Antonia G. R., se encontraría en disposición de hacerse cargo de la menor, entendiéndose este Instructor que la familia extensa, puede resultar más beneficiosa para hacerse cargo de la menor.

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo suspender cautelarmente la patria potestad de Fernando B. B. y Margarita G. R. respecto a su hija Nerea B. G. Se fija un régimen de visitas en favor de la Sra. G. R., consistente en fines de semana, sin pernocta y en presencia del custodio de la menor. Comuníquese por el Secretario Judicial inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio

Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les deberá notificar su alzamiento o cualquier otra modificación. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y al imputado haciéndole saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe interponer recurso de reforma a interponer el plazo de tres días y/o de apelación para ante la Audiencia provincial de Lérida en el de cinco. Así lo acuerdo, mando y firmo”

Este Auto fue confirmado por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera, mediante Auto nº 7/17, de 9 de enero de 2017. La Audiencia Provincial confirma también la medida cautelar dictada en la fase de instrucción: “Y por último, el escaso tiempo transcurrido desde el momento en que se adoptó la medida cautelar de carácter personal que ahora se impugna –apenas un mes- se encuentra muy alejado de los plazos máximos de prisión previstos en la ley y, además, están pendientes de practicarse ciertas diligencias de investigación encaminadas a la adecuada averiguación y comprobación de los hechos objeto de imputación, sin que por ello resulte en modo alguno limitado el derecho de defensa del ahora recurrente, que podrá proponer aquellas diligencias que sean necesarias y convenientes a su defensa”.

El auto del Juez comienza señalando que está obligado a adoptar alguna de las posibles decisiones previstas en la ley para proteger a la víctima.

Para ello se remite al artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo introducido por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito) que establece que en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, y para proteger a la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, el Juez o Tribunal adoptará alguna de las medidas que a continuación relaciona³⁰².

Entre ellas, la más grave, la de suspender la patria potestad (también, en su caso, la tutela, curatela, guarda o acogimiento) de alguno de los progenitores.

³⁰² IGLESIA MONJE, M. I. de la “La Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés” *Diario La Ley* Núm 8590, Sección Documento on-line, 24 de julio de 2015

En este caso, prevé la norma, podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.

Además, el auto señala que tanto el artículo 158 del Código Civil, como el artículo 236.3 del Código Civil Catalán, le facultan para adoptar las medidas de protección necesarias en favor de la menor.

Esta medida, solicitada por el Ministerio Fiscal y tomada en una situación de riesgo para el menor, siempre es comunicada a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, y al Ministerio Fiscal.

Tal y como transcribe el auto del Juez, de las investigaciones llevadas a cabo en la instrucción de la causa por posible estafa agravada (artículo 248 en relación con el Art. 250.5º del Código Penal), se deduce que "los investigados habrían convertido la beneficencia como su modo de vida, sirviéndose para ello de su hija menor de edad". El considera que la menor está en peligro, pues el comportamiento descrito "se acerca al tipo penal de la utilización de menores para la práctica de la mendicidad".

Recordemos que el Código Penal recoge este comportamiento como una modalidad del tipo de delito de trata de personas en el artículo 177 bis y, dentro de los delitos contra las relaciones familiares, en el artículo 232 del Código Penal.

El juez es tajante al considerar que tras las pruebas encontradas (utilización para fines propios del dinero obtenido mediante donativos para sufragar la posible enfermedad de la menor, la exposición de la menor en diversos medios de comunicación...) "la menor podría haber alcanzado la condición de víctima en el presente procedimiento, al haber podido sufrir lesiones psíquicas (e incluso físicas si no recibió el tratamiento pertinente)"

El juez no valora la posibilidad de dejar en manos de la madre el cuidado y atención de la menor, pues entiende que "no es lo más recomendable en la situación actual", máxime cuando de las explicaciones dadas por la investigada, se deduce "que esta carece de las aptitudes necesarias para el cuidado de la menor".

En su auto, se señala que, por ejemplo, la madre de la menor declaró que no acompañaba a su marido e hija a los tratamientos "experimentales" para no ver sufrir a su hija y que no sospechó nada raro de estos tratamientos en los que no le recetaban medicina alguna.

No obstante, el juez acuerda en el auto un régimen de visitas en favor de la investigada, siempre en presencia del custodio.

El juez dispone que, tal y como indicó el Ministerio Fiscal, la menor puede quedar custodiada por la hermana de la investigada, que se encontraría en disposición de hacerse cargo. El instructor señala que es más beneficioso para la menor que la custodie la "familia extensa".

Tal y como señala el artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta medida no es definitiva, pues el Juez o Tribunal deberá alzarla o ratificarla una vez concluido el procedimiento, para lo cual valorará exclusivamente el interés de la persona afectada.

La medida adoptada en el auto analizado, es una medida cautelar propia del orden civil. Pero, como ya se ha expuesto en anteriores epígrafes, puede imponerse en la sentencia penal la privación de la patria potestad a los condenados a partir de la reforma del Código Penal del 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio). Se establece expresamente la posibilidad de que se imponga como pena autónoma. Hasta entonces, el Juez o Tribunal solo podían imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

Recordar que los artículos 55 y 56 del Código Penal establecen, en los supuestos indicados, que el Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia. El artículo 33 del CP señala que la pena de privación de la patria potestad se trata de una pena grave, aclarando el artículo 46 del mismo Código que implica la pérdida de la titularidad de la misma, aunque seguirán subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. En cuanto a qué debe entenderse por patria potestad, el Código Penal remite a lo dispuesto en el Código Civil y a la legislación civil de las Comunidades Autónomas.

Para el supuesto de un sujeto que carezca de hijos, pero a su vez esté condenado por delitos que impliquen un trato vejatorio y humillante sobre menores de edad, se podría pensar que esa persona no está capacitada para hacerse cargo de ningún menor de edad, ya sea ejerciendo como padre, ya sea actuando como tutor³⁰³. Por ello, si la persona ha sido condenada por un delito de estas características, pero carece actualmente de familia ¿podría privarse de la patria potestad de una manera preventiva? La jurisprudencia ya se ha enfrentado en algún caso a este problema. De este modo, en la STS de 7 de febrero de 2011 RJ 2011 329, los pronunciamientos afectan a un sujeto (sin hijos) condenado por un delito de posesión y distribución de pornografía infantil por la Audiencia Provincial de Pontevedra (SAP Pontevedra de 8 de junio de 2010 ARP 2010, 1143), siendo así que el Ministerio Fiscal plantea un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando que el Tribunal “no se ha pronunciado sobre las inhabilitaciones específicas del artículo 192.2º del Código Penal ”El Tribunal supremo considera que el sujeto no tiene familia y por ello “El citado precepto, en la redacción que tenía en la fecha de la comisión de los hechos delictivos, contemplaba la facultad, siempre potestativa y con expresa motivación, cuando la decisión es positiva, de imponer la inhabilitación especial de los derechos de la patria potestad, tutela y curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio por el tiempo de seis meses a dos años. Es obvio que todas las previsiones establecidas por el legislador sobre obligaciones familiares o de custodia, están fuera de lugar, ya que el acusado no está casado”. De esta manera, al sujeto no se podría inhabilitar de la patria potestad de una manera “preventiva”, pero, ¿y en el caso de que fuese llamado a desempeñar en el futuro alguna función relacionada con la guarda y custodia? El tribunal consideró que “le serían aplicables analógicamente las previsiones del artículo 243 del Código Civil que inhabilita para estos cargos a cualquier persona condenada por delitos que hagan suponer que no desempeñaran bien las funciones que le encomienda la ley”.

La actual redacción de los arts. 153, 171 y 172 del CP y los arts. 65 y 66 LO 1/2004 tiene prevista la medida de suspensión temporal de la patria potestad en sede de medidas cautelares, si bien dicha medida, en vía civil, ya está contemplada en el párrafo 2º del art. 156 C.c. para los casos de desacuerdos reiterados entre los padres o de presencia de una

³⁰³ REYES CANO, P. “La patria potestad a examen ante la violencia de género”. *Op. cit*

causa que entorpezca gravemente su ejercicio, en cuyo caso el Juez puede atribuirle total o parcialmente a uno de los padres, la cual tiene un plazo máximo de duración que no puede exceder los dos años.

La novedad de la Ley Integral radica en que los JVM, en sede de medidas de protección (arts. 65 y 66), pueden adoptar tanto la medida de suspensión de la patria potestad o custodia como la del régimen de visitas, a diferencia de lo que sucede ordinariamente en sede de medidas previas de los pleitos matrimoniales³⁰⁴, en los que no puede privarse a ninguno de los progenitores de la patria potestad, pues ello requiere sentencia firme prevista en el art. 170.1 del C.c., pudiendo, ahora, ser adoptada con los requisitos legales. Queda protegido así el menor respecto del que se suspenden las visitas, considerándose de facto la víctima del acto de violencia de género. De esta manera, el menor podrá ser el sujeto pasivo de la acción u omisión en que haya consistido dicha violencia.

4.3. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. REFERENCIA AL RÉGIMEN DE VISITAS

El efecto automático de la privación de la potestad de los padres es la pérdida de la titularidad de la misma, y, por ende, del ejercicio por el progenitor afectado por la resolución judicial. Esta privación judicial de la patria potestad puede darse respecto de uno de los dos progenitores o de ambos, o de uno solo, si la filiación sólo está determinada respecto de él. En el primer supuesto, la patria potestad será ejercida por el otro progenitor, quien podrá tomar todas las decisiones que considere oportunas en interés del menor y su bienestar, sin necesidad de comunicárselo al que ha sido privado de la patria potestad, ni, por supuesto, contar con su consentimiento para el cumplimiento de todo lo que representan los deberes inherentes a la patria potestad (art. 156.4 del Código Civil). En todo caso se podrá informar sobre determinados aspectos de la situación del menor al progenitor privado de la patria potestad, si éste lo solicitase y respetar el régimen de visitas impuesto por el Juez. Pero, igualmente, podrá exigir como titular de la patria potestad, que aquél cumpla con sus obligaciones respecto del hijo, tales como la prestación de alimentos.

³⁰⁴ GARCÍA RUBIO, P. “Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles en la orden de protección”. *La Ley*. Núm. 6041, 2004, p. 6

Si fallece el progenitor titular de la patria potestad, se procederá a la constitución de la tutela, como institución de guarda del menor. Ahora bien, si se diera el segundo supuesto expuesto, que ambos padres hayan sido privados de la patria potestad, fuera de los casos de recuperación de ésta, se procederá, igualmente, a la constitución de la tutela o, en su caso, a la adopción del menor

No obstante, de haberse previsto en testamento o en documento público notarial por parte de los padres sobre la tutela de sus hijos menores, estas disposiciones serán ineficaces si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad³⁰⁵ (art. 226 del Código Civil). Sólo se excluye, por tanto, la posibilidad de designar tutor o de organizar la tutela de sus hijos al progenitor privado totalmente de la patria potestad. Todo ello se aplicará al supuesto de privación temporal, durante la vigencia de la misma.

En el caso que se opte por la adopción del menor, los padres privados de la patria potestad por sentencia firme o que estén incurso en causa legal de privación, no tienen que asentir la adopción de sus hijos (art. 177.2 del Código Civil). No obstante, para quienes se encuentren en este último supuesto señalado, si no se oponen a la adopción, podrán intervenir en el proceso, y se les citará en audiencia. Si se oponen, se suspenderá el procedimiento de adopción y habrá de resolverse ante el mismo juez en juicio verbal (art. 781 LEC), si el progenitor está o no incurso en causa de privación de la potestad. Si en la resolución se señala que está efectivamente incurso en causa de privación, se le dará audiencia.

Aunque se le prive de la patria potestad, el progenitor, por el hecho de serlo, tiene la obligación velar por el hijo y de prestarle alimentos (art. 110 del Código Civil), descansando su fundamento en la relación de filiación, que como manifestamos al inicio de la exposición, se mantiene. No se limita esta prestación de alimentos a la minoría de edad de los hijos, sino que alcanza también a los hijos mayores de edad, hasta que puedan proveerse por sí mismos a sus necesidades.

³⁰⁵ Al respecto *vid.* LÓPEZ FRÍAS, M. J. “La voluntad hipotética del testador en las crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial”. *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*. nº Sep. 2012. Pp. 61-81

No obstante, al tratarse de un derecho en beneficio del menor, no hay inconveniente para el progenitor privado de la patria potestad que, pueda relacionarse personalmente con el hijo cuya potestad no ostenta. Este derecho de visitas del art. 160 del Código Civil³⁰⁶, en caso de concederse, debe ser respetado por el progenitor titular, y debe determinarse, siempre, en función de las causas de privación de la patria potestad, y pensando en lo que resulta más conveniente para el bienestar del menor.³⁰⁷

Para los autores partidarios de un fundamento sancionador de la privación de la patria potestad resulta difícilmente comprensible que los progenitores sigan ostentando un derecho de visitas.³⁰⁸ Aunque otros autores matizan que el elemento decisivo no sería el indudable carácter sancionador que la privación de la potestad reviste en nuestro Derecho, sino estrictamente en la naturaleza de las causas que la motivan, desde el punto de vista del interés del menor.

Efectivamente, dicha medida obedece siempre, incluso cuando la misma se adopta en un proceso penal o matrimonial, a un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad, a una conducta especialmente inadecuada e irresponsable de los padres (mal ejemplo constante, inducción a la realización de actos inmorales o delictivos, malos tratos, total despreocupación o abandono, etc.). Por tanto, aunque en principio se admita entre ambas facetas —derecho de visita y titularidad de la patria potestad—, lo que hay que preguntarse es si, en la práctica, las causas que determinan la privación de la patria potestad no habrán de determinar también, en la mayoría de los casos, la exclusión del derecho de visitas para la salvaguarda del interés del menor, interés prevalente en todo el ámbito de las relaciones paternofiliales³⁰⁹

³⁰⁶En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (La Ley 163830/2004), en interés del menor, se acuerda mantener el régimen de visitas señalado; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 30 de marzo de 2010 (La Ley 43057/2010), ante la falta de concurrencia de causa que justifique la privación de la patria potestad del padre respecto a sus hijos, pretendida por la demandante, procede, en todo caso, aplicar un régimen restringido de visitas al padre, al efecto de no poner en peligro la integridad física y psíquica de los menores, cuyo interés preferente se salvaguarda..

³⁰⁷ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 20 de abril de 2000 (AC 2000/4993), la conducta del padre no le hace acreedor de un derecho de visitas.

³⁰⁸ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 160 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, T. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1075

³⁰⁹ SEISDEDOS MUIÑO, A., “Comentario a la sentencia de 30 de abril de 1991”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 26, abril/agosto de 1991, p. 574-575

Por ello, este derecho de visitas puede suprimirse o limitarse autónomamente a través de los criterios del artículo 94 del Código Civil. Puede señalarse que el cumplimiento del mismo tenga lugar en el propio domicilio del cónyuge titular de la potestad³¹⁰; o del que se ha privado de la potestad; o en un punto de encuentro familiar. Todo lo que resulte más adecuado para el hijo menor de edad.

A pesar de que se exige una valoración de cada caso particular, en muchas ocasiones las causas determinantes de la privación de la patria potestad, aconsejan, en beneficio del hijo, la suspensión del derecho de visitas.

Asimismo, tiene derecho a que le informen acerca de la educación, salud y, en general, del desarrollo intelectual, físico y psíquico de su hijo menor de edad, como de la gestión de su patrimonio.

Igualmente, si el otro progenitor titular de la potestad o, en su caso, de las personas que han asumido las funciones de guarda, toman una decisión que resulte perjudicial para los intereses del menor, el progenitor privado de la potestad podrá solicitar al juez la adopción de medidas de protección previstas en el artículo 158 del Código Civil³¹¹.

Por supuesto, no necesita el progenitor titular de la potestad contar con el consentimiento del progenitor privado de la potestad para adoptar cualesquiera decisiones, que afectan a la esfera personal y patrimonial del hijo menor de edad. Solo le queda al progenitor privado de la potestad, en los términos vistos, un control ex post frente a decisiones concretas que en el ejercicio de las facultades que comprende la potestad, puedan, precisamente, perjudicar al menor.

³¹⁰ Cfr. GUTIÉRREZ ROMERO, F.M. “Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, LA LEY, 2010. Vid en este sentido IGLESIA MONJE, M.I. de la “Alteración del régimen de visitas de los progenitores”, en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, núm 712. Vlex, 2009, pp 925- 931

³¹¹ Señalar que las resoluciones dictadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria al amparo del art. 158, 2º y 3º, no son susceptibles de casación por estar limitado este recurso a las sentencias dictadas en segunda instancia, lo que exceptúa a los autos (art. 468 LEC) que es la resolución que pone fin al procedimiento iniciado al amparo del art. 158 del CC y al recurso de apelación.

Ahora bien, a diferencia del deber de alimentos que corresponde cumplir al progenitor privado de la patria potestad, una obligación de la misma naturaleza decae y, en consecuencia, el correlativo derecho del progenitor no titular de la potestad de percibir alimentos de su hijo (menor o mayor de edad), y, en su caso, de reclamarlos judicialmente con éxito (art. 152.4 del Código Civil). La extinción del derecho de alimentos se presenta ante la privación de la potestad, pues, como una sanción ante el comportamiento incumplidor del acreedor de derecho de alimentos que le hace indigno de recibir alimentos del hijo o de podérselos exigir judicialmente.

La privación de la potestad es, asimismo, causa de indignidad (art. 756.1 del Código Civil), son incapaces de suceder «los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos»; y desheredación (art. 854.1ª del mismo cuerpo legal), en la sucesión del hijo (art. 756.1 del Código Civil). Como es también causa de desheredación en la sucesión del cónyuge (art. 855.2ª del citado Código), siendo necesario en ambos casos que haya recaído sentencia.

Tienen tal medida efectos negativos para el progenitor privado de la potestad; no sólo en lo que implica la titularidad y el ejercicio de la misma, sino también en lo que representan las relaciones familiares y sucesorias de su hijo menor o mayor de edad.

La privación de la potestad de los progenitores no afecta al vínculo de filiación³¹², de ahí que no se alteren los apellidos del menor (lo que no le impide a éste solicitar, una vez llegue a la mayoría de edad, la inversión del orden de los apellidos al amparo del art. 109.4 del Código Civil); ni a la vecindad civil adquiridas por los hijos (art. 14.3 del citado cuerpo legal).

Finalmente, por resultar obvio en sí por lo que representa, el progenitor privado de la patria potestad no puede adoptar, pues, el artículo 176.1 exige expresamente «la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad», ni tampoco puede ser nombrado tutor (art. 243.1 del Código Civil).

³¹² RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. “Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, Sala 2ª de 8 de abril de 2006” *InDret* 4/2007

De lo que se trataría ahora es de ver cómo ese contenido de la patria potestad se verá modificado por la privación operada. El derecho de visita está considerado como “propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos”. La privación de la patria potestad no tiene porqué producir un impacto negativo sobre este derecho, tal como se contempla en el art.160.1 CC, aunque podrá limitarse si el juez lo estima conveniente.

Para los supuestos de crisis matrimonial, el derecho de visitas se encuentra regulado en el art 94 CC; en tanto que el fundamento del ejercicio de este derecho, cuando se ha producido una privación de la patria potestad, se encontraría, como ya se ha indicado, en el art. 160.1 CC.

En ambos casos, queda constituido como un derecho-deber cuyo objetivo es tanto complacer las necesidades emocionales de los hijos menores de edad como las de sus progenitores, con miras a la conservación del vínculo que los une. Se pretende impedir, de este modo, un distanciamiento total y definitivo entre éstos cuando no tienen atribuida la custodia, o bien han sido privados de la patria potestad. Se configura como derecho-deber, puesto que se pretende garantizar el amparo de los intereses de los menores respaldando el contacto con ambos progenitores para una mejor formación y desarrollo de sus facultades³¹³. Aunque se puede considerar que los progenitores que disfrutan de este derecho de visitas mantienen los llamados “restos de la patria potestad”. No obstante, este derecho de visitas puede limitarse e, incluso, hacerse desaparecer.

Así, como podemos ver en la STS de 21 noviembre de 2005 “El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor”.

El supuesto de hecho de esta sentencia se conecta con un caso de previa privación de la patria potestad, concluyendo el Tribunal Supremo que “la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para éste puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias

³¹³ Cfr. GUTIÉRREZ ROMERO, F.M. “Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas” *Op. cit.*

como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visita, respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales”.

La SAP de Alicante de 30 de enero de 2012, en el mismo sentido, considera la situación de un progenitor que está incurso en causa de privación de la patria potestad debido al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, ya que a los pocos meses de nacer su hija se desentendió completamente de ella, y así durante once años, no proporcionando ningún tipo de ayuda económica ni de otro tipo. Por tales razones, el tribunal lo priva de la patria potestad y también se pronuncia acerca del derecho de visitas. El juez tiene en cuenta los informes médicos realizados a la menor que revelan episodios de estrés emocional, llegando incluso a influir negativamente en su rendimiento escolar, por la angustia “a sentirse forzada y presionada a ver a su padre biológico”.

Esto lleva al tribunal a citar el art 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño y a considerar no beneficioso para ésta el establecimiento de un régimen de visitas. La no convivencia del progenitor no custodió con su hijo, hace que éste no pueda tomar parte en aspectos referidos al cuidado y formación del mismo, pero sí en aquellos aspectos más relevantes. “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”.

En la SAP de Cáceres de 14 de mayo de 2007 se contempla la situación de un progenitor que ya fue condenado por el homicidio de su anterior esposa, y en el momento de la sentencia tiene establecida una orden de alejamiento hacia la actual, debido a las continuas amenazas y comportamientos agresivos que ejerce sobre la misma. El Tribunal no establece un derecho de visitas para con su hijo ya que a raíz de las pruebas practicadas “el comportamiento del padre produce en el hijo una situación de temor y ansiedad, que le lleva a rechazar con toda rotundidad cualquier relación con su padre, y dicho rechazo está más que fundado hasta el extremo de haber producido en el menor una alteración emocional con problemas de enuresis y encopresis”.

Por ello, no se consideró beneficioso para el hijo el establecimiento de un régimen de visitas.

La Sentencia de Tribunal Supremo ya analizada, de 30 de septiembre de 2015, también contenía en el fallo una orden de alejamiento del progenitor respecto a la menor, suspendiendo de esta manera cualquier posibilidad de régimen de visitas alguno.

De todo lo anterior puede deducirse que la privación de la patria potestad no tiene por qué impedir todo género de relación entre el progenitor privado y su descendencia afectada por la privación. Ahora bien, si el ejercicio del derecho de visitas supone o puede suponer un peligro para el menor, los tribunales pueden o no otorgar inicialmente este derecho; o pueden suspenderlo o extinguirlo si, después de concedido, se comprueba que puede ser perjudicial³¹⁴.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, relativa a la pena de alejamiento del padre en relación a su hija menor, como simple consecuencia de la privación de la patria potestad, estima también el recurso del Ministerio Fiscal, acordando la pena de alejamiento del padre con relación a la hija menor Irimia, hasta que llegue a la mayoría de edad., prohibiéndole al condenado aproximarse a distancia inferior a mil metros al lugar donde se encuentre Irimia, así como a comunicarse con ella por cualquier medio.

Hasta ahora, son numerosos los supuestos de condenas firmes en los que se está concediendo al progenitor condenado un régimen de estancia, relación y comunicación tan amplios que pudieran solaparse con auténticas guardas y custodias compartidas, como puso de manifiesto la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012, al exponer un supuesto de hecho en el que así sucedía: “en relación a este tema, la Fiscal Delegada de Tenerife manifiesta que pese a la prohibición contemplada en el artículo 94 del C.C., cada vez son más los imputados por delitos de violencia sobre la mujer que en los procedimientos civiles solicitan la guardia y custodia compartida y que, si bien la misma es denegada por los jueces, no son pocas las ocasiones en las que se establecen regímenes de visitas tan amplios que «casi se iguala» así el tiempo de las visitas al tiempo de estancia de los hijos con el progenitor custodio” .

³¹⁴ Cfr. MORENO VELASCO, V. “La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas”, en *Diario La Ley*, núm. 7163, año XXX, de 28 de abril de 2009, Ref. D-149, Editorial LA LEY

La solución, para los supuestos de violencia de género, quizá sería optar por ampliar la prohibición de forma genérica al régimen individual de guarda y también al de estancias o visitas e, incluso, a la comunicación del progenitor con el menor, sin que resulte necesario justificar estas medidas, configurando estos supuestos como de peligro o daño automático al menor. Para que tengan lugar las prohibiciones indicadas en este supuesto, se requiere la concurrencia de unos tipos penales determinados: atentar contra la vida, la integridad física o psíquica, la libertad e indemnidad sexual de la pareja o de los hijos, en resumen, que concurra ser investigado en cualquier delito por violencia de género³¹⁵.

Así, al menos, se dejaría abierta la puerta a permitir, aun en tales supuestos de condenas, un régimen de estancias, relación y comunicación del progenitor condenado con el menor, pero “excepcionalmente”, el Juez podría establecer, si lo considerase conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a la concurrencia de los tipos anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos”. La acepción indicada en el texto propuesto “excepcionalmente”, habrá de interpretarse conjuntamente o en relación con el interés superior del menor. El carácter excepcional no ha de entenderse en relación a la medida de estancias, relación y comunicación, sino como inversión de la carga probatoria, debiendo el progenitor probar mediante pericial, testifical, audiencia del menor, documental, etc. que, pese a la condena, el mantenimiento de la relación con el hijo es beneficiosa o conveniente al menor. Si el juez establece dicho régimen de estancias, relación y comunicación, éste debe atender, necesariamente, al interés superior del menor, a los criterios anteriores, sobre el delito cometido, y al riesgo para el menor.), atendiendo al concepto de riesgo del artículo 95.1.2º CP: “Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.”

Para valorar esta previsión debe partirse de la idea de que los menores tienen derecho a estar protegidos frente a comportamientos violentos, debe afirmarse que tienen derecho a no ser testigos de comportamientos violentos. No sólo éstas, sino cualquier otra

³¹⁵ En este sentido SANTANA VEGA, D. M. “La reforma de las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”. Patria potestad, guarda y custodia. Congreso IDADFE 2011, vol. I, LASARTE ALVAREZ, C. (dir.)/ JIMENEZ MUÑOZ, F.J. (Coord.) Tecnos, Madrid 2014, pp.145-168

circunstancia o circunstancias que durante la tramitación del proceso sea relevante al interés superior del menor, habrán de ser valoradas y ponderadas.

Está claro que era necesaria una reforma en esta materia y que aún no ha llegado, contando con las críticas vertidas por diferentes colectivos en este aspecto sobre la práctica judicial en estos supuestos, como el contenido del Informe de la ONG Save The Children sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas de fecha noviembre 2011, que se circunscribe al estudio y análisis de 200 sentencias en la materia, dictadas en el segundo semestre de 2010 y en el primer semestre de 2011. Se reproducen, a continuación, sus conclusiones 4ª y 7ª:

“Conclusión 4ª: La violencia de género no resulta un factor determinante en las sentencias de los juzgados de instancia sobre régimen de visitas. La violencia de género no resulta determinante en la concesión o denegación de régimen ordinario con entregas y recogidas en el domicilio familiar. Si bien el régimen ordinario con Punto de Encuentro se decreta el doble en los JVM que en los JF, este régimen no llega al 11%, mientras el ordinario con entrega a domicilio se decide en el 25,53% de las sentencias de instancia de los JVM. Tampoco existen diferencias respecto a la decisión de suspender el régimen de visitas, medida que incluso se decide en un porcentaje ligeramente mayor en los JF: en la decisión de suspender el régimen de visitas tienen más peso las adicciones y conductas desordenadas del padre que la violencia género, salvo que se trate de agresiones directamente cometidas contra los hijos e hijas”.

Conclusión 7ª: “El Ministerio Fiscal no ejerce un papel más activo ante los recursos procedentes de JVM. Su posición no varía sustancialmente en función de la existencia de violencia de género. La intervención del MF no es más activa en los recursos presentados frente a decisiones de los JVM, en los cuales el porcentaje en el que no figura su posición es incluso más elevado que en los JF, especialmente cuando el objeto de litigio es el régimen de visitas con padre no custodio. Cabe destacar que en los recursos procedentes de los JVM generalmente el MF ejerce mayor oposición ante las pretensiones de las madres. En los recursos promovidos por los padres, especialmente en materia de visitas, se incrementa el número de sentencias en las que no figura su posición”.

Por último resulta significativo que la LO 1/2004, en su art. 44.5³¹⁶, tenga vedada la mediación al proceso familiar, y, sin embargo, permita el proceso de mutuo acuerdo, lo cual, sin duda, constituye un evidente contrasentido: “en todos estos casos está vedada la mediación”. La LO 1/2004 la impide expresamente, argumentándose, para ello, dos razones esenciales: la primera, por su incardinación en la jurisdicción penal, donde tradicionalmente viene prohibida, y, la segunda y más importante, por la desigualdad de las partes, atendiendo a las relaciones de discriminación y dominio, etc. entre las partes, como expone la Exposición de Motivos de la citada Ley.

En los boletines estadísticos del CGPJ se incorporaron en el año 2004 unos apartados específicos dedicados a obtener datos relativos a los procesos en materia de Violencia Doméstica, a la Orden de Protección y a los Procesos Civiles derivados de la Orden de Protección seguidos en los Juzgados con competencia en Familia. Posteriormente en el año 2005 ha sido necesario adaptar los Boletines Estadísticos a las novedades introducidas en la Ley Integral.

Con la creación de los nuevos Juzgados se optó por la elaboración de un Boletín nuevo, dedicado únicamente al tema de la violencia de género y que, a partir del 29 de junio de 2005 y con una periodicidad trimestral, deben remitir todos los Juzgados de Violencia

³¹⁶ Artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. “Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: (...)

2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos: (...)

3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: (...)

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

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

sobre la Mujer, con competencias exclusivas y con competencias compartidas al Consejo General del Poder Judicial para su tratamiento estadístico.

A partir de enero del 2006 se han introducido apartados específicos en los Boletines de los Juzgados de lo Penal y de las Audiencias Provinciales, al objeto de poder contar con información de la actividad de estos órganos en relación con la violencia de género que regula la Ley Integral. Asimismo en el 2007 se han introducido nuevos datos que permiten aproximarse a aspectos que se han considerado precisados de medición, como el número de denuncias trimestrales que se interponen y el número de renunciaciones a la continuación del proceso.

Las estadísticas se publican trimestralmente desglosadas por Tribunales Superiores de Justicia, provincias y partidos judiciales sobre denuncias, órdenes de protección, medidas adoptadas, personas enjuiciadas y forma de terminación de los procedimientos.

Siguiendo con el anterior planteamiento, al hilo de la prohibición de la mediación en violencia de género, tomando los datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, se constata que el 11,27% de los divorcios tramitados en los Juzgado de Violencia sobre la Mujer en España en 2016 han sido de mutuo acuerdo, 9,26% en 2015 y 10,94% en 2014.³¹⁷

DIVORCIOS EN JVM		
2016		
ASUNTOS CIVILES	DIVORCIOS CONSENSUADOS	DIVORCIOS NO CONSENSUADOS
15.275	657	5.166
	11,28%	82,72%

Tabla 1 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

³¹⁷ Datos recogidos de los Informes Anuales de 2014, 2015 y 2016, publicados por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Datos-anuales->

DIVORCIOS EN JVM		
2015		
ASUNTOS CIVILES	DIVORCIOS CONSENSUADOS	DIVORCIOS NO CONSENSUADOS
21.925	553	5.404
	9,26%	90,56%

Tabla 2 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

DIVORCIOS EN JVM		
2014		
ASUNTOS CIVILES	DIVORCIOS CONSENSUADOS	DIVORCIOS NO CONSENSUADOS
21.894	666	5.422
	10,94%	89,05%

Tabla 3 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Como se puede apreciar en estas tablas, a pesar de estar expresamente prohibida la mediación en violencia de género, precisamente por la desigualdad existente entre víctima y agresor, el consenso en los divorcios sigue siendo aceptado en los JVM.

El marco jurídico protector del interés superior del menor está contenido, en diversas normas el Código Penal, la Ley Orgánica Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el Código civil, y ahora

también por la Ley Orgánica 8/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia³¹⁸, Ley 4/2015, Estatuto de la Víctima del delito, Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, por lo que queda de sobra probado que es preciso reforzar la normativa en esta materia, a la vista del amplio conjunto o abanico normativo. Dicho esto, como primera conclusión debemos convenir que en los supuestos de protección del menor ante la violencia ejercida por el progenitor sobre el menor, ya sea por violencia doméstica o de género, procede, en los supuestos aquí analizados, aplicar una determinada regla, que no automatismo ni generalizaciones, para que la protección del menor quede asegurada con una normativa determinada y no al amparo de la interpretación. La valoración de los hechos o de las circunstancias del menor y la labor prospectiva del juzgador ha de realizarse también dependiendo de los tipos delictivos y las calificaciones penales, que son vinculantes, al llevar aparejado un riesgo suficientemente probable, al objeto de tomar la decisión más adecuada para proteger su interés del menor.

En la actualidad, en estos supuestos, ha de realizarse una valoración integral de forma casuística, atendiendo a las circunstancias concretas de cada menor y siempre bajo el prisma del interés superior del menor, determinando las medidas más adecuadas a la protección del menor. En este sentido, habrá que contar con, la excesiva duración de la instrucción de las causas penales y, además de nuestros jueces y tribunales, los órganos dependientes como los institutos de medicina legal, las unidades de valoración integral o los puntos de encuentros familiares también están sobrecargados, circunstancia que dificulta, cuando no hace imposible, atender con la debida dedicación al caso concreto.

En este ámbito, cobra especial significado la interpretación y aplicación flexible y casuística del concepto jurídico indeterminado “interés del menor”, conforme a la normativa y principios informadores vigentes en materia de patria potestad y guarda y

³¹⁸ Cfr. IGLESIA MONJE, M. I. de la “La Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés” *Diario La Ley* Núm 8590, Sección Documento on-line, 24 de julio de 2015. Vid en este sentido IGLESIA MONJE, M.I. de la “Alteración del régimen de visitas de los progenitores”, *Op. cit.*

custodia³¹⁹. De este modo, en atención al interés superior del menor, en estos supuestos, deben establecerse o adoptarse aquellas medidas ajustadas al menor, auténtico epicentro del proceso³²⁰.

Descartada la posibilidad de otorgar la guarda compartida o individual en favor del padre en supuestos de episodios de violencia doméstica y violencia de género, el juez, en estos supuestos, debe pronunciarse, inexcusablemente, conforme a la nueva redacción del art. 65 de la LO 1/2004 sobre la forma de ejercer la patria potestad y la guarda y custodia, basándose en la mayoría de las ocasiones en el informe de valoración del riesgo sobre el menor a los efectos paterno-filiales, como medio de conocer su afectación respecto al episodio violento, y las medidas más acordes con su gravedad y trascendencia para la vida del menor. El proceso judicial debe estar “construido” exclusivamente en torno a las necesidades de protección del menor y no en atención a factores como los derechos del progenitor agresor o la prescripción del delito cometido.

Debe concretarse y evaluarse la existencia de un riesgo sobre el menor, en qué medida ese riesgo afecta a su salud y desarrollo, siendo preciso acreditarlo mediante informes sociales, médicos, psicológicos, etc., los cuales pongan en conexión el episodio violento y el perjuicio del contacto paterno-filial. Debe importar la existencia de un riesgo emocional, en el sentido de que el episodio de violencia, por sí sólo, ya influye al menor, por la mera exposición del menor a la violencia machista como parte del maltrato infantil, en forma de violencia psicológica que incide en su desarrollo emocional y madurativo.

Los poderes públicos, ante la noticia de un posible desamparo, delito o, en definitiva, peligro genérico para el menor, habrán de coordinar adecuadamente todos sus recursos al objeto de evaluar inmediatamente la posible situación de riesgo que para el menor pueda suponer. Esta evaluación puede realizarse, de la misma manera a la que ya se realiza por la valoración del riesgo penal de las víctimas de violencia de género, atendiendo a la posible existencia de dos víctimas: la mujer y el menor. Para ello, el legislador debería dotar del presupuesto necesario que permita la creación de unidades familiares de

³¹⁹ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., WILLS RIVERA, L., REBOURG MURIEL, CORVO LÓPEZ *Patria Potestad, Guarda y Custodia Ed.* Tecnos, 2014

³²⁰ En este sentido GUILARTE MARTIN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Tirant lo Blanch. Valencia 2014

valoración del riesgo, para que informen y den a conocer las medidas de protección y guarda más adecuadas para el menor, de la misma manera que se evalúa el riesgo para la mujer víctima de violencia de género.

Estas evaluaciones del riesgo las vienen realizando tanto las unidades especializadas de las fuerzas de seguridad como la UVIG, Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género, a día de hoy saturadas, conforme al contenido del art. 31 y de la DA 2ª de la Ley Integral de Violencia de Género, respectivamente. Este informe de evaluación dotaría al Juez de un medio no vinculante pero esencial, para arbitrar las medidas protectoras más ajustadas al menor, para que el órgano judicial establezca o no un régimen de estancia, relación y comunicación respecto del hijo, atendiendo sobre todo a aquellos supuestos en los cuales resulte acreditada la existencia de un riesgo grave para el menor.

El epicentro de la privación de la patria potestad o de la prohibición de custodia o de las estancias no es la comisión de ciertos delitos, sino la repercusión de estos hechos sobre el menor³²¹, así como su protección en relación con el progenitor infractor, no como una medida de castigo hasta este último sino como medida de protección al menor.

La coherencia entre los diferentes pronunciamientos de los JVM.

Desde otra perspectiva, cabe señalar, por último, la necesidad de coherencia entre los pronunciamientos que pueden efectuarse en el proceso civil y las medidas cautelares adoptadas en el seno del procedimiento penal³²².

Así, a título de ejemplo, si en este último se ha acordado la prohibición de aproximación o de comunicación con los hijos del investigado, no deberá fijarse régimen de comunicación y visitas del progenitor no custodio, ni siquiera en régimen progresivo, en el proceso civil.

³²¹ CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Ed La Ley, 2012

³²² Entre otros VILLAGRASA ALCAID, C. "Protección en el ámbito civil" *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y Práctica forense*. RIVAS VALLEJO, P/ BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.) Cizur Menor, Navarra, 2007. MARTÍNEZ GARCÍA, E "Los procesos por violencia de género: cinco cuestiones procesales y una reflexión" *Mujer y Derecho*. Jornada por la Igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de Valencia, FABREGAS MONFORT, G. (Coord.) Valencia 2011

En este sentido, el Letrado de la Administración de Justicia del JVM debería dejar constancia en las actuaciones, por diligencia, antes de que se dicte el auto de admisión a trámite de la demanda civil, de:

1. la existencia de los procedimientos penales que se han tramitado o se están tramitando entre las partes.
2. la existencia de una orden de protección, de otras medidas cautelares o el dictado de una sentencia de condena, de haberse dictado una de estas resoluciones. En este caso, debería incorporarse además la fecha en que se dictaron las medidas o el inicio del cómputo de la liquidación de condena, respecto de las penas que puedan tener proyección en la resolución a dictar en el procedimiento civil, así como, en su caso, su fecha de expiración.

A partir del contenido de esta diligencia, el auto de admisión a trámite de la demanda debería acordar:

1. un pronunciamiento en virtud del cual las medidas civiles de la orden de protección se prorrogan, en su caso, hasta el dictado del auto o sentencia que ponga final al proceso civil.

Tendría expreso fundamento en el artículo 772 de la LEC, cuyo primer apartado prevé la unión de las actuaciones seguidas sobre adopción de medidas con anterioridad a la demanda principal, por testimonio, a las actuaciones relativas a procesos de nulidad, separación o divorcio, sin perjuicio de la comparecencia a la que se refiere el apartado 2 del precepto.

2. unir al auto de admisión a trámite de la demanda testimonio de la resolución en la que se basa la prórroga, en su caso, de las medidas con trascendencia civil, de conformidad con el precepto mencionado.

En la remisión de los autos en apelación sería conveniente reiterar la diligencia de constancia sobre el estado de los procedimientos penales a los efectos de asegurar la coherencia de la resolución en segunda instancia.

En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo 2011 , ratificado por España el 6 de junio de 2014, establece en el Artículo 31 sobre “Custodia, derecho de visita y seguridad” que

1. las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.
2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas, en su dictamen de fecha 16 de julio de 2014 sobre el caso Ángela González Carreño, establece entre sus recomendaciones generales al Estado español, que tome medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no pongan en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos.

El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberá prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas a través del “Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica” instó al Estado español en su informe de fecha 2 de julio de 2015 sobre la situación de las mujeres en España para que, entre otras medidas, garantice que no se otorguen derechos de visita sin supervisión a los padres cuando pueda suponer un riesgo para los derechos, el bienestar y la seguridad de la víctima o de su hijos/as.

En definitiva, las medidas civiles habrán de adaptarse a las penales vigentes, entre las que se encuentran la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia y del régimen de visitas³²³, previstas en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, reformados por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Así, el nuevo artículo 65 establece que “el Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependen

³²³ GUTIÉRREZ ROMERO, F.M. “Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, *Op. cit.*

de él” y el artículo 66 dispone que “el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él”.

El artículo 158 del Código Civil, reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, añade entre las medidas cautelares a adoptar por el Juez, de oficio o a instancias del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal “dentro de cualquier proceso civil o penal o expediente de jurisdicción voluntaria”, las medidas de prohibición de aproximación de los progenitores, tutores, otros parientes o terceras personas al menor, a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, y de prohibición de comunicación con el menor, impidiendo a los progenitores, tutores, otros parientes o terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, en ambos casos, con respeto al principio de proporcionalidad (apartados 4º y 5º), y “en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”, para lo cual, “se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses”. Y “en caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública”.

Las medidas contempladas en el artículo 158 CC, tienen el carácter de medidas cautelares, se caracterizan por su carácter urgente y necesario y tienen por finalidad apartar al menor de situaciones puntuales excepcionales de peligro o perjuicio en el entorno familiar o frente a terceros.

Resultan escasas las medidas civiles de protección dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a todas luces, tras los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial a través del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, teniendo en cuenta que el total de asuntos en esta materia registrados en los JVM en 2016 asciende a 197.937.

A continuación se aportan unas tablas sobre los asuntos civiles adoptados, en concreto los relativos a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas, por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer comenzando en el año 2016 hasta 2006, mostrando el bajo

porcentaje que estas medidas suponen sobre el total de las medidas (civiles y penales) acordadas³²⁴:

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2016						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	948	110	1.397	266	15.363	41.581
MC	87	11	99	15	1.122	19.277
% sobre total medidas adoptadas	1.3%	0.1%	1.9%	0.4%	21.3%	78.7%

Tabla 4 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2015						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	728	84	1.223	162	14.138	41.100
MC	60	9	46	21	899	16.266
% sobre total medidas adoptadas	1.1%	0.1%	1.7%	0.3%	20.7%	79.2%

Tabla 5 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

³²⁴ En los datos anuales que publica el CGPJ a través del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, se calculan los porcentajes de estas medidas sobre el total de medidas civiles adoptadas, no sobre el total de medidas (civiles y penales).

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2014						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	565	56	1.078	240	13.680	44.346
MC	58	6	55	35	845	14.705
% sobre total medidas adoptadas	0,8%	0.1%	1.5%	0.3%	19,7%	80,3%

Tabla 6 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2013						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	590	58	1.295	240	14.439	43.924
MC	23	11	65	28	677	15.673
% sobre total medidas adoptadas	0,8%	0.1%	1.8%	0.4%	20.2%	79.8%

Tabla 7 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2012						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	653	76	1.498	182	15.505	47.001
MC	57	3	78	9	669	19.705
% sobre total medidas adoptadas	0.9%	0.1%	1.9%	0.2%	19.5%	80.4%

Tabla 8 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2011						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	791	49	1.664	170	17.668	53.245
MC	49	6	64	40	1.058	20.685
% sobre total medidas adoptadas	0.9%	0.1%	1.9%	0.2%	20.2%	79.8%

Tabla 9 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2010						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	748	76	1.798	283	19.373	58.045
MC	45	3	61	21	903	20.309
% sobre total medidas adoptadas	0.8%	0.1%	1.9%	0.3%	20.5%	79.4%

Tabla 10 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2009						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	859	81	2.223	208	22.517	64.849
MC	55	13	95	11	1.149	22.595
% sobre total medidas adoptadas	0,8%	0.1%	2.1%	0.2%	21.4%	78.6%

Tabla 11 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2008						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTA D	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	1.047	85	2.371	170	22.318	70.955
MC	64	4	143	61	1.306	21.916
% sobre total medidas adoptadas	0.9%	0.1%	2.1%	0.2%	20.3%	79.7%

Tabla 12 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2007						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTA D	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	1.903	963	100	126	18.377	62.993
MC	73	48	6	11	802	20.719
% sobre total medidas adoptadas	2%	1%	0.1%	0.1%	18.6%	81.3%

Tabla 13 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2006						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	1.056	101	1.993	112	17.600	62.027
MC	45	18	55	6	678	21.317
% sobre total medidas adoptadas	1.1%	0.1%	2%	0.1%	18%	82%

Tabla 14 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Los instrumentos normativos, relacionados anteriormente no han supuesto una respuesta acorde con la protección del interés de los y las menores víctimas de la violencia de género, observando cómo, en las sentencias analizadas, aún no ha tenido transcendencia la nueva definición de interés del menor. Sería necesario que el legislativo diera un paso hacia adelante, modificando el artículo 156 del Código Civil, en el sentido señalado por las sentencias nº 926/2015, de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de noviembre de 2015, y la nº 67/2017, y la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de enero de 2017. Modificación que debería estar dirigida a establecer que la existencia de un procedimiento o condena por delitos de violencia de género será causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, atribuyéndose en exclusiva a la madre, desde la adopción de las medidas penales de protección, hasta la extinción de la responsabilidad penal por el delito correspondiente, modificando, en el mismo sentido, el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta modificación estaría acorde con la definición de interés del menor definida en el artículo 2 de La Ley Orgánica, 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, garantizando así la protección del desarrollo del menor, la satisfacción de sus necesidades básicas:

materiales, físicas y educativas. Priorizándose, de esta forma, su interés superior, frente al interés del padre agresor de control y sometimiento hacia la madre e hijos/as³²⁵.

4.4. PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La privación de la patria potestad en cuanto hecho que afecta a la potestad, debe constar en el Registro Civil como inscripción marginal a la del nacimiento del menor de edad (art. 46.2 Ley del Registro Civil). Y, debe constar, además, en el correspondiente Libro de Familia (art. 36.2 RRC).

El hecho inscribible es la privación establecida en la correspondiente sentencia firme; de forma que será el Juez encargado de la ejecución de ésta, quien deberá promover la inscripción de tal medida, remitiendo para ello, de oficio, al encargado del Registro testimonio bastante de la resolución judicial (art. 25 LRC; y art. 524.2 LEC). Tras la notificación, el Juez encargado del Registro, en cumplimiento de su función calificadora, examinará la competencia del Tribunal que ha dictado la resolución, así como la adecuación del procedimiento, y la autenticidad y formalidad del documento en el que conste la resolución.

4.5. LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La recuperación o rehabilitación de la patria potestad sólo será posible si ha cesado la causa o causas que dieron lugar a la adopción de una medida de protección como es, precisamente, la privación de la potestad y, por supuesto, resulta beneficioso para el interés del menor y no conlleva ningún perjuicio para el mismo. El progenitor debe poder cumplir y asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad.

³²⁵ REYES CANO, P. “La patria potestad a examen ante la violencia de género”. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. Vol. 51, 2017, pp. 335-356

La posibilidad de recuperación de la titularidad de la patria potestad por parte del progenitor privado determina la temporalidad de la privación, salvo que se haya procedido a la adopción del menor, en cuyo caso adquiere carácter permanente; y, asimismo, que aquélla no tiene carácter irreversible.

En todo caso, para que la recuperación surta efectos, se requiere la correspondiente resolución judicial que así la establezca. Únicamente el órgano judicial puede acordar la recuperación de la patria potestad, atendiendo siempre al beneficio o interés del menor. No cabe una recuperación automática, a diferencia del proceso penal, pues, como ya se ha expuesto anteriormente, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad es una medida temporal; basta que trascurra el período de condena, para que la recuperación de la potestad por el progenitor privado de ella tenga lugar automáticamente sin intervención judicial.

La recuperación de la patria potestad requiere el cese de la causa que motivó la privación, extremo este que debe ser estimado por el Juez y probado por el progenitor, que pretende recobrar la patria potestad. Se recupera tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad. Si bien, no resulta desacertada la posición de quienes abogan por una recuperación progresiva y paulatina de las facultades que representan el contenido de la patria potestad, aunque todo ello, dependerá de lo que se considere más conveniente para el desarrollo integral del menor y de sus intereses.

La recuperación de la condición de titular de la patria potestad provoca, como efecto general, la cesación de la privación, y de sus específicos efectos. Decaerán la incapacidad para ser adoptante, inhabilitación para el ejercicio de la tutela y devengarán ineficaces las causas de indignidad para suceder y los motivos que pudiesen justificar la desheredación

CAPÍTULO V. GUARDA Y CUSTODIA

1. DERECHO COMÚN
2. DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL PROPIO.
 - 2.1. ARAGÓN
 - 2.2. CATALUÑA
 - 2.3. NAVARRA
 - 2.4. COMUNIDAD VALENCIANA
3. REQUISITOS
4. JURISPRUDENCIA
5. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA
6. SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

CAPÍTULO V. GUARDA Y CUSTODIA

Por guarda y custodia se entiende vivir, cuidar y asistir a los hijos. Se puede atribuir a uno de los progenitores, compartida entre ambos o a una tercera persona³²⁶. ¿En qué se diferencia la guarda y custodia y la patria potestad? Tal y como se ha expuesto anteriormente, la patria potestad se refiere a la representación general de los hijos,

³²⁶ Cfr. ARCH MARÍN, M., JARNE ESPARCIA, A., MOLINA BARTOMEUS, A. “Criterios de decisión para las recomendaciones de guarda y custodia de los hijos” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008. GONZALEZ ORVIZ, M. E. *Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental*. Ed. Bosch, 2010. GARCIA PRESAS, I. *Guarda y Custodia de los Hijos*. Ed. Juruá LDA, 2015. SANTANA VEGA, D. M. “La reforma de las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”. Patria potestad, guarda y custodia. Congreso IDADFE 2011, vol. I, LASARTE ALVAREZ, C. (dir.)/ JIMENEZ MUÑOZ, F.J. (Coord.) Tecnos, Madrid 2014, pp.145-168. LASARTE ÁLVAREZ, C., WILLS RIVERA, L., REBOURG MURIEL, CORVO LÓPEZ *Patria Potestad, Guarda y Custodia* Ed. Tecnos, 2014. CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Ed La Ley, 2012. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género”, en HOYOS SANCHO, M. de (Coord.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Op. cit., pp. 203-230

mientras que la guarda y custodia se centra en la convivencia habitual o diaria con ellos. Por eso, cuando se produce una ruptura matrimonial, lo normal es que ambos progenitores mantengan la patria potestad, cosa que no suele ocurrir con la guarda y custodia ya que por regla general solo uno de ellos la mantiene, exceptuando los casos de custodia compartida³²⁷.

Para decidir sobre qué progenitor debe ostentarla rige el principio del beneficio del menor, en el caso en que no exista acuerdo entre los padres, además de oír al propio menor, se ponderarán las aptitudes de los progenitores, relaciones con los hijos, condiciones y entorno de cada uno de ellos y todas aquellas circunstancias que ofrezcan la estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral del menor³²⁸.

Antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará el informe del Ministerio Fiscal y oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario.

¿Qué criterios se siguen para atribuir la guarda y custodia de los hijos? Para otorgar la guarda y custodia a uno u otro progenitor se debe atender a las circunstancias concretas de cada caso, combinadas con criterios legales, como son:

- El interés superior de los menores.
- El resultado del informe del equipo psicosocial de los Juzgados exigidos legalmente. Este equipo está formado por un psicólogo y un trabajador social que entrevistan a los padres y a los menores, observan la interacción de los niños con ambos progenitores y realizan pruebas diagnósticas a los padres. Este informe pericial, aunque no es vinculante para el Juez, es fundamental y casi siempre determinante respecto al tipo de custodia y de visitas a establecer en la sentencia de divorcio
- El derecho de audiencia de los menores.
- El principio de no separar a los hermanos.
- La edad de los menores.

³²⁷ Cfr. SAN SEGUNDO MANUEL, T. “Separación y divorcio. Medidas de carácter personal”. *Manual de lucha contra la violencia de género*, en MARCHAL ESCALONA, A. N. Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2010. Este autor afirma que sería más conveniente hablar de custodia alternativa que de custodia compartida, siendo ésta última sólo posible cuando el núcleo familiar esté unido.

³²⁸ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., p. 23

- El tiempo de que disponen los progenitores.
- El lugar de residencia.

De forma excepcional, la custodia puede encomendarse a un tercero, que se regula en el artículo 103.1 del Código Civil y se da cuando concurren causas graves que determinen que en interés del menor, su custodia sea encomendada a un tercero. En estos casos, se suele encomendar a los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieran, y de no haberlos, a una institución idónea, confiriendo el Juez las funciones tutelares.

La guarda y custodia compartida se dará cuando los padres lo soliciten en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Excepcionalmente el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

1. DERECHO COMÚN

Nuestro Código Civil regula separadamente la institución de la patria potestad y la de los distintos modelos de guarda y custodia de los hijos menores.

La patria potestad se regula, con sustantividad propia, bajo la rúbrica “De las relaciones paterno-filiales” en su Título VII, mientras que los modelos de custodia se regulan en los artículos 90 y siguientes, como uno de los efectos de la nulidad, separación o divorcio. En situaciones de convivencia de los padres, la titularidad de la patria potestad, su ejercicio, y la guarda y custodia coinciden en ambos progenitores. Pero, en caso de ruptura de la relación de éstos, sea matrimonial o de hecho, pueden darse distintas situaciones en cuanto a la patria potestad que van desde su privación (art. 170 CC), a la atribución de su ejercicio a uno solo de los progenitores (art. 156 CC), siendo lo más frecuente que tanto titularidad como ejercicio sean atribuidos a ambos.

En cuanto a la guarda y custodia de los hijos, debe ser atribuida a uno o a otro, o a ambos de forma compartida, como consecuencia de la cesación de la vida en común de los progenitores.

Las Comunidades Autónomas que carecen de derecho civil propio se rigen por el Código Civil común. Actualmente, en materia de custodia, solo han desarrollado un derecho civil propio las comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra y Comunidad Valenciana. El resto de comunidades se rige por la normativa común, contenida en los artículos 90 y siguientes y, especialmente en la materia que nos ocupa, en el art. 92 del Código Civil, en la última redacción operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

En este último precepto, se regulan los distintos modelos de guarda y custodia, dando preferencia a la custodia exclusiva de un solo progenitor. Esa preferencia resulta evidente, dada la dicción de su apartado 5, en relación con el 8º. Según su apartado 5, ambos padres deben estar de acuerdo para obtener la custodia compartida porque, en caso de acuerdo, deberá así resolverse mientras que, en otro caso, el apartado 8 dice que el juez podrá concederla «excepcionalmente» a petición de uno solo de los cónyuges y siempre que entienda que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés del menor.

Hasta su declaración de inconstitucionalidad por Sentencia del Pleno del T.C. nº 185/2012, de 17 de octubre, también era necesario, para otorgar la guarda y custodia compartida, contar con el informe favorable del Ministerio Fiscal. Sin embargo, esta sentencia declaró inconstitucional y nulo el inciso «favorable» contenido en el art. 92.8 del Código Civil.

Antes de esa reforma, el Código Civil no conocía otra forma de custodia que la exclusiva de un solo progenitor. Es más, esa custodia se difería a la madre obligatoriamente, tratándose de hijos menores de 7 años, hasta que dicha preferencia materna fue suprimida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Hoy en día, la ley presume que ambos padres están igualmente capacitados para la crianza de los hijos, erigiéndose como único criterio legal para su atribución el principio del interés superior del menor que debe guiar la actuación de los Tribunales.

En el derecho civil común, caben ambas formas de custodia. Pero, mientras la monoparental y la compartida solicitada por ambos progenitores de mutuo acuerdo sólo requiere para ser establecida que no perjudique el interés del menor, la custodia compartida, solicitada por uno solo de los progenitores con la oposición del otro, es tratada por el propio Código Civil como algo excepcional, que solo debe concederse cuando de esa única forma se proteja adecuadamente el interés del menor³²⁹. Finalmente, aun cuando en el apartado 6 del art. 92 se dan una serie de pautas al Juez sobre qué aspectos debe tener en cuenta para decantarse por un determinado régimen de custodia – oír a los menores, recabar informe del Ministerio Fiscal, valorar las alegaciones y la prueba y la relación entre los progenitores y sus hijos–, se echa de menos un listado de criterios concretos que habrá de valorar el Juez para acordarla, catálogo de circunstancias que sí ha sido previsto expresamente en las legislaciones autonómicas.

2. DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL PROPIO.

La sociedad está cambiando por lo que la situación descrita en el Código Civil no se considera adecuada por muchos. La custodia compartida ha ido ganando fuerza en España en los últimos años. Para algunos, es la solución más justa para ambos progenitores. Otros, sin embargo, consideran que genera inestabilidad y conflictos en la vida de los niños.

Algunas Comunidades Autónomas con derecho civil propio han decidido regular la custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de sus padres con su propia ley autonómica. Pasemos a examinarlas.

³²⁹ Vid. GARCIA PRESAS, I. *Guarda y Custodia de los Hijos. Op. cit*

2.1.ARAGÓN

Aragón fue la primera comunidad en abrir camino hacia la custodia compartida cuando, en mayo de 2010, sus Cortes aprobaron la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, aprobó con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. En él se establece la custodia compartida como opción preferente salvo que la individual sea más conveniente.

En su art. 80, dicho Código trata de la guarda y custodia de los hijos para señalar que cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor, que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

Pese a que en el núm. 2 del citado artículo se establece que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, a continuación, se contiene la salvedad de que la custodia individual sea más conveniente. Esta decisión de custodia, sea individual o compartida, debe apoyarla el Juez en el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores, atendiendo, además, a los siguientes factores: a) la edad de los hijos b) el arraigo social y familiar de los hijos c) la opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años d) la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos e) las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; y f) cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores, evitando la separación de los hermanos salvo circunstancias que lo justifiquen.

Finalmente, se contempla específicamente que no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor, la objeción de uno de los progenitores a ella, que trate de obtener la custodia individual, y la no procedencia de su atribución ni individual ni compartida al progenitor 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, siempre que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

2.2.CATALUÑA

El Parlamento Catalán aprobó, en el verano de 2010 y con la ley 25/2010, el Libro II del Código Civil catalán denominado “De la persona y la familia”, en el que se cambia el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida.

La ley catalana da prioridad al acuerdo entre los progenitores a través del llamado plan de parentalidad. A diferencia de la aragonesa, no se decanta de forma expresa por la preferencia de la custodia compartida, si bien puede deducirse esa intención de la redacción de sus arts. 233.8 y 233.10, respectivamente, a la responsabilidad parental y al ejercicio de la guarda.

En efecto, así es, según se deduce especialmente del primero de ellos, art. 233.8, al establecer que, en los casos de ruptura de la convivencia, no se alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos, de modo que éstas

mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. El segundo establece que cada uno de los padres presentará un plan de parentalidad en el que deben especificar cómo piensan ejercer sus responsabilidades con los hijos, planes que el juez tratará de conciliar. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual, si así conviene más al interés del hijo. (233.10).

En su art. 233.11, se contienen una serie de criterios y circunstancias a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia, tales como: a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar e) La opinión expresada por los hijos f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio, antes de iniciarse el procedimiento; y g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

Finalmente, se contiene la recomendación de no separar a los hermanos, y la prohibición, en interés de los hijos, de atribuir la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme, o contra el que haya indicios fundamentados de que haya cometido actos de violencia familiar o machista, de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

2.3.NAVARRA

La Comunidad foral de Navarra ha aprobado la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que entró en vigor el 28 de junio de 2011.

La Ley Foral pretende, en línea con la realidad social actual, corregir el carácter excepcional de la custodia compartida en la regulación del Código Civil. La finalidad de esta Ley, dice su art. 1, es adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, así como facilitar el acuerdo de éstos a través de la mediación familiar³³⁰.

La ley no se decanta por ninguna de las dos formas de custodia, que regula en absoluto plano de igualdad. Así, el art. 3 dice que, en el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos. La decisión judicial se adoptará tras oír al Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

En definitiva, es el Juez quien decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta, como en la legislación aragonesa y catalana, los siguientes factores: a) la edad de los hijos b) la relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas c) el arraigo social y familiar de los hijos d) la opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años e) la aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos f) las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres g) los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que éstos le hayan justificado; y h) cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

³³⁰ BARRAGÁN CÁMARA, M. T. *Menores víctimas de violencia de género. Estudio de una propuesta basada en entrevistas a expertos, desde la mediación familiar*. Facultad de Trabajo Social. Universidad de Jaén

Finalmente, como la ley catalana, se contiene la recomendación de no separar a los hermanos y, como la catalana y la aragonesa, se prohíbe otorgar la guarda individual o colectiva a uno de los padres cuando conjuntamente se den las dos siguientes circunstancias: a) encontrarse incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas; y b) que se haya dictado resolución judicial motivada, en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco se dará, cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. La medida es revisable a la vista de la resolución firme que se dicte en el proceso penal, estableciéndose expresamente que no será suficiente a esos efectos la sola denuncia por la pareja.

2.4.COMUNIDAD VALENCIANA

El 15 de octubre de 2010, el Gobierno valenciano aprobó el proyecto de Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que da prioridad al acuerdo entre los progenitores a través de un pacto de convivencia familiar. Si no se llega a un acuerdo, el principio general será el de custodia compartida, aunque el juez también podrá decidir la custodia individual de uno de los progenitores, atendiendo a las circunstancias, si considera que ése es el interés del menor.

La ley valenciana fue objeto de Recurso de Inconstitucionalidad núm. 3859/2011, ante el Tribunal Constitucional, fundamentado no sólo en razones de competencia legislativa sobre la materia, es decir, si es conforme al art. 149 de la Constitución el que las Cortes Valencianas regulen en materia de derecho civil, sino también en razones de fondo, esto es, por las dudas que suscitan sus arts. 5 y 6, en orden a la prevalencia del interés del menor.

La ley entró en vigor el 5 de mayo de 2011 y estuvo suspendida por la interposición del Recurso desde el 4 de julio al 22 de noviembre de ese mismo año.

Bajo la premisa de que el concepto de custodia se queda corto y obsoleto para las pretensiones de la ley –así se dice en la Exposición de Motivos–, en el art. 3 se define la nueva terminología: a saber, régimen de convivencia compartida, para referirse a la custodia compartida y régimen de convivencia individual para referirse a la exclusiva de un solo progenitor; régimen de relaciones, para referirse al contacto periódico entre el progenitor que no convive con sus hijos y éstos; pacto de convivencia familiar para referirse al hasta ahora llamado convenio regulador y autoridad parental en alusión a la patria potestad.

A falta de pacto entre los progenitores y previa audiencia del Ministerio Fiscal, el art. 5, núm. 2 dice que el juez, con carácter general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos menores, sin que sea obstáculo la oposición de uno o las malas relaciones entre los progenitores. Resulta cuestionable esa atribución genérica de la custodia compartida con independencia de las malas relaciones entre los padres. De hecho, la actitud de respeto y colaboración entre los progenitores es un criterio expresamente contemplado en la legislación de Navarra y Cataluña para otorgarla; y también resulta cuestionable que ese precepto sea acorde con la protección del interés superior del menor, consagrada por el art. 39 de nuestra Constitución.

Aunque el criterio preferente es la custodia compartida, a continuación dice el núm. 4 del mismo precepto que el Juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

El Pleno del TC dictó Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre de 2016 de Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011, resolviendo la estimación del recurso y, en consecuencia, declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 5^o³³¹

³³¹ “5º. En cuanto al alcance de nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad debe precisarse que no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la Ley 5/2011 que ahora se declara inconstitucional, en relación a la fijación de un determinado régimen de guardia y custodia para los hijos menores — independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores

de sentencia y contando con el voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Rios, manifestando su discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo de dicha sentencia, que, en su opinión, hubiera debido ser íntegramente desestimatorio.

3. REQUISITOS

Como en las legislaciones ya analizadas, la ley contiene una serie de factores³³² que deberán tenerse en cuenta antes de otorgarla, tales como:

- a) la edad de los hijos. Si se trata de lactantes, podrá ser el régimen de convivencia de menor extensión y provisional, debiendo ampliarse progresivamente a instancias de cualquier progenitor
- b) la opinión de los hijos con madurez suficiente y, en todo caso, de los mayores de 12 años³³³
- c) la dedicación pasada a la familia, tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos y la capacidad de cada progenitor
- d) los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan
- e) los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos
- f) las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores
- g) la disponibilidad de cada uno de los progenitores para mantener un trato directo con cada hijo
- h) cualquier otra circunstancia relevante.

Finalmente, no procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores:

estatal y autonómico—, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor. Asimismo, conforme al principio constitucional de seguridad jurídica, procede el mantenimiento de las referidas situaciones ya consolidadas con anterioridad al momento de la presente resolución.

Por todo lo cual, los regímenes de guardia y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes, adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y en atención al superior beneficio de los menores, seguirán rigiéndose, tras la publicación de esta Sentencia, por el mismo régimen de guarda que hubiera sido en su momento ordenado judicialmente, sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 LEC.”

³³² Así *vid.* CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales. Op. cit.* GARCIA PRESAS, I. *Guarda y Custodia de los Hijos. Op. cit.*

³³³ Al respecto MARÍN LÓPEZ, M. J. “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten” *Derecho privado y Constitución* n° 19. 2005.

A) Cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor.

B) Cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Por otra parte, se añade la revisión de la ordenación de las relaciones familiares, cuando se dicte resolución judicial con efectos absolutorios.

4. JURISPRUDENCIA

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo resolvió, mediante Sentencia de 18 de diciembre de 2012, estimar el recurso de una madre a la que las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial privaron de la custodia de su hijo porque la madre incumplió reiteradamente el régimen de visitas que correspondía al padre, al entender la Sala Primera, en síntesis, que el incumplimiento no ampara la modificación del régimen acordado cuando la modificación no resulta beneficiosa para el interés del menor.

Son hechos probados de la sentencia recurrida que a la madre se le había atribuido inicialmente la guarda y custodia de su hijo, permitiéndose además el cambio de residencia a los Estados Unidos de América, y que dejó sin cumplir los compromisos asumidos en orden a facilitar las comunicaciones del hijo con el padre, pese a las múltiples actuaciones judiciales que se llevaron con tal finalidad desde el año 2006. Estos incumplimientos llevaron al padre a solicitar para sí la guarda y custodia del menor en demanda de modificación de medidas que fue estimada por el Juzgado y por la Audiencia Provincial.

Ahora la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo revoca la sentencia de apelación y mantiene el régimen inicial.

La sentencia de la Sala, de la que es ponente el magistrado Seijas Quintana, analiza el marco normativo, nacional e internacional, con especial atención al artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite modificar el régimen de guarda y custodia «por incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas», y llega a la conclusión de que dicho precepto «debe estar siempre subordinado al superior interés del menor, ya que el beneficio de este es el principal criterio que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre su cuidado y educación».

En aplicación de este criterio, valora la Sala que los acreditados incumplimientos del ex cónyuge custodio no justifican un cambio de guarda y del régimen de visitas cuando las circunstancias del caso determinan que dicho cambio no resulta beneficioso para el menor. Con independencia del reproche que cabe realizar del comportamiento de la progenitora custodia, lo relevante para rechazar la pretensión del padre, dice la Sala (asumiendo el parecer expresado en el voto particular de la sentencia de apelación) es que el menor estaba plenamente integrado en el país de residencia, y que el cambio supondría para él un trauma y un perjuicio mayor al tener que trasladar su residencia a un país muy distante, y verse obligado a convivir con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce

La sentencia núm. 526/15 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Córdoba, 29 de mayo de 2015, atribuye la guarda y custodia de los hijos menores al padre, motivado por desamparo al menor, quedando compartida la patria potestad y estableciendo a favor de la madre un régimen de visitas revisable de una hora a la semana en la sede del PEF. En la fundamentación jurídica de esta Sentencia se recogen los requisitos necesarios para hacer una modificación de la guarda y custodia de los descendientes menores, todos ellos señalados en la STS de 27 de junio de 2011 “recoge la ya pacífica interpretación doctrinal y judicial, para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente, requiriendo la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar. b) Que dicha modificación o alteración sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas. c) Que tal cambio sea estable o

duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntura, o esporádica. d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.”

5. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

La guarda y custodia compartida se encuentra en pleno debate legislativo³³⁴, jurisprudencial y doctrinal en nuestro país desde que la Ley 15/2005, de 8 de julio, la introdujera de forma expresa en nuestro Derecho Civil.

A pesar de las limitaciones con las que esta reforma abordó la guarda y custodia compartida, el TS, en su Sentencia de 29 de abril de 2013, señaló que la redacción del art. 92 CC «no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

A partir de la reforma del Código Civil, poco a poco los pronunciamientos del TS y los distintos Jueces y Tribunales son más proclives a su implantación, en la práctica produciéndose un incremento significativo de las resoluciones acordando esta modalidad de guarda y custodia

Desde que el Tribunal Supremo superó en su Sentencia de 29 de abril de 2013 la excepcionalidad con que se contemplaba la custodia compartida y fijó un elenco de criterios para valorar la conveniencia de su aplicación, han sido muchas las cuestiones relacionadas con este modelo de custodia sobre las que, ante el vacío legal, se ha tenido que pronunciar. Destacando, como veremos, en su última sentencia (STS 194/2016, de 29 de marzo), la importancia de que las Audiencias respeten su doctrina en aras de la

³³⁴ Vid. ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R. M. *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*. Ed. Hipalex, 2016

seguridad jurídica, por encontrarnos ante «un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares».

Si bien a partir de la mencionada sentencia de abril de 2013, el TS inicia una línea jurisprudencial a favor de la guarda y custodia compartida, también ha destacado la necesidad de probar y justificar la conveniencia de dicho modelo. Los criterios establecidos en la Sentencia de 29 de abril de 2013 han de ser integrados con hechos y pruebas y así lo señaló en la Sentencia número 515/2015, de 15 de octubre de 2014:

«Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas».

En el caso analizado por la sentencia, se denegó la guarda y custodia compartida por concluir, tras el análisis de las pruebas practicadas, que no era éste el modelo más beneficioso para el menor:

«Sucede en este caso que es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, quien por tal motivo dejó de trabajar, y sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo en cuanto a las labores de cuidado, atención y correcto ejercicio de las funciones parentales; que el padre tiene una menor disponibilidad de tiempo para el cuidado y la atención de los mismos; que de la prueba practicada, esencialmente el Dictamen del equipo Psicosocial y el interrogatorio de la Sra. Elisabeth, entendemos que existe una relación de conflictividad centrada, fundamentalmente, entre la Sra. Elisabeth y la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos teniendo en cuenta las labores de cuidado y atención que deberían prestarles en razón a esa escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; todo lo cual no parece la fórmula idónea para proteger el interés de los menores que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida».

Insiste sin embargo el tribunal en la reiterada sentencia 194/2016, de 29 de marzo, que se trata de supuestos concretos que impiden formular una doctrina concreta: «Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala han denegado este régimen de custodia pese al establecimiento en la instancia de un sistema amplio de comunicaciones de uno de los progenitores con los hijos. Se trata de resoluciones concretas en las que no era posible el tránsito de una guarda exclusiva a otra compartida con base a las circunstancias debidamente valoradas en la sentencia recurrida y siempre en interés del menor (lo que impide formular una doctrina concreta)»

6. SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Establece el art. 92.7 CC «no procederá la guarda y custodia conjunta cuando (...) el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica»³³⁵.

El TS se pronunció sobre esta situación en sentencia 36/2016, de 4 de febrero de 2016. En esta sentencia el Juzgado de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda de la actora atribuyendo a ésta la guarda y custodia de sus dos hijos. La Audiencia Provincial de Bizkaia revocó la sentencia y acordó la guarda y custodia compartida de los menores entre ambos progenitores por semanas alternas.

Sin embargo, tras dictarse la sentencia de apelación, el padre fue condenado por un delito de violencia de género contra la ahora demandante (amenazas en el ámbito familiar), y se le prohibió acercarse a ella a una distancia inferior a 300 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses.

³³⁵ Vid. RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. “La atribución de la custodia compartida en los supuestos de violencia intrafamiliar” *Práctica de Tribunales* nº 100, enero-febrero 2013. *La Ley* 19269/2012. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género”, en HOYOS SANCHO, M. de (Coord.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales. Op. cit.*, pp. 211-230

Ante esta situación, el TS consideró que «Sin duda la Audiencia Provincial acierta en su respuesta a la pretensión del padre. Se establece la guarda y custodia compartida a partir de la integración de los hechos que considera acreditados en los criterios de esta Sala sobre guarda y custodia compartida» (...) «Nada habría que objetar, por tanto, si no fuera por la incorporación al rollo de esta Sala de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernica-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género». Los hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familia tienen una «evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad».

Continúa fundamentando dicho Tribunal que «El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor.

Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica»³³⁶.

³³⁶ Al respecto, resulta de interés *vid.* CABEZUELO ARENAS, A.L. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL *Propuesta de Código Civil*. donde se recoge en la redacción del artículo 219-7.

A la vista de los hechos, el TS asume la sentencia de instancia y mantiene la guarda y custodia de los hijos acordada por el Juzgado en favor de la madre.

En aplicación del art. 92.7 del Código Civil, la jurisprudencia contempla varias posturas, aunque bastante similares:

Son numerosos los casos en los que no se concede por existir un proceso penal en curso, tal y como establece el CC, ejemplos de ello son la SAP Baleares, Sec. 4ª, 155/2015, de 5 de mayo y la SAP Madrid, Sec. 22ª, 275/2015, de 20 de marzo, en las que se valoran todas las circunstancias, además de que haya un proceso penal en curso; la SAP Baleares, Sec. 4ª, 403/2014, de 29 de octubre, en la que, pese a la buena relación de la hija con su padre, el proceso penal en curso impide acoger la custodia compartida; la SAP Álava, Sec. 1ª, 259/2014, de 23 de octubre, en la que, además, hay un auto motivado acordando seguir las diligencias previas; y también la SAP La Rioja, Sec. 1ª, 205/2014, de 28 de julio, en que los procesos penales se han iniciado por ambos, revelando asimismo un gran enfrentamiento que impediría esta custodia.

También la Jurisprudencia recuerda los supuestos en que no puede acogerse por haber recaído una condena penal por violencia familiar, como la SAP Madrid, Sec. 22ª, 118/2015, de 3 de febrero, aunque esta no sea firme.

Otro supuesto es el caso en el que existe un ambiente conflictivo que va en contra de esta medida³³⁷, pese al archivo de la denuncia, como sucede en la SAP Asturias, Sec. 4ª, 210/2014, de 25 de julio.

Titularidad y formas de ejercicio de la guarda, concretamente en el apartado 5. “En ningún caso puede conferirse la guarda, sea cual sea el modo en que ésta se articule, a los condenados por sentencia firme por un delito de violencia familiar, 40 aunque los menores no sean sus víctimas directas. Tampoco puede acordarse la guarda cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Así como el artículo 219-9. Derecho de visitas a favor del progenitor no custodio, apartado 2. “El juez puede limitar o suspender estos derechos si existe condena por maltrato familiar u otras circunstancias graves que así lo aconsejen. La limitación o suspensión pueden decretarse asimismo cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes establecidos en el convenio regulador o impuestos en la resolución judicial”.

³³⁷ Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género”, en HOYOS SANCHO, M. de (Coord.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Op. cit., pp. 203-230

En las comunidades autónomas que han utilizado las competencias atribuidas en orden a legislar la materia, han establecido diferentes regulaciones en torno a la custodia compartida y a esta exclusión de otorgar la custodia al progenitor incurso en un proceso penal por violencia de género.

En Cataluña, se recuerda que la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, regula la guarda en sus arts. 233-8 a 233-11. Para empezar, hay que resaltar que comienza con el concepto de responsabilidad parental de carácter compartida, una responsabilidad de cara, sobre todo, a los propios hijos. Se establece la preferencia por el ejercicio compartido de la guarda, art. 233-10, para lo que los progenitores tienen que elaborar un plan de parentalidad — que regula el art. 233-9—, instrumento en el que determinan de qué forma van a ejercer sus responsabilidades parentales, sea cual sea el modelo de estancias que decidan. Y solo si conviene más al interés del hijo, la autoridad judicial puede disponerse una guarda individual.

En cuanto a la excepción, en el apdo. 3 del art. 233-11 y en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

Hay que aclarar que, esta diferencia entre víctimas directas o indirectas de la violencia dejó de tener sentido a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, pues ya se considera a los hijos de las víctimas de violencia de género y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas también de esta violencia.

Entre la jurisprudencia que aplica el art. 233-11.3 del Código Civil de Cataluña se presentan las siguientes posturas:

Que se otorgue la custodia compartida por considerarse que el menor no es víctima indirecta, dado que el episodio de violencia fue de carácter leve y en una sola ocasión: STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 3/2015, de 12 de enero.

Supuestos en los que no se concede la custodia compartida por haberse iniciado un proceso penal y se considera a los menores víctimas indirectas, como sucede en los supuestos de las STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 77/2014, de 1 de diciembre, SAP Barcelona, Sec. 12ª, 796/2014, de 18 de diciembre, SAP Barcelona, Sec. 12ª, 557/2014, de 18 de septiembre, SAP Barcelona, Sec. 12ª, 457/2014, de 9 de julio y STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 27/2014, de 14 de abril, especialmente interesante porque tiene en cuenta el daño a la menor de once meses, ya que, aunque aparentemente no tenga conocimiento o conciencia de los actos, el sufrimiento de la madre tiene incidencia en ella. En la misma línea la SAP de Barcelona, Secc. 18ª, de 30 de abril de 2015, considera perjudicial la custodia compartida para los hijos puesto que los padres no consiguieron preservarlos de la alta conflictividad que existía entre ellos, por lo que el rendimiento escolar de los menores fue empeorando y presentando importantes niveles de ansiedad y sufrimiento, lo que le lleva a la Sala, en trámite de modificación de medidas, a otorgar la custodia materna.

En otros casos en que se valora, además del proceso penal en curso, el resto de circunstancias, como en las SAP Barcelona, Sec. 18ª, 815/2014, de 9 de diciembre, SSAP Tarragona, Sec. 1ª, 331/2014, de 14 de octubre y 320/2014, de 10 de octubre.

Otros son los supuestos en los que no se otorga cuando la pretensión es tener la opción al uso de la vivienda, SAP Barcelona, Sec. 12ª, 697/2014, de 12 de noviembre.

En Navarra, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en el art. 3 trata de la guarda y custodia, estableciendo en principio la guarda elegida por los padres y se decidirá por la compartida o la individual después de oír al Ministerio Fiscal y previos dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, en función de los intereses de los hijos. El apdo. 8 de este art. 3 fija la no atribución a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den conjuntamente unos requisitos: Estar incurso en un proceso penal 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; que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y motivados; tampoco si el Juez advierte, de las alegaciones de las partes y de la prueba, que hay indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Pero abre la puerta a que, una vez resuelto el proceso y a la vista de la resolución firme, puedan revisarse las medidas adoptadas. Concluye este artículo con que la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.

Es importante resaltar, dada la redacción de este artículo de la Ley Foral, que la sola denuncia no supone estar incurso en un proceso penal, ya que se habla de “resolución motivada” y de “indicios fundados“, a valorar siempre por el Juez. Así, si hay sobreseimiento de la causa por no acreditarse la violencia, podrá atribuirse la custodia individual o compartida igualmente.

En el caso de Aragón, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas, regula la custodia compartida e individual en el art. 80, diciendo en su apdo. 2 expresamente que la custodia compartida se adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. Y en su apdo. 6 encontramos la prohibición de establecer la custodia ni individual ni compartida a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

En aplicación de la legislación aragonesa, en la SAP Zaragoza, Sec. 2ª, 152/2015, de 31 de marzo, se valoran, además de la de estar incurso un progenitor en un proceso penal por violencia familiar, otras circunstancias; la SAP Zaragoza, Sec. 2ª, 409/2014, de 30 de septiembre, en la que ya hay condena penal para la madre, pero además se valoran otras

circunstancias para denegar la custodia compartida y la SAP Zaragoza, Sec. 2ª, 187/2015, de 29 de abril, supuesto en el que, pese a haberse cumplido con la responsabilidad penal, el padre no ha tenido relación con el hijo y se valora para el mejor interés del menor mantener la custodia individual materna.

En la Comunidad Valenciana, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven³³⁸, regula en su art. 4 el “pacto de convivencia familiar“, que deberán presentar los padres. Establece en su art. 5, como regla general, la custodia compartida, aunque haya oposición de uno de los progenitores y siempre valorando los factores en orden al superior interés del menor. En cuanto a la prohibición, dice el apdo. 6 del art. 4 que “Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo“.

De nuevo es necesaria la motivación al hablar de estar incurso en un proceso penal y la necesidad de dictarse al efecto una resolución judicial motivada. En relación a esto, la SAP Valencia, Sec. 10.ª, 25/2015, de 19 de enero, dice que no es posible fijar la custodia compartida al estar pendiente un proceso penal, y no permitir la Ley atribuir la custodia a favor del progenitor, pero sí se fija un régimen amplio de visitas. En la SAP Alicante, Sec. 4.ª, 20/2015, de 22 de enero, se tiene en cuenta que el proceso penal ha terminado con absolución y, por tanto, dado que el criterio general es el de custodia compartida, se fija esta para la hija menor.

Por último, citar la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. En ella se recoge la forma de

³³⁸ El Pleno del TC dictó Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre de 2016 de Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011, resolviendo la estimación del recurso y, en consecuencia, declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 5º de sentencia. (El matiz del Fundamento quinto de esta Sentencia recoge que serán ejecutables todas las sentencias que se dictaron al amparo de esta Ley, en el interés supremo del menor)

custodia compartida de carácter preferente, siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores y atendiendo a unas circunstancias que se fijan en su art. 9. En los apartados 3 y 4 de dicho artículo regula la excepción a la custodia de un progenitor:

“3. (...) en caso de condena penal por sentencia firme por delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente.

4. Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos e hijas, en atención a los criterios anteriores y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos.

Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores“.

De este estudio normativo y jurisprudencial se desprende que es necesario que existan, al menos, indicios fundados de haber cometido un delito de violencia familiar para optar por la custodia exclusiva, cuando no una resolución judicial que condene por violencia de género. Sin embargo, ya van apareciendo sentencias que recogen que el ambiente conflictivo en el que se entra tras la ruptura de la pareja no es el más adecuado para el interés de los menores. Los Jueces valoran cada caso y adoptan la solución que entienden más adecuada y es difícil demostrar en algunos casos la existencia de violencia, dado que, en muchos supuestos lo único que se pueden valorar son testimonios personales.

Imponer judicialmente la custodia compartida en una relación donde no hay mutuo respecto y comunicación, no hará sino prolongar el conflicto o aumentarlo. No son pocos

los casos en los que el padre pretende obtener la custodia compartida como medio para seguir controlando, acosando a su expareja a través del maltrato a sus hijos, convirtiéndose la custodia compartida en un nuevo espacio para el ejercicio de la violencia doméstica o de género³³⁹ como ocurre en numerosas ocasiones, en los supuestos de violencia de género, con los regímenes de estancias y relaciones.

³³⁹ BODELÓN, E. “La custodia compartida desde un análisis de género. Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”. *La custodia compartida a debate*. PICANTÓ NOVALES, M. T./ ALMEDA SAMARACH, E. (Coords.) Dykinson, 2012, p. 144

CAPÍTULO VI. RÉGIMEN DE VISITAS

1. CARACTERÍSTICAS
2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.
3. JURISPRUDENCIA
4. SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS COMO MEDIDA CAUTELAR.
5. MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN

TOMA DE POSTURA

CAPÍTULO VI. RÉGIMEN DE VISITAS

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el apartado VI de la Exposición de Motivos recoge que esta ley, mediante la disposición final tercera modifica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Prosigue exponiendo que “cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas.

La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma.

Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos.

Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.

Asimismo, se modifica el artículo 65 con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género.

Por último, se mejora la redacción del artículo 66 superando la concepción del régimen de visitas y entendiéndolo de una forma global como estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores.”

Por tanto, el régimen de visitas forma parte del Derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, facultando el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir y responsabilizarse, se estaría hablando de un régimen de visitas, estancias y comunicación cuando no existe entre progenitor e hijo una cohabitación.

El régimen de visitas no es un propio derecho sino un complejo de derecho-deber o derecho-función, cuyo adecuado cumplimiento tiene por finalidad no satisfacer los deseos o derechos de los progenitores (o abuelos y otros parientes), sino cubrir las necesidades

afectivas y educacionales de los menores en aras a un desarrollo equilibrado de los mismos³⁴⁰.

Finalidad

Lograr la comunicación con el hijo constituye un valioso aporte al crecimiento afectivo por lo que debe asegurarse, promoverse y facilitarse dicho contacto.

Como derecho lo ejerce aquel padre que no goza la tenencia de su hijo de manera que se le faculta a tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, de recreo o de relación con el progenitor con quien vive. Su finalidad es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. Claro que en cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen.

Su finalidad no es otra que fomentar las relaciones humanas paternas o materno-filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o el divorcio,

³⁴⁰ Cfr. RIVERO HERNANDEZ, F. “La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional” *Derecho Privado y Constitución* n° 20, 2006, pp. 331 y ss.; *El derecho de visita*. Bosch. Barcelona 1997; SALES I JARDÍ, M. *La vida familiar en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*. Bosch. Barcelona, 2015 MONTERO AROCA, J. *El derecho de visita en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 94 del Código Civil)*. Tirant lo Blach. Valencia 2002; ACUÑA SAN MARTÍN, M. *El derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Dykinson. Madrid, 2014. CARRETERO SÁNCHEZ, A. El nuevo planteamiento del derecho de visita, en *Diario La Ley*, tomo 2. Ed LA LEY 1994, pág. 1020. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento”, en *Diario La Ley*, núm. 6998, Sección Doctrina, de 28 de julio de 2008, año XXIX, Ref. D-238, LA LEY 38862/2008. GUTIÉRREZ ROMERO, F.M. “Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, de 1 de octubre de 2010, Ref. D-291, Ed. LA LEY. IGLESIA MONJE, M.I. de la “Alteración del régimen de visitas de los progenitores”, en *RCDI: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 712, págs. 925- 931 - Vlex: 57716912. MORENO VELASCO, V. “La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas”, en *Diario La Ley*, núm. 7163, año XXX, de 28 de abril de 2009, Ref. D-149, Ed LA LEY. ROMERO COLOMA, A.M. “Incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica”, en *Diario La Ley*, núm. 7550, año XXXII, de 19 de enero de 2011, Ref. D-22, Ed. LA LEY

procurando que a los niños no les afecte gravemente la separación de los padres, se trata de mantener una adecuada comunicación del progenitor con el hijo y viceversa.

En los procedimientos de separación matrimonial o divorcio, cuando existen hijos menores de edad, el cónyuge al que no le ha sido otorgada la guardia y custodia de los hijos o incapacitados por la sentencia judicial que en su caso se dicte, tiene derecho a visitarlos físicamente y a comunicarse con ellos.

El objetivo que persigue todo régimen de visitas es estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y aun cuando es al de estos últimos a los que hay que dar preeminencia, debe advertirse que el interés del menor, rectamente entendido, requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con sus padres.

Naturaleza jurídica

La denominación tradicional dada a esta institución no siempre es adecuadamente entendida. En efecto, de su literalidad podría deducirse que sólo se puede realizar el contacto progenitor-hijo en forma de “visita” en el domicilio de quien detente la guarda y custodia³⁴¹. Sin embargo esto no es correcto y muchas veces la visita en tal domicilio resulta perjudicial ya que con ella puede afectarse la libertad en la relación entre el padre y el hijo no conviviente a la vez que producir interferencias en el ámbito doméstico privado del otro progenitor.

La comunicación, por ende, puede realizarse tanto en el domicilio del menor como en el del padre no conviviente o en otro lugar que resulte propuesto conforme a las circunstancias. Para facilitar el correcto entendimiento de esta situación hay que tener en cuenta que su fundamento echa raíces en la necesidad de cultivar el afecto, de estabilizar

³⁴¹ ACUÑA SAN MARTÍN, M. *El derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Op. cit.*

los vínculos familiares y propender a su subsistencia real, efectiva y eficaz. Entonces, aunque la nomenclatura asignada resulte insuficiente y confusa para designar la amplitud de la institución, se dan una serie de soluciones diferenciadas que transitan desde alternativas sumamente pautadas a soluciones flexibles que las partes o el juez imaginen para su mejor cumplimiento.

Existen posiciones variadas en la doctrina acerca de la calidad y naturaleza de este derecho. Algunos dicen que se trata de derecho personal y familiar, otros que es derecho de la persona vinculado con el libre desarrollo de la personalidad, o un derecho subjetivo especial que permite el ejercicio de poder relacionarse, o un derecho personal incluido dentro de los derechos personales. Incluso, dada su extensión a familiares y allegados así como su singularidad, se le otorga la naturaleza de ser un derecho personal y familiar o pseudofamiliar. Consideramos que se trata de un derecho subjetivo familiar, en el sentido que existe el derecho de ambas partes (menor y familiares) de relacionarse, de estar en conjunto e integrarse. Las partes gozan de similar interés legítimo que le permite el desarrollo, crecimiento así como la consolidación de los lazos de la familia que, como célula básica de la sociedad, exige su consagración.

1. CARACTERÍSTICAS

1. Relatividad y variabilidad. Se trata de un derecho relativo por ser en cada caso también distintas las personas a quienes relaciona, y las circunstancias concurrentes. Es por ello por lo que el derecho de visita puede variar mucho de unos casos a otros. Incluso, el Juez puede llegar a limitar o suspender el ejercicio de este derecho cuando se dieran graves circunstancias que así lo aconsejaran o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Pero esta sanción no puede ser impuesta arbitrariamente, sino con estricta prueba del incumplimiento de los deberes impuestos por el juez. No parece que el texto legal permita una suspensión definitiva del derecho de visitas.

2. Subordinación al interés del menor. Uno de los presupuestos que siempre debe ser tenido presente en la aplicación del art. 94 del Ce es el interés del menor. La separación

entre los cónyuges debe repercutir mínimamente sobre los hijos, y por ello el régimen de visitas debe paliar la deficiencia que puede suponer para el hijo la no convivencia con uno de sus progenitores. El hecho de que crea más conveniente el juez el conceder la guarda de los hijos a uno de los cónyuges no quiere decir que el otro cónyuge deba ser privado de tener en su compañía a sus hijos. El interés de los hijos está en continuar manteniendo el contacto necesario con el cónyuge apartado de ellos, aunque sin romper la estabilidad de la convivencia con el otro progenitor. El beneficio e interés del hijo debe ser pues la pauta inamovible de actuación, preferente sobre cualquier otra.

3. Independencia de su origen causal. En el momento de otorgar la guarda de los hijos a uno de los esposos, prescindirá el Juez de los posibles aspectos de culpabilidad eventualmente tenidos en cuenta en la separación, divorcio o nulidad del matrimonio. El mismo planteamiento se debe aplicar al derecho de visita. Es evidente que resulta difícil pensar que se conceda la guarda y custodia al cónyuge culpable de haber violado los deberes respecto de los hijos, pero no por el hecho de haber sido culpable de la separación o divorcio sino por el hecho de que su propia calidad moral y humana lo desacredita; ya que el criterio determinante a la hora de adoptar medidas en relación a los hijos es el beneficio de éstos.

4. Personalidad Se trata de un derecho personalísimo de su titular, concedido para fomentar la relación personal y afectiva entre el beneficiario de tal derecho y el menor. Este derecho deberá ser ejercitado por quien es titular del mismo, y no es un buen ejercicio el emplear el tiempo que debe ser dedicado a la convivencia de ambos a actividades en las que no participa en absoluto el progenitor, como puede ocurrir con el mes de vacaciones cuando el menor es enviado al extranjero a aprender un idioma o encomendarle a un familiar durante la duración del derecho de visita. Si el criterio básico para la concesión de este derecho de visita está en el interés del menor en continuar la relación de afecto con el progenitor que ya no convive con él, es bien cierto que tal derecho deberá ser ejercitado por su titular personalmente.

5. Inalienabilidad. No hay ninguna duda sobre la intransmisibilidad de este derecho. Si es concedido con la intención de fomentar la relación afectiva entre el titular del derecho y el menor, es evidente que este último es parte interesada del mismo. En consecuencia, el beneficiario no puede disponer ni ceder el derecho de visita ya que excedería a su

ejercicio. Es también indelegable, cosa totalmente lógica ya que es impensable que el padre delegue en otra persona para que fomente una relación de afecto que sólo le corresponde a él. En definitiva, este derecho se sustrae a la autonomía de la voluntad, para formar parte de unas relaciones familiares cuyo módulo viene marcado por el Estado

6. Irrenunciabilidad. Hay que distinguir si la renuncia es previa, en ese caso sería nula ya que se trata de un derecho personalísimo. Y, en el caso de que fuera una renuncia pactada sólo sería válida mientras la mantuviese el renunciante, que siempre podría impugnarla ante los Tribunales. El no ejercicio del derecho puede acarrear como sanción la suspensión del mismo.

7. Imprescriptibilidad. El beneficiario de este derecho puede reclamar su efectividad en cualquier momento, aunque no se haya concretado nada en el convenio regulador o aun estando fijado su régimen no lo hubiese ejercitado durante algún tiempo. Si una persona puede optar a la concesión de este derecho, por más tiempo que haya estado sin solicitarlo, no lo pierde, y puede pedirlo cuando quiera. En este sentido la SAT de Barcelona de 16 de septiembre de 1986 afirma que «las resoluciones sobre el ius visitandi no producen cosa juzgada, siendo clara su provisionalidad ». Es de titularidad compartida.- El derecho le corresponde al visitado y al visitante (ambos beneficiados), debiendo ser cumplido o darse las facilidades para su ejecución a la persona que tiene bajo su custodia o guarda al menor.

No es exclusivo de ninguna de las partes, aunque el interés superior del niño le otorgue una mejor posición al mismo.

Temporalidad y Eficacia. El transcurso del tiempo es un factor que debilita las relaciones familiares dado que aquellas personas que no se relacionan pierden el afecto y no permiten una integración real y natural. De allí que si este derecho merece ser cautelado y ejercitado de manera rápida y perentoria.

Amplio.- Teniendo como esencia las relaciones humanas, en general y las familiares, en especial, este derecho le corresponde a todas aquellas personas que requieran relacionarse con otras a efectos para lograr la consolidación de la familia (sea amplia o nuclear).

Duración

La duración del régimen de visitas así como el tiempo y el lugar en que pueden realizarse, se puede determinar de mutuo acuerdo por los cónyuges o en defecto de acuerdo de los padres, la adopción de medidas y régimen de visitas y comunicación entre los hijos y sus progenitores -y abuelos- la hará el juez mediante la fijación del tiempo, modo y lugar del ejercicio de ese derecho, pero como son los padres los que conocen a fondo las circunstancias y problemática de sus vidas, los Tribunales suelen exhortarlos para que sean ellos los que, dejando a un lado resquemores y reticencias se pongan de acuerdo, siempre pensando en el bien de sus hijos.

En todo caso y principalmente cuando éste no es posible, se establecerá un régimen de visitas que, en la mayor parte de las ocasiones, consistirá en atribuir al progenitor con quienes los menores o incapaces no conviven, el derecho a tenerlos en su compañía los fines de semana alternos y la mitad de los periodos de vacaciones escolares.

Es importante señalar que durante los periodos que los menores permanezcan con el progenitor no custodio, este deberá seguir entregando la pensión de alimentos fijada.

En casos concretos el Juez puede limitar o suspender el régimen de visitas cuando se den graves circunstancias o, por ejemplo, como consecuencia de reiterados incumplimientos del mismo.

La limitación del régimen de visitas suele consistir en el establecimiento de un horario de visita más restringido impidiendo que el hijo pernocte con el progenitor no custodio o estableciendo determinadas cautelas en el desarrollo de la visita en atención a las circunstancias concurrentes³⁴².

³⁴² VILLENA CORTÉS, B. “El régimen de visitas y su suspensión”. *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. RIVAS VALLEJO, P./BARRIOS BAUDOR, G.L. Aranzadi Cizur Menor, 2007

En estas situaciones una solución de notable efectividad práctica es acudir a los llamados Puntos de Encuentro Familiar, es decir, un lugar neutral, propicio para el desarrollo del régimen de visitas. Igualmente adecuado es el uso de los PEF en aquellos casos en los que se producen conflictos con motivo de la entrega o recogida de los menores.

Si el progenitor no custodio no devuelve a sus hijos según lo pactado en el convenio o lo acordado en sentencia, puede incurrir en el caso grave de retención o de traslado del menor a otro lugar de distinto a su residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva, en un delito de sustracción de menores del artículo 225.bis, conductas castigadas con la pena de prisión de 2 a 4 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de 4 a 10 años.

Aunque el régimen de visitas y comunicaciones se contiene en una sentencia judicial, puede ser modificado tras la tramitación del oportuno procedimiento y limitarse o incluso suspenderse en el caso de que se considere que es perjudicial para el menor o en incapaz³⁴³.

Para establecer el régimen de visitas o modificarlo requiere la intervención de un abogado en el correspondiente procedimiento judicial. Cuando se carecen de medios económicos para contratar a un abogado, puede solicitarse

El artículo 94 del Código Civil establece que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

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 incumpliere de forma grave o reiterada los deberes impuestos por la resolución judicial.

³⁴³ Cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ, A.D. Régimen de visitas, estancias y comunicaciones entre el progenitor no custodio e hijos menores. Problemas de ejecución. *Revista de derecho de familia. Doctrina Jurisprudencia, Legislación*, nº 48, 2010 pp. 35-58

Se trata de un derecho y deber cuya finalidad es la de proteger los intereses del hijo, de tener unos contactos lo más amplios e intensos posibles con el progenitor con el que no convive a fin de favorecer su propio y necesario desarrollo emocional.

Los padres pueden pactar el régimen de visitas que consideren, pero a falta de acuerdo se establece un régimen de visitas mínimo a favor del progenitor que no ostenta la custodia.

También habrá que tener en cuenta que, además de un régimen de visitas existe un derecho de comunicación del progenitor no custodio con el menor. ¿Cómo compatibilizar el derecho a la información del progenitor no custodio con la vigencia de una pena o medida cautelar de prohibición de comunicación?

El problema se plantea a la hora de resolver cómo conciliar el derecho de información que ostenta el progenitor no custodio con la existencia de una pena o medida cautelar de prohibición de comunicación entre las partes.

El Código Civil –a diferencia del Código Civil de Cataluña- no establece ninguna previsión al respecto, por lo que, ante la falta de regulación legal, luego, salvo que concurran circunstancias que justifiquen la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno u otro progenitor, en sentencia debería articularse la forma de hacer efectivo ese derecho.

Una posibilidad podría ser la de establecer en sentencia la obligación de informar de forma periódica y a través del Juzgado, a fin de garantizar la efectividad de la medida de prohibición de comunicación, planteándose en este caso la cuestión de si el progenitor custodio ha de informar al no custodio de aquellos aspectos relevantes de la vida del menor que el no custodio pueda recabar por sí mismo, como los relativos a cuestiones sanitarias o educativas.

La SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 16 de marzo de 2011 (ROJ 2255/2011), establece que la previsión contemplada en el derogado artículo 140 del Código de Familia catalán “no está prevista para que la madre informe de aquellas cuestiones que el padre puede conocer por sí mismo, sino para aquellos temas o hechos relevantes que se plantean al progenitor custodio a propósito precisamente del cuidado de su hijo o de su patrimonio”. Concluye

así que el padre puede dirigirse por sí mismo al centro escolar y sanitario para recabar la información relativa a su hijo. Y añade la Sentencia: “No puede obviarse la existencia de una orden de alejamiento respecto a la Sra. María del Pilar y que ésta ha comunicado siempre al colegio cuando el hijo estaba enfermo, excepto en una única ocasión”.

Criterio distinto es el establecido por la misma Sección 12ª de la AP Barcelona, en Sentencia de 14 de febrero de 2003 (ROJ 1419/2003), que rechaza el argumento esgrimido por la madre de que no es necesario informar mensualmente en relación a la evolución escolar y sanitaria del menor por cuanto el padre –respecto del que se había acordado la suspensión del régimen de visitas- puede recabar información dirigiéndose al centro escolar o al pediatra, indicando la sentencia que “el ejercicio de la patria potestad conjunta es intransferible como declaró la STS de 29 de noviembre de 1995, y deriva hacia una serie de deberes de los progenitores entre sí dado que los 9 hijos no emancipados están bajo potestad de padre y madre, que la han de ejercer conjuntamente en beneficio de los hijos (artículo 154 CC), por lo que no cabe delegación alguna del deber de información al cónyuge no custodio a través de terceras personas cuando no hay causa o motivo para ello, porque el artículo 34-3 de la CE impone el deber a los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos dentro o fuera del matrimonio, e igualmente su ejercicio aparece en el artículo 156 CC, y siendo que el padre ha de estar suficientemente informado del desarrollo de los estudios y de la salud del hijo, para que pueda proporcionar al menor la ayuda y asistencia que necesite en todo momento (artículo 92 CC), es por lo que se ha de mantener el deber de la demandada impuesto en la sentencia pues no cabe confundir la inconciliable postura de enfrentamiento de la pareja con el peligro concreto para la salud o desarrollo integral del menor”.

2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Las suspensiones del régimen de visitas de los hijos menores de edad a sus padres maltratadores son cada vez menos frecuentes: los jueces adoptan esta medida en menos del tres por ciento de los casos en que se les solicita, una cifra que se ha venido reduciendo en los últimos años pese a que desde 2008, muchos niños fueron asesinados por sus padres

aprovechando esta situación en el marco de la violencia de género contra sus madres y en el primer trimestre de 2017 ya eran 10 los menores asesinados por su progenitor.

Son los datos oficiales que ha recopilado la Comisión para la Investigación de los Malos Tratos a Mujeres, a fin de exigir que se adopten las medidas legislativas oportunas para obligar a los jueces a pronunciarse siempre en estos casos y adoptar medidas de control y suspensión de visitas cuando exista violencia de género.

Menores víctimas de violencia en el hogar³⁴⁴.-

Hay que empezar por reconocer legalmente que los y las menores que viven situaciones de violencia en su hogar, son víctimas directas de esa violencia, tal y como establece el Convenio de Estambul, ratificado por España y vigente desde agosto de 2014, pero no sólo legalmente sino que esto se traduzca en la práctica judicial a la hora de aplicar la norma, que en la actualidad está suponiendo una excepción.

Si bien es cierto que pueda haber algunos menores que no estén afectados, también hay que tener en cuenta factores como el estereotipo social de que los padres nunca dañarán a sus hijos, admitido hasta por las madres maltratadas en algunas ocasiones. Por ello las autoridades deben estar siempre muy alerta ante los casos de padres maltratadores, añade la organización.

Las medidas de protección civiles están previstas y reguladas en el punto séptimo del art. 544ter. Las medidas civiles acordadas en una orden de protección tienen un plazo de vigencia de treinta días, transcurrido los cuales, si las partes no han interpuesto la correspondiente demanda civil, quedarán sin efecto (art.544ter.7). Si en el plazo de treinta días, las partes presentan la demanda civil, la vigencia de las medidas acordadas en la orden de protección se prorroga otros treinta días desde la interposición de la demanda. El legislador establece un contenido mínimo de las medidas civiles:

- guarda y custodia, siendo la legislación civil y su jurisprudencia de aplicación.
- Suspensión de la patria potestad y de la suspensión del régimen de visitas.

³⁴⁴ *Vid.* en general GUTIERREZ ROMERO, F.M. “ Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del derecho de visitas” *La Ley* 2010-5 y SILLERO CROVETTO, B. “Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” *Revista de Derecho de Familia* 54, 2012

Los artículos 65 y 66 de la LO1/04, así lo prevén. Art. 65 “El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.”

Artículo 65 De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores. El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores.

Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.” El art. 66 establece De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores

El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

Artículo 66 de la LO 1/2004, modificado por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, recoge:

“El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes”.

- La atribución del uso de la vivienda. Hay que destacar la posibilidad de permuta que prevé el art. 64.2 de la LO1/04. El mencionado artículo establece “1. El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo. 2. El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar que

la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen.” Solo pueden ser impuestas a instancia de parte. Pues como medidas civiles rige el principio de rogación³⁴⁵. En principio El Ministerio Fiscal solo las solicitará si hay menores o incapaces.

¿Se pueden acordar medidas civiles si no hay menores o incapaces? ¿Las puede pedir el Ministerio Fiscal? El apartado séptimo del mencionado artículo, establece que las medidas civiles deberán ser solicitadas por la víctima, o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan menores o incapaces, siempre que no hubieran sido acordadas previamente por el órgano de la jurisdicción civil³⁴⁶. El artículo permite a la víctima el que pueda solicitar medidas a favor de hijos no menores de edad, pero sí circunscribe la actuación del respecto del Ministerio Fiscal a los supuestos en que existan hijos menores o incapaces, al igual que la regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de medidas previas o coetáneas a los procedimientos de separación y divorcio, o en el procedimiento ordinario en el ámbito civil. La Circular de la FGE 3/03, concreta que “El Ministerio Fiscal únicamente se interesará o pronunciará sobre las medidas civiles interesadas por otro si existieren hijos menores o incapaces. Excepcionalmente, permite que el Fiscal se pronuncie sobre medidas civiles, aunque no existan menores o incapaces, cuando éstas, por su contenido, puedan oponerse o malograr las acordadas penalmente. En tal caso deberán considerarse prioritarias al amparo del art. 8 de la LECrim, (la jurisdicción penal es siempre improrrogable)”.

El número 7 del artículo 544 ter, redactado por el apartado trece de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, recoge expresamente:

“7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de

³⁴⁵ GUTIERREZ ROMERO, F.M. *Ibid* y SILLERO CROVETTO, B. *Idid*.

³⁴⁶ Lo recoge MÚRTULA LAFUENTE, V. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Ed. Dykinson, 2016

cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente”

En este apartado se hace especial referencia a la posibilidad de acudir al artículo 158 del código civil³⁴⁷, para “apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas” y, en el párrafo 2º de este apartado 7, se vuelve a hacer mención a la potestad del juez para dictar “cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.”

¿Se pueden recurrir las medidas civiles? Antes que entrar a responder habría que hacer una valoración de la eficacia del posible recurso. Las medidas civiles de la orden de protección son muy parecidas a las medidas previas o coetáneas a la demanda del orden jurisdiccional civil³⁴⁸. El art. 777 LEC establece la imposibilidad de recurrir las medidas

³⁴⁷ DIEZ GARCÍA, H. “Comentario al art. 158 del Código Civil “. *Comentarios al Código Civil Tomo II* (arts. 152 a 360). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) Tirant lo Blanch. Valencia 2013

³⁴⁸ Así DE LA ROSA CORTINA, J. M. *Tutela cautelar de la víctima. Órdenes de alejamiento y órdenes de protección*. Thomson Aranzadi Cizur Menor. Navarra, 2008

adoptadas en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, como previas a su tramitación. Pero imaginemos, que algún órgano judicial especializado en violencia de género, en aras al principio de tutela judicial efectiva, considerara que debe de entrar a conocer las medidas civiles, sería absolutamente ineficaz en segunda instancia, porque la duración de las medidas civiles es de treinta días. Por ello, cuando fuera a conocer del recurso la Audiencia Provincial, el objeto del recurso hubiera desaparecido por falta de vigencia de la medida. Éste es el criterio de Madrid, como todos el auto 363/12 en rollo de apelación 209/12, de fecha 22 de marzo de 2012.

¿Se puede acordar medidas civiles en una orden de protección cuando se ha iniciado el pleito civil correspondiente? El plazo es preclusivo. No cabe acordarse si ya se ha interpuesto la demanda civil. La previa interposición de una demanda civil donde se solicitan medidas cautelares o coetáneas, no permite solicitar medidas civiles en el seno de la orden de protección, salvo que por las circunstancias del hecho denunciado sea necesario proteger de manera urgente a los hijos menores, en cuyo caso se adoptaran dichas medidas vía art. 158 del CC y se remitirá testimonio al Juzgado de lo civil que esté conociendo.

MEDIDAS AL AMPARO DEL ARTICULO 544 QUINQUIES

El artículo 544 quinquies, introducido por el apartado catorce de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, textualmente recoge:

“1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

- a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.
- b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.

d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

2. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3.

3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Este artículo establece que, en los casos en los que se investiguen delitos mencionados en el art. 57 CP (delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, la libertad e indemnidad sexual, intimidad, derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, el honor, patrimonio y el orden socioeconómico) el juez a fin de proteger al menor de edad o con capacidad judicialmente modificada, podrá adoptar motivadamente estas medidas cautelares³⁴⁹:

- Suspender la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento.

³⁴⁹ *Vid.* ROMERO BURILLO, A.M./ RODRÍGUEZ ORGAZ, C. *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. Aranzadi Cizur Menor Navarra, 2016. GUTIÉRREZ ROMERO, F.M. “Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas” *art. cit*

- Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento.
- Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor.

3. JURISPRUDENCIA

La Sala de lo Civil del TS ha dictado una sentencia 680/2015, de 26 de noviembre de 2015 (Rec. 36/2015; Ponente: señor Arroyo Fiestas) que fija doctrina jurisprudencial sobre el régimen de visitas de un progenitor condenado por delito de maltrato en el ámbito doméstico.

"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".

El Tribunal Supremo, estimando el recurso de casación interpuesto por la madre, anula en su sentencia el régimen de visitas establecido a favor de un padre, que había sido condenado por maltrato a su expareja y a otra de sus hijas, con su hija menor; aun cuando las sentencias de instancia exigían que se desarrollara de forma tutelada en un Punto de encuentro Familiar y previo sometimiento a un programa terapéutico en el que se le tratase de su violento carácter.

La cuestión jurídica esencial, que se planteó a través del recurso de casación, fue la posibilidad de que el progenitor, condenado por delito de maltrato sobre su ex cónyuge y una de sus hijas, pudiera desarrollar un régimen de visitas en relación con otro de los hijos menores.

El Juzgado de Primera Instancia optó por el establecimiento del mismo en favor del padre, si bien - en atención a las circunstancias concurrentes- dicho régimen de visitas debía tener un carácter restrictivo, a saber, un día a la semana, durante dos horas, a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar de forma tutelada. Acordó que dicho régimen no se modificaría hasta que se produjera la excarcelación del actor y tuviera, en consecuencia,

posibilidad de acudir al Punto de Encuentro Familiar³⁵⁰, condicionándose a que, por parte del actor, se justificase documentalmente que se había sometido a un programa terapéutico en el que se le tratase de su violento carácter, el cual le habría llevado a cometer los hechos por los que ha resultado condenado.

La Audiencia Provincial confirmó la Sentencia dictada en Primera Instancia.

La Sala Primera del TS estima el recurso interpuesto por la madre, anulando el régimen de visitas establecido, por cuanto el artículo 94 del Código Civil y el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, art. 94 del CC y el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, permiten al Juez limitar o suspender el derecho de visita.

El art. 94 del CC permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita.

Por su parte el art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, establece como esencial la salvaguardia de intereses del niño.

Igualmente el art. 2 de la mencionada 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, a la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta, 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 y debe

³⁵⁰ En este sentido GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento” *art. cit.*

predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.

Conforme señala la Sala, en la sentencia recurrida 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 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 pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para el mismo, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y con su hermana .

Fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: “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”.

Asimismo, estima el recurso de casación interpuesto por la madre contra las sentencias de la AP de Cádiz que, al igual que la dictada por un juzgado de Algeciras, estableció dicho régimen de visitas en favor del progenitor, casando en este sentido el fallo de dichas resoluciones.

Los fundamentos de derecho y el fallo de esta sentencia son de trascendencia al unificar el Tribunal Supremo los criterios para acabar con la discrepancia a la hora de determinar las relaciones de los hijos con padres condenados por malos tratos. Se 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 o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos o con la concurrencia de ambos, valorando los factores de riesgo existentes.

Manifiesta expresamente esta sentencia que :“Como fundamento del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales se citan como opuestas a la recurrida la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de

fecha 12 de febrero de 2014 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, de fecha 17 de marzo de 2011 . En dichas resoluciones se acuerda no establecer un régimen de visitas a favor del padre por entender que la relación padre-hijo puede resultar perjudicial para el menor. Apoya tal conclusión en que el padre se halla en prisión precisamente por un delito de maltrato habitual respecto de la progenitora y la hija primogénita, así como la falta de contacto entre el padre y el hijo con la consiguiente desestabilización del menor.

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina señalada por cuanto el régimen de visitas acordado es perjudicial para el interés del menor, habiéndose adoptado en contra del informe emitido por el Instituto de Medicina Legal de Cádiz, el cual desaconseja expresamente que se realicen visitas por el progenitor a la menor.

El Ministerio Fiscal, ante esta Sala, no impugnó la casación.”

Prosigue la Sentencia: “El Ministerio Fiscal informó ante esta Sala 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”.

En la sentencia recurrida se declaró que el régimen de visitas era sumamente restrictivo y expresamente condicionado a la salida de prisión del padre y a que acreditase cumplidamente que se había sometido a terapia, visitas que se desarrollarían dos horas en semana y en un punto de encuentro familiar.

Sobre el particular, el art. 94 del C. Civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, establece como esencial la salvaguardia de intereses del niño.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones

familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

Igualmente el art. 2 de la mencionada 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"³⁵¹.

En la sentencia invocada de 11 de febrero de 2011 mantuvo el Tribunal Supremo la suspensión del régimen de visitas, dada la situación de violencia concurrente deducible de una orden de protección³⁵².

Es doctrina del Tribunal Supremo que, "a la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar 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 y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa" y "esta Sala ha de declarar que en la sentencia recurrida 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 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"

Se 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

³⁵¹ 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". *La Ley Derecho de Familia*, 13 de octubre de 2015, La ley 6045/2015

³⁵² Un caso más evidente es el de la STS Sala 2ª de 30 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4381) que niega todo derecho de relación a un padre que había intentado asesinar a la madre de la menor en su presencia por el perjuicio ocasionado a ésta.

cónyuge o pareja o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

4. SUSPENSIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR

En el momento en que acaece una crisis de pareja provocada por la violencia que el hombre inflige a la mujer, si ella decide romper ese círculo y denunciar a su maltratador, tal decisión implica, en el mejor de los casos, la puesta en marcha de los mecanismos legales y sociales de protección de la mujer-víctima, y la regulación de los efectos derivados de la separación, que adquiere una especialísima trascendencia, cuando existen hijos comunes y menores de edad. En relación a éstos, ya la LO 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género incorporó en los arts. 65 y 66, las medidas de suspensión tanto de la patria potestad o custodia de los menores a favor del padre, como de las visitas de aquéllos. Pese a su existencia legal, no son pocas las críticas a la escasa aplicación de tales disposiciones, críticas que sostienen la carencia de idoneidad de un agresor para asumir la paternidad, y que arrecian sobre todo, cuando sucede -como viene ocurriendo, desgraciadamente con frecuencia- que durante el curso de las estancias de los menores con los padres, éstos infieren sobre los hijos la violencia más cruel, que puede acabar incluso con la muerte de los niños³⁵³.

Cada vez que suceden acontecimientos como los descritos el debate es recurrente y se reconduce a la posibilidad de privar al denunciado, desde el mismo momento de la denuncia por maltrato, de cualquier estancia con los hijos menores, habidos con la mujer que le ha denunciado. La cuestión que se plantea, aborda la oportunidad de que, en evitación de tales sucesos y frente a la facultad legal vigente de suspender las visitas entre el padre denunciado y los hijos menores ¿se debe disponer legalmente, la privación automática de tales visitas?, ¿Hace falta más que una denuncia, para privar de esta función a los denunciados por maltrato o depende de los "indicios" que aquélla incorpore?, ¿Son las visitas, un derecho del padre sobre los hijos... o de los hijos, y en su exclusivo interés?, ¿Cuál es el preponderante?

³⁵³ *Vid.* MÚRTULA LAFUENTE, V. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género. Op. cit.*

Dicha cuestión exige un análisis de la legislación vigente a la luz del principio que debe regir en esta materia que no es otro que el "favor filii" o el supremo interés del menor sometido a la patria potestad de dicho progenitor en cuyo beneficio se establece el régimen de visitas, cuya naturaleza es la de derecho-deber³⁵⁴. En la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico penal está dotado de numerosos mecanismos que permiten al órgano judicial, en cualquier momento del proceso, acordar la suspensión de dicho derecho de visitas. Pero aunque existe la posibilidad de imponer una medida cautelar, la naturaleza excepcional hace que tan sólo esté justificada en los casos en que quedara indiciariamente acreditado que de mantenerse tal régimen de visitas se vería seriamente comprometida, la seguridad o integridad física o psíquica de los hijos o el libre desarrollo de su personalidad. Tal conclusión, y en el caso en que la violencia no tiene como sujeto pasivo al propio menor, exigirá el conocimiento exhaustivo de las circunstancias concurrentes en dicha unidad familiar, lo que en principio se muestra incompatible con toda suerte de automatismo en esta materia, por lo que difícilmente puede alcanzarse tras la mera interposición de la denuncia.

Con la legislación actual, el Juez, atendiendo siempre al superior interés del menor, atendida la gravedad y las circunstancias concurrentes que se infieran de los hechos relacionados en la denuncia, siempre con respeto a los principios de audiencia, contradicción y defensa, deberá valorar, caso por caso, la conveniencia de acordar tal suspensión, ello tras recabar cuantos informes estime necesarios. Mientras los jueces, en tanto se adquieren dicha convicción de un peligro para el menor y, si se estima necesario para apartar al menor de un riesgo cierto, suelen acudir a soluciones como pudiera ser el establecimiento de visitas tuteladas por la administración a través de los denominados Puntos de Encuentro.

La suspensión se debería como mínimo aplicar, no ocurriendo siempre así, entre otras situaciones, para estos casos específicos:

³⁵⁴ GUTIERREZ ROMERO, F.M. "Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas" *La Ley* 2010-5; SILLERO CROVETTO, B., *op. cit.*; MAGRO SERVET, V. "El régimen de visitas en la violencia de género". *Práctica de Tribunales* nº 100 Sección Práctica Procesal, enero-febrero 2013, La Ley 19268/2012

- 1.- Supuestos en que decretada una orden de alejamiento o prohibición de aproximación, se hubiere acordado respecto de los propios menores.
- 2.- Aquellos casos en que la especial gravedad o naturaleza de los hechos así lo aconsejen para proteger a los menores que se dibujan como víctimas potenciales de la violencia del agresor.
- 3.- Aquellos supuestos en que se hubiere probado que el progenitor no custodio instrumentaliza a los hijos para seguir maltratando a la mujer, lo que puede suceder cuando el padre, en el ejercicio del derecho de visitas, aprovecha para dirigir y trasladar a la mujer, a través de los hijos insultos o amenazas.
- 4.- Y, sin duda, aquellos casos en que existe una condena penal del progenitor no custodio por delitos cometidos contra los propios menores.

La STS (Sala 1ª) 54/2011 de 11 febrero, resuelve el recurso de casación que impugnaba una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se considera probada la conducta violenta del recurrente. Recurso que se estima al resolver el Tribunal negar el régimen de visitas, con base a la protección del interés del menor.

La actual normativa permite al Juez actuar de forma urgente en cualquier conflicto familiar que haya derivado en la comisión de un delito, separando cautelarmente a los afectados para prevenir nuevos conflictos y adoptando las medidas civiles imprescindibles para regular la nueva situación familiar, pero lo hace respetando los derechos de las partes, no sólo porque debe valorar los indicios que existan y comprobar su solidez, sino porque, debe comprobar que existe una situación objetiva de riesgo para la víctima

El ejercicio de la patria potestad y dentro de él, la facultad de tener y comunicar con los hijos (art. 154 CC), es un derecho-deber que corresponde a los padres y que sólo puede ser privado o suspendido por causa justificada prevista en la ley. Para limitar ese derecho no sólo debe valorarse la existencia del delito o falta supuestamente cometido, sino los derechos de las partes y los intereses de los menores, que deben ser prioritarios. En ocasiones, los enfrentamientos o conflictos entre los padres pueden no trascender a los hijos, aunque esta circunstancia difícilmente se dará, pero en este caso, pese a la existencia de una investigación por delito, puede ser innecesario o inconveniente suspender o limitar la comunicación entre el padre denunciado y sus hijos. De ahí la importancia de formación

en el juzgador para tomar una decisión ponderada y equilibrada, que valore la situación y, en interés de los hijos, decidir lo más adecuado.

La presentación de una simple denuncia en contra de uno de los padres no es sino la comunicación al Juez o a la Policía de un hecho con apariencia de infracción penal que debe ser objeto de investigación y prueba para que dé lugar a los mecanismos de represión previstos en el Código Penal y en las leyes procesales. Pero cierto es que muchas ocasiones, la denuncia va acompañada de pruebas o indicios concluyentes que permiten atribuir el hecho a una persona concreta en cuyo caso la denuncia y las pruebas acumuladas al inicio de la investigación permitirán que el Juez de Instrucción adoptar medidas cautelares.

Lo que está claro, nada más que con el dato de menores asesinados a manos de sus progenitores, es que el sistema actual no garantiza una protección urgente y equilibrada y no hay razón alguna para no modificarlo.

A través de los datos publicados por Poder Judicial se conoce que menos de un 2% de las órdenes de protección dictadas conllevan una suspensión del régimen de visitas del maltratador con los menores. Esto provoca situaciones tan poco recomendables como que un maltratador o un presunto maltratador, tenga una orden de alejamiento con la madre, pero no con los hijos de ésta, manteniéndose el régimen de visitas, con el evidente riesgo de que, el nuevo maltrato, se proyecte sobre los hijos comunes³⁵⁵ y, a través de ellos, siga el maltrato contra la madre.

Por tanto, si el menor ha sido víctima de la violencia familiar, deberán adoptarse cuantas medidas resulten necesarias para su debida protección, incluyendo la suspensión del régimen de visitas, siempre que con ella se persiga el fin legítimo de la indemnidad del menor, la medida resulte estrictamente necesaria para alcanzar esa finalidad, sea adecuada y proporcionada para alcanzarlo, siendo la medida siempre en beneficio y para la protección del menor, debiendo en ese caso motivarse su adopción realizando el oportuno juicio de proporcionalidad. El menor siempre deberá ser oído con carácter previo a la

³⁵⁵ Ahondando MÚRTULA LAFUENTE, V. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género. Op. cit.*

adopción de la medida cuando tuviere suficiente juicio, por cuanto resulta evidente que está directamente implicado y que la decisión afecta a su esfera personal, familiar y social.

Por tanto, sería conveniente que en los supuestos de violencia familiar en que resulten afectados menores, se determine esa afectación, y en ese caso proveer lo necesario para su protección con las medidas adecuadas, incluyéndose la suspensión del régimen de visitas.

La realidad es que en el Código Penal actual y en el resto de la normativa, por mucho que se reconozca al menor como víctima de violencia de género por el hecho de convivir en un ambiente donde se haya desarrollado esa violencia, no tiene como sujeto pasivo al propio menor.

Es más, existe la creencia, por la mayor parte de la magistratura, que suspender un régimen de visitas por el mero conocimiento de unos hechos denunciados de violencia de género, desde la óptica Kantiana, el menor sería utilizado como medio y no como fin de protección y que sobre el imputado, se adoptaría una medida de orden penal sin oportunidad de defenderse.

Sería conveniente "la observancia de indicadores de la afectación al menor" o el establecimiento de visitas tuteladas por la administración a través de los denominados Puntos de Encuentro Familiar³⁵⁶, si bien antes éstos habrán de contar con personal especializado en violencia de género y donde se prohíba expresamente para estos casos la mediación familiar.

³⁵⁶ LUQUIN BERGARECHE, R. "Los puntos de encuentro familiar como garantía del interés del menor en el ejercicio de Ius visitandi", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2012, p. 104-105. *Vid.* también GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. "Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento" *art. cit.*

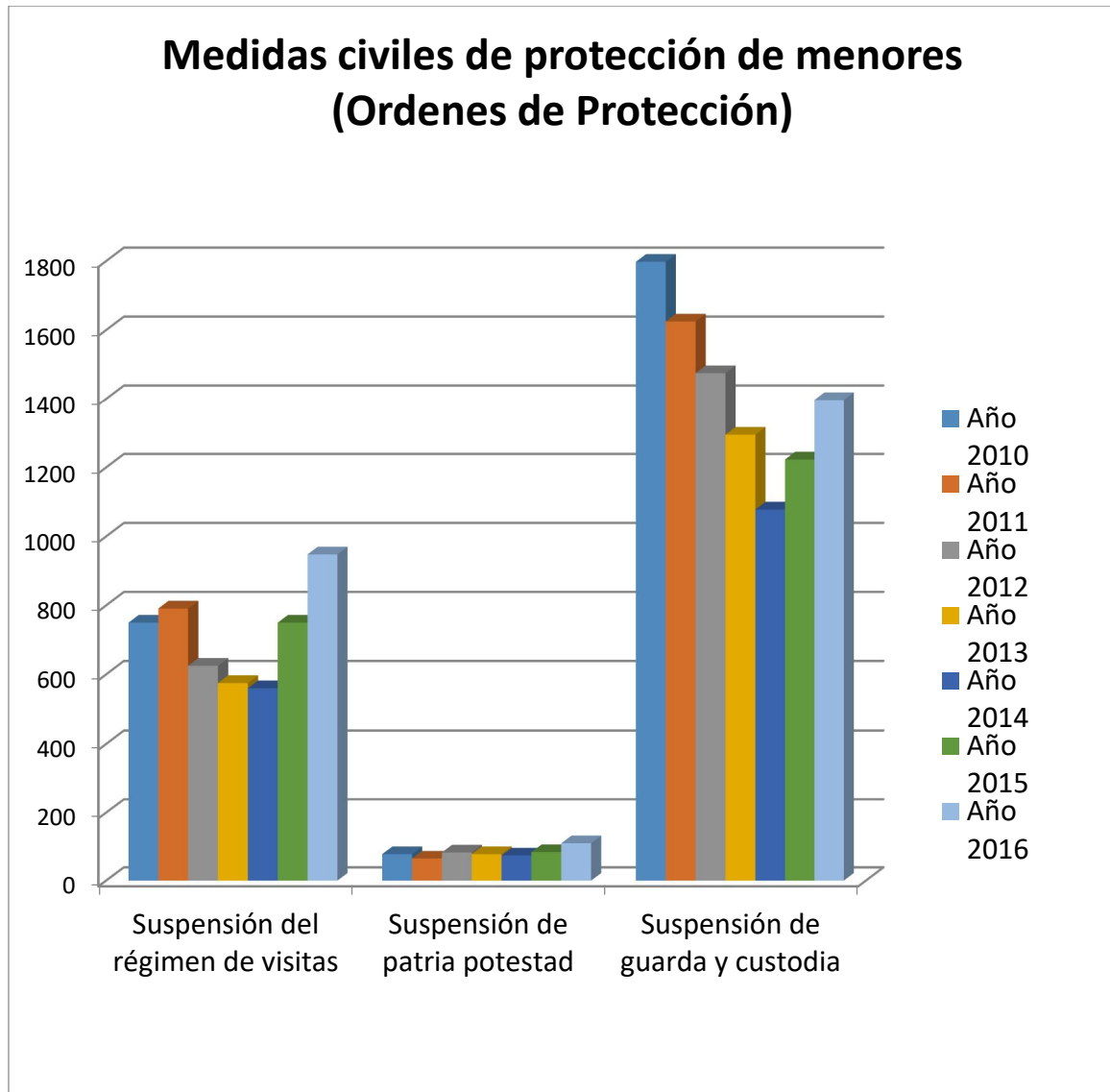


Gráfico 1. Elaboración propia. Fuente: Datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. (9 de marzo de 2017)

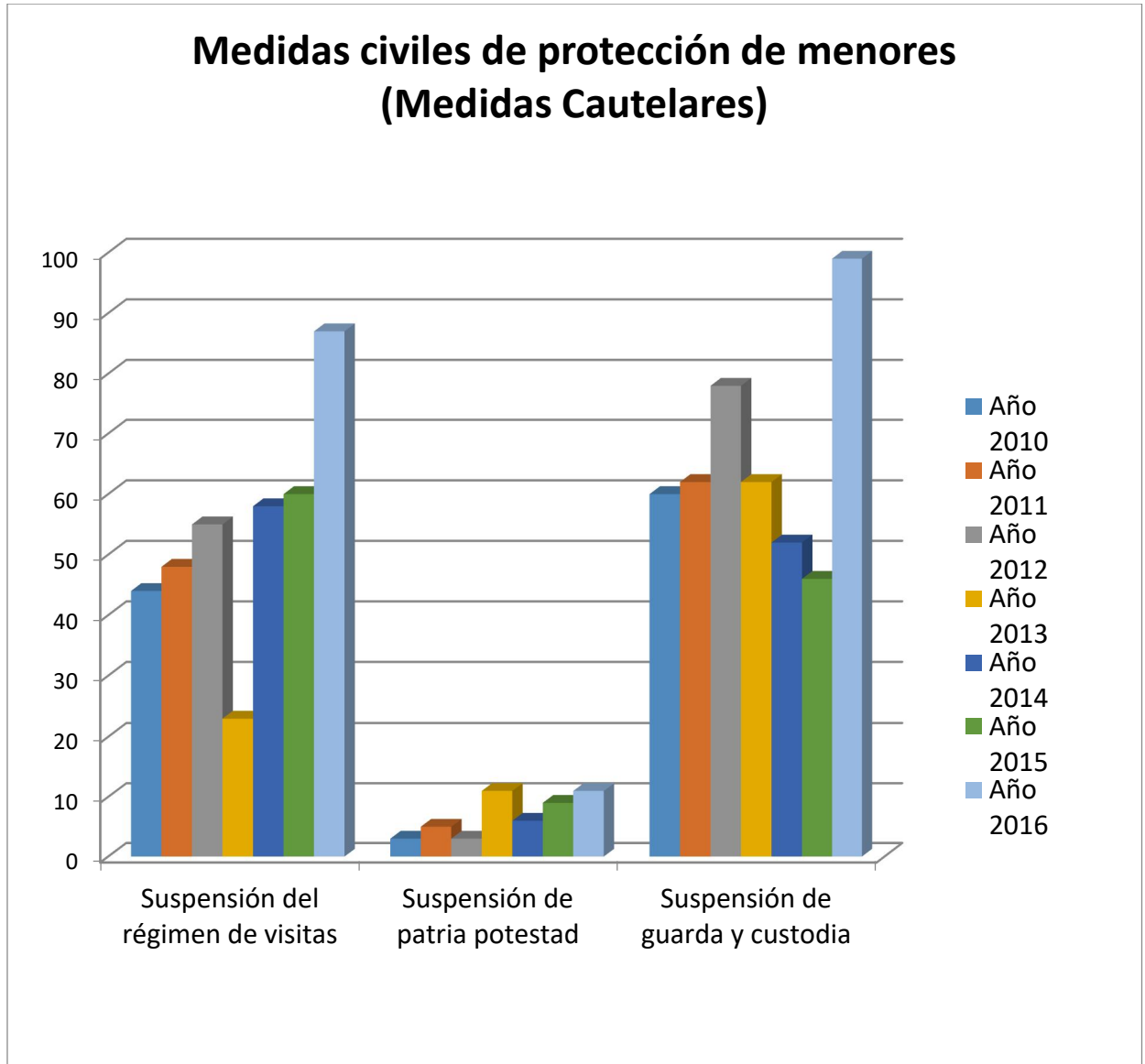


Gráfico 2. Elaboración propia. Fuente: Datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. (9 de marzo de 2017)

Destacar que han aumentado el número de suspensiones de régimen de visitas, guarda y custodia y patria potestad respecto a otros años, pero no tanto de manera porcentual con respecto al total de medidas civiles y penales acordadas. Por otro lado, como se refleja en el siguiente gráfico, el total de medidas civiles sigue siendo muy inferior a la adopción de medidas penales en los supuestos de violencia de género.

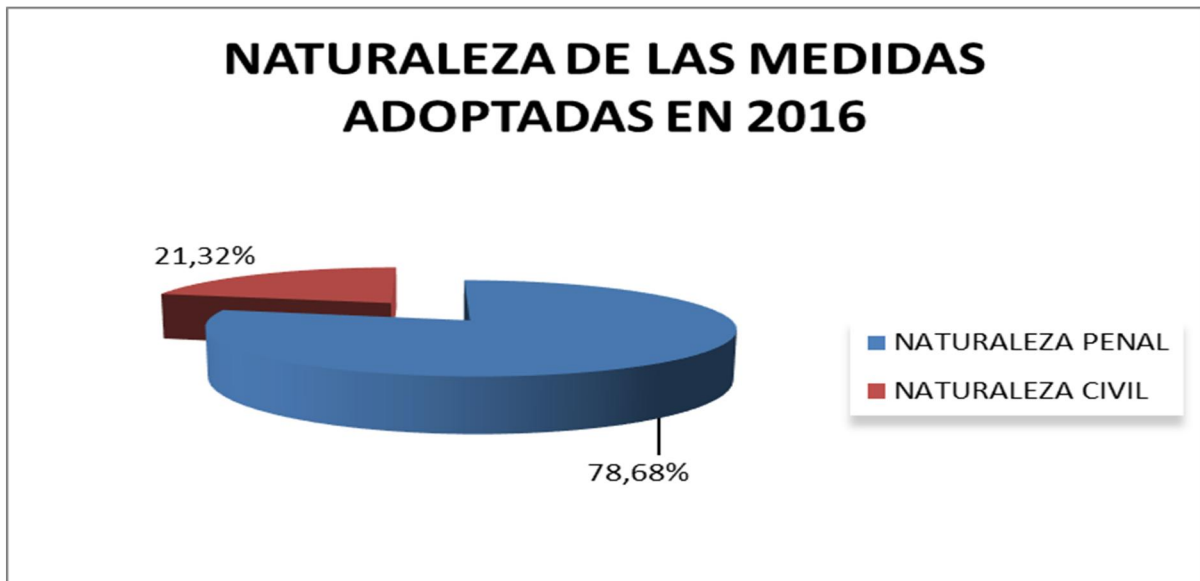


Gráfico 3. Elaboración propia. Fuente: Datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. (9 de marzo de 2017)

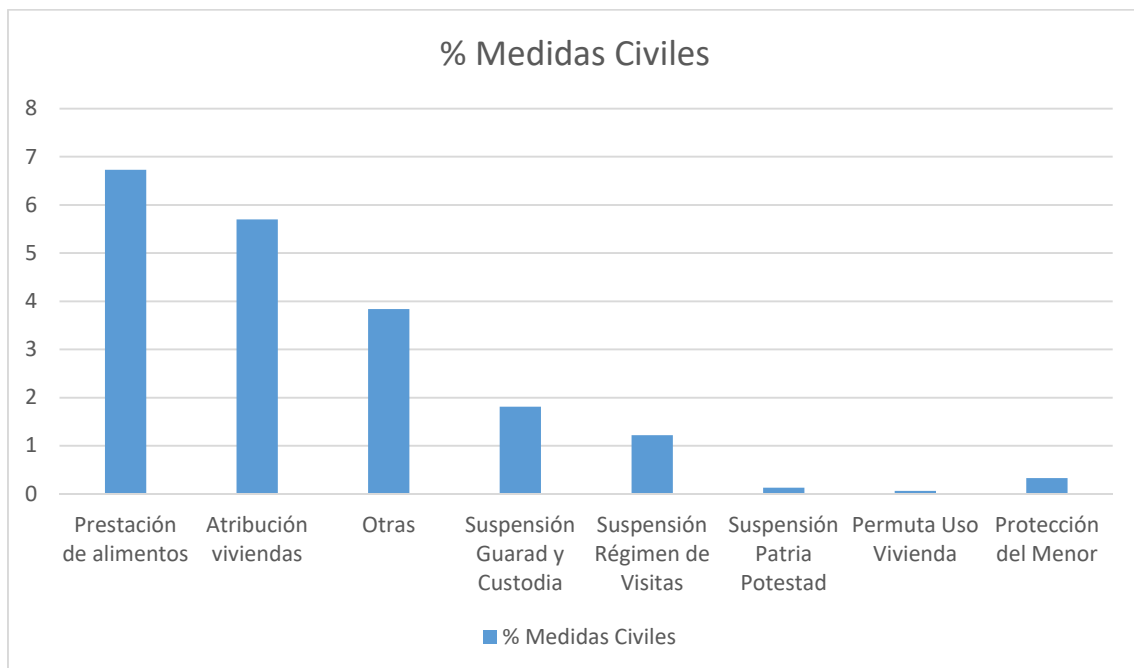


Gráfico 4. Medidas Civiles Adoptadas en 2016. Elaboración propia. Fuente: Datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. (9 de marzo de 2017)

5. MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN

Aparte de estas causas delictivas, hay otros supuestos que, sin llegar a incurrir en delito, pueden suponer una suspensión del régimen de visitas, y todo ellos en base al interés superior del menor que debe presidir cualquier decisión sobre los mismos.

Las causas para la modificación del régimen de visitas, aparte de la comisión o investigación de un delito, pueden ser las siguientes:

- Carácter violento del progenitor que ponga en riesgo la integridad física o psíquica de los menores
- Estar el progenitor cumpliendo condena en prisión
- La drogadicción o l alcoholemia
- Tener una patología mental que afecte directamente a su capacidad para hacerse cargo de los menores

En general, cualquier circunstancia que desaconseje mantener el régimen de visitas por ser el mismo, actualmente, perjudicial para los menores.

¿Cabe acordar la suspensión del régimen de visitas en los supuestos en que existe un rechazo por parte de los hijos al progenitor no custodio? En los supuestos en que se solicita la suspensión del régimen de visitas con fundamento en el rechazo por parte de los hijos al progenitor no custodio, debe distinguirse en función de la edad del menor y de la causa del rechazo que se invoca, por cuanto la constatación de dicho rechazo no debe fundamentar por sí sola una medida tan grave cual es la suspensión del régimen de visitas, medida que limitaría un derecho tanto del progenitor como del propio menor y que debe adoptarse con carácter restrictivo.

Habría, pues, que indagar en las razones que se aducen para justificar el rechazo, no sólo por parte del progenitor custodio, sino fundamentalmente por el propio menor, derivándolo si es posible a fin de que sea examinado por el Equipo Psicosocial y debiendo indagar en el material probatorio de que dispongamos (informes del Punto de Encuentro Familiar, del centro escolar, de los Servicios Sociales...) si el rechazo al progenitor tiene

su fundamento en hechos objetivos verificables o, por el contrario, en un proceso de manipulación por parte del progenitor custodio para apartarle del no custodio, cuidando de no identificar dichas posibles manipulaciones con el cuestionado Síndrome de Alienación Parental (SAP)³⁵⁷.

En este sentido, en el Curso sobre “Valoración del Daño corporal en las Víctimas de Violencia de Género”, organizado por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid en septiembre de 2007 se estableció, como Conclusión 25ª, la siguiente: “La conducta de rechazo de los menores al padre tras una separación puede deberse a diferentes causas, alguna de ellas nacida tras la propia ruptura, mientras que otras pueden deberse a factores previos a la quiebra de las relaciones afectivas que abocan a la separación. Identificar todas estas circunstancias como SAP es partir de una concepción estereotipada de base cultural en los roles de hombres y mujeres y conlleva cargar de intencionalidad y acción supuestas conductas de la madre para enfrentar a sus hijos e hijas al padre, que sólo se identifican por una sintomatología que, como hemos apuntado, habitualmente no se debe a estas conductas maternas”.

Si el menor carece de suficiente grado de discernimiento, capacidad que podría cifrarse alrededor de los doce años, por ser la edad a partir de la cual se exige su consentimiento en el acogimiento (artículo 173.2 del Código Civil) y su audiencia en los litigios sobre su custodia y en el ejercicio de la patria potestad sobre ellos (artículos 92, 159 y 156 del mismo texto legal), se entiende que, si de las pruebas practicadas no resulta causa grave alguna que motive el rechazo, no debe suspenderse el régimen de visitas establecido.

Así lo estima, por ejemplo, la SAP Málaga, Sec. 6ª, de 8 de julio de 2010, en relación a una niña de once años respecto de la que se había establecido, en un juicio previo de separación, un régimen de visitas restrictivo a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar y otro normalizado para cuando cesara la medida de alejamiento que pesaba sobre el progenitor no custodio y en relación a su esposa. La sentencia desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre y confirma el mantenimiento de un régimen

³⁵⁷ Al respecto *vid.* JUNCO LÓPEZ, M.T. “Motivación que subyace al progenitor que aliena” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008

de visitas limitado y progresivo con el progenitor no custodio, basándose en los informes emitidos tanto por el Punto de Encuentro Familiar como por la Psicóloga adscrita a los Juzgados. En el referido supuesto, la menor aducía que su padre era “malo”, que tenía frío y que se aburría con él y, a medida que se suceden los procedimientos de modificación de medidas, que la insultaba y amenazaba, llegando a sufrir ataques de ansiedad cuando tenía que irse con el padre. La Sentencia concluye que, si bien es incuestionable el rechazo de la niña a su padre, no se acredita el motivo de dicho rechazo, por lo que no hay causa que justifique la suspensión del régimen de visitas al no resultar probada la existencia de los malos tratos alegados. Además, dicha Sentencia tiene en cuenta los informes emitidos en el procedimiento penal de malos tratos por la Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género, y la exploración practicada a la menor en las Diligencias Previas que se habían seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, procedimiento en el que se había concluido que se apreciaban en la menor y en su madre “racionalizaciones triviales, frívolas y absurdas sobre las referencias que hacen de los comportamientos del padre a la menor”. Razona, por último la resolución, que el interés superior del menor es el de que no se rompa el contacto con su progenitor sin causa que lo justifique. En caso de que el menor sea mayor de doce años, o adolescente, el problema se agrava, por cuanto es prácticamente imposible, e incluso puede ser contraproducente, establecer un régimen de comunicación y estancias o ejecutar un pronunciamiento de régimen de visitas en relación a un menor de dicha edad.

En estos casos, la audiencia al menor, al objeto de que exponga las circunstancias que le generan el rechazo a mantener comunicación con el progenitor no custodio, se revela especialmente necesaria, y la decisión a adoptar deberá ser acorde al interés del menor, ya sea en fase declarativa o ejecutiva. Lo más frecuente es, tanto si el menor manifiesta de forma expresa y rotunda su deseo de no relacionarse con su progenitor como si evidencia indiferencia o desinterés en mantener contacto con él, adoptar algún tipo de fórmula abierta, que deje las comunicaciones a lo que libremente acuerden el progenitor no custodio y el hijo menor, pudiendo fijar también un régimen sin pernocta, como postura intermedia, o derivar a ambos a algún tipo de Centro de atención a la Familia para

la implantación de alguna terapia o tratamiento en función de los recursos sociales de los que se disponga³⁵⁸.

En este sentido, la SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 17 de junio de 2008, acuerda suspender provisionalmente el régimen de visitas de una hija de casi catorce años de edad con su padre, por entender que no se la puede obligar a cumplir régimen que rechaza y que le causa perturbaciones. La referida Sentencia revoca la de instancia, que había acordado – conforme se recomendaba por el Equipo Psicosocial- la realización de visitas en el Punto de Encuentro con obligación de éste de informar sobre su desarrollo, así como la intervención del Servicio de Asesoramiento Técnico de Barcelona para que iniciara trabajo terapéutico con los progenitores y las menores con idéntica obligación de informar al Juzgado. La sentencia de la Audiencia, si bien considera probado que la madre no había sabido preservar a sus hijas –una ya mayor de edad- de los conflictos con su cónyuge, privándolas de tener una relación positiva con su padre, y califica de “reprobable” dicha actitud, tiene en cuenta los informes emitidos en ejecución de sentencia por el Punto de Encuentro, en los que constaba el evidente rechazo de la menor hacia la figura paterna y la inconsistencia de las causas de rechazo esgrimidas, así como un estado de “ansiedad y angustia” en el desarrollo del régimen de visitas. Por ello, la Sentencia concluye que “las circunstancias descritas hacen por ahora inviable la continuación del régimen de visitas, (...) al no poder obligarse a una menor de casi 14 años de edad, al cumplimiento de un régimen de comunicación que rechaza y le causa perturbaciones importantes desde un punto de vista psicológico”, y acuerda la suspensión del régimen de visitas, si bien previendo la posibilidad de que, en ejecución de sentencia, de oficio o a instancia del padre, puedan acordarse o instarse las medidas que se estimen oportunas en orden a intentar recuperar las relaciones paterno-filiales e incluso recabar informes sobre la conveniencia, en interés de la menor, de modificar la atribución de la guarda y custodia a favor del padre³⁵⁹.

³⁵⁸ En este sentido, por ejemplo, VILLENNA CORTÉS, B. “El régimen de visitas y su suspensión”. *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. RIVAS VALLEJO, P./BARRIOS BAUDOR, G.L. Aranzadi Cizur Menor, 2007

³⁵⁹ *Vid.* ARCH MARÍN, M., JARNE ESPARCIA, A., MOLINA BARTOMEUS, A. “Criterios de decisión para las recomendaciones de guarda y custodia de los hijos” *art. cit.*

El mismo criterio adopta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 18ª, de 8 de mayo de 2012, que entiende que, ante la imposibilidad de hacer efectivo cualquier régimen de visitas entre un progenitor y su hija de diecisiete años acuerda suspender el vigente y dejar al libre criterio de la adolescente la elección del tiempo que desea pasar con su padre.

Las visitas se configuran como un derecho de los hijos, pero también un derecho-deber del progenitor que las tiene reconocidas, por lo que si este no las ejerce, sin causa justificada, puede dar lugar a su supresión por el Juzgado para proteger el interés de los hijos y no crearles, falsas expectativas, de una visita que luego no se produce.

Es evidente que si hay un incumplimiento reiterado e injustificado se produce una desvinculación entre padre e hijo que provocará el progresivo alejamiento entre ambos³⁶⁰. El progenitor no custodio, al cabo de un tiempo, se convertirá en un extraño para sus hijos, lo que provoca que, esa nueva situación, deba ser regulada.

Pero también se dictan sentencias sin tener en cuenta estos presupuestos argumentando diferentes circunstancias. Entre ellas la reciente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala Civil y Penal) Rec. de Casación núm. 52 de 2016. Sentencia 8 de febrero de 2017, que enmienda así las decisiones del titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Zaragoza (Autos 69/2014) y de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de julio de 2016, 263/2016, que afirmaron que «postergar el régimen de visitas a favor del padre a la salida estable y no episódica de la cárcel donde cumple condena se apoya en sólidas bases: la poca relación del padre con el menor, la escasa edad de este (dos años y medio), y la dependencia emocional del mismo con su madre».

El TSJ de Aragón avaló que un menor visitara a su padre encarcelado acompañado de algún familiar materno. La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón estimó un recurso de un padre Sid Ali S. L., que cumple condena por un delito de violencia de género en un centro penitenciario, a poder tener una visita al mes con su hijo menor de edad bajo la asistencia de algún familiar materno.

³⁶⁰ Tal observación hace RAMOS MAESTRE, A. “La responsabilidad civil por el incumplimiento del régimen de visitas” *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.) Dykinson. Madrid, 2012, pp. 383-407

Recuerda la Sala en la fundamentación jurídica lo señalado por el fiscal sobre que las visitas del menor sean a un centro penitenciario e indican que “no existen razones para entender que van a ser contraproducentes ni van a afectar a la imagen que el menor pueda tener de su padre. La legislación penitenciaria no prohíbe las estancias y visitas en los Centros Penitenciarios de los menores de edad sino que las regula”. Señalan los magistrados de este tribunal que “las cárceles españolas reúnen condiciones de habitabilidad, especialmente en los espacios destinados a las comunicaciones íntimas y familiares, como para asegurar que una visita del niño a su padre en dicho entorno no va a resultar traumática para el menor, quien podrá de este modo establecer un contacto y relación con su progenitor.”

En relación a esta cuestión, la SAP Barcelona, Sec. 12^a, de 29 de octubre de 2009 refiere a un supuesto en el que, con posterioridad a la interposición por parte del padre de recurso de apelación interesando un régimen de visitas más amplio que el que se contenía en la sentencia de instancia, se puso de manifiesto en la causa el ingreso en prisión de dicho progenitor. La Sentencia, después de recordar la doctrina jurisprudencial que establece que el desarrollo del derecho de visitas no puede ser interpretado de forma restrictiva, aunque sí debe limitarse o suspenderse ante cualquier peligro concreto y real para la integridad física, psíquica o moral del menor, señala que, “como esta misma Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en sentencia de fecha 28 de Julio de 2005, el centro penitenciario no es el lugar idóneo para desarrollar lazos afectivos entre un padre y sus hijos”, por lo que acuerda la suspensión transitoria del régimen de visitas, sin perjuicio de que, cuando tenga lugar la salida del centro penitenciario, bien se interese la ejecución de la sentencia de instancia, bien se inste la ampliación del régimen de visitas a través de la interposición de la correspondiente demanda de modificación de medidas³⁶¹.

El mismo criterio adopta la SAP Barcelona, Sec. 18^a, de 29 de diciembre de 2009 que en un supuesto de modificación de medidas acuerda confirmar el pronunciamiento de instancia relativo a suspender el régimen de visitas entre padre e hija teniendo en cuenta el ingreso en prisión del progenitor, la falta de relación paterno-filial y la edad de la menor –de catorce años-. La Sala considera que el beneficio de los hijos es el interés que ha de

³⁶¹ *Vid.* PÉREZ RUFÍÁN, M. “El ingreso del progenitor en prisión y sus consecuencias en las medidas paterno filiales” *Revista de Derecho de Familia*, nº 66, 2015, pp. 307-315

primar, y acuerda además que “se continúe con el trabajo de seguimiento por parte del equipo técnico, que se continúe la labor terapéutica y que ello se dirija a conseguir en ejecución de sentencia la instauración de un régimen de visitas adecuado a la situación que permita a la menor asumir la relación y acercarse emocionalmente tanto al padre como al resto de la familia paterna (...)”, apuntando la posibilidad de que se establezca “un régimen de visitas en el trámite de ejecución de sentencia previo informe favorable una vez se haya clarificado la situación penitenciaria del apelante”.

También opta por la suspensión del régimen de visitas la SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008, confirmando el pronunciamiento del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, teniendo en cuenta que el menor, de seis años de edad, apenas había tenido relación con su padre –ingresado en prisión desde antes de nacer aquél-, considerando “cuestionable el beneficio que pueda suponer para su hijo que se formalicen unas visitas con un padre que hasta el momento poco le ha aportado y poco positivo puede aportarle en un futuro cercano, debido a su situación penitenciaria y a la gravedad de los hechos por los que cumple condena [varios robos y una agresión sexual, además de haber sido condenado por un delito de amenazas cometido contra su compañera sentimental]” y entendiendo que constituye “un riesgo innecesario el establecimiento de un régimen de visitas con una persona [el niño]a quien apenas conoce, en un medio sumamente hostil para un menor como puede ser el carcelario, y más aún si se tiene en cuenta la conflictiva relación existente entre sus progenitores”.

Con idéntico criterio, la SAP Logroño, Sec. 1ª, de 24 de julio de 2008 estima el recurso que se había interpuesto frente a la sentencia de instancia, que acordaba un régimen de visitas para el padre respecto a la hija menor de un día al mes a desarrollar en el centro penitenciario en el que aquél cumplía condena, y acuerda en su lugar la suspensión del régimen de visitas. La referida sentencia, después de invocar las SSTS de 7 de julio de 2004 y 12 de julio de 2004, que recuerdan que el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos está supeditado al interés superior del menor, así como la jurisprudencia en el mismo sentido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias Ignaccolo-Zenide contra Rumanía, nº 31679/1996, y Nuutinen contra Finlandia, nº 32842/1996), que declara que las autoridades internas deberán tener en cuenta la supremacía de los intereses del niño, velando por el justo equilibrio entre éstos y los derechos de los padres y por la protección del menor en la hipótesis de que los contactos con sus padres corran

el riesgo de vulnerar los derechos del niño, acuerda dejar sin efecto el régimen de visitas acordado en instancia “en tanto el padre esté ingresado en el centro penitenciario”, teniendo en cuenta singularmente que el mismo estaba cumpliendo condena por delitos de lesiones, quebrantamiento de medida cautelar, continuado de amenazas y de violencia habitual. Y ello “sin perjuicio de que cumplida su condena u organizada la situación de libertad condicional se pueda modificar este régimen y decretarse, siempre en interés del menor, el régimen de visitas que resulte conveniente, que se deberá de determinar expresamente por el Juzgado y siguiendo el trámite previsto para la modificación de medidas”.

El mismo criterio, por último, adopta la más reciente SAP Pontevedra, Sec. 1ª, de 5 de mayo de 2011, que confirma el pronunciamiento de instancia relativo a la suspensión del régimen de visitas y desestima el recurso del padre, que interesaba la fijación de un régimen para cuando saliera de prisión, por entender que “el interés de los menores exige que se valore la situación una vez que el padre abandone la prisión (...) teniendo en cuenta (...) las concretas circunstancias que se den”. En relación a esta necesidad de valorar las circunstancias que concurran una vez que el progenitor no custodio abandone el centro penitenciario se pronuncia también la SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, de 28 de febrero de 2008. En el supuesto que resuelve en apelación dicha resolución, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer había acordado la suspensión temporal del régimen de visitas por el tiempo que durara la condena del padre. Sin embargo, en el trámite del recurso de apelación, las partes presentaron escrito solicitando el archivo del rollo de apelación y suscribiendo un acuerdo extrajudicial, cuya homologación se interesaba, en el sentido de suspender el régimen de visitas por un período mínimo de tres años, transcurridos los cuales se efectuaría por los psicólogos y terapeutas de la menor y del progenitor no custodio una nueva evaluación de la situación a efectos de valorar la pertinencia de la reanudación de las visitas y, en su caso, la forma más adecuada para su desarrollo. La sentencia, si bien considera contradictorio que se inste el archivo del recurso de apelación y a la vez se solicite la inclusión en la sentencia de primera instancia del contenido del acuerdo, accede a revocar la misma en el sentido de fijar como régimen de visitas el propuesto por las partes, por entender que el mismo garantizaba suficientemente el interés de la hija menor.

En todo caso, el trámite más idóneo para resolver sobre el establecimiento de un régimen de visitas una vez el progenitor no custodio abandone el centro penitenciario y sobre los

términos del mismo, es el del procedimiento de modificación de medidas³⁶², y no, como apunta alguna de las Sentencias citadas, el de ejecución de sentencia, ya que sólo en aquel podrá valorarse adecuadamente y con plenitud probatoria si concurre el cambio de circunstancias que justifique un nuevo pronunciamiento, máxime revistiendo el mismo tanta trascendencia, por cuanto afecta directamente a menores de edad.

En cuanto al órgano judicial competente para conocer las modificaciones de medidas dictadas en sentencia firme y cuyos hechos que motivaron la determinación de éstas han cambiado sustancialmente existe jurisprudencia en varios sentidos, se detallan tres ejemplos:

Auto del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Nº de Recurso: 117/2015 de 15/07/2015: “la competencia territorial para conocer de la demanda de modificación de medidas en materia de régimen de visitas a la hija menor de actor y demandada corresponde, conforme al art. 769.3 de la LEC y teniendo este fuero un carácter imperativo, a los Juzgados del domicilio del demandado o de la residencia de dicha menor, habiendo optado la actora por este último fuero y apareciendo de la documentación de la demanda (certificación del padrón) que la menor reside efectivamente con su padre en Alfondeguilla (partido de Nules), por lo que procede declarar la competencia de los juzgados de esta localidad, de conformidad con el criterio de esta Sala seguido en auto de fecha 17 de junio de 2008, rec. 185/2007 que establece: «El artículo 769 LEC 2000 a fin de atribuir la competencia para conocer de los procesos a que se refiere el Capítulo IV del Título Primero del Libro Cuarto de aquella norma, establece criterios diferentes según los mismos tengan por objeto situaciones de crisis matrimonial o versen exclusivamente sobre guarda y custodia o alimentos relativos a hijos menores³⁶³. En los últimamente mencionados y para el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales - como aquí sucede- se concede opción al demandante entre el Tribunal del domicilio del demandado o el de residencia del menor.

³⁶² *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento” *art. cit.*

³⁶³ Al respecto *vid.* BILBAO BERSET, J. *La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*. Atelier. Barcelona, 2014

El Tribunal Supremo. Sala de lo Civil N° de Recurso: 71/2015 Auto de 03/06/2015: “la competencia territorial para conocer de las demandas de modificación de medidas definitivas adoptadas en materia de guarda, custodia y alimentos de menores viene determinada, cuando los progenitores residen en distintos partidos judiciales, por el fuero correspondiente al domicilio de la parte demandada o de la residencia del menor, a elección del demandante. Esta regla ha sido aplicada en numerosos autos de esta Sala, entre otros, y entre los más recientes, en AATS de 11 de febrero de 2015, conflicto 142/2014 y de 22 de abril de 2015, conflicto 35/2015”.

El Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, N° de Recurso: 35/2015 Auto 22/04/2015: “Para la resolución del presente conflicto negativo de competencia debemos de partir de la consideración de que es criterio de esta Sala, según los autos de 9 de febrero de julio de 2007 (asunto 85/2007), 13 de septiembre de 2011 (asunto nº 115/11) y de 5 de febrero de 2013 (asunto 223/2012), entre otros, que la regla sobre atribución de competencia recogida en el art. 769.3 LEC es la regla que resulta de aplicación a las demandas de modificación de medidas definitivas de divorcio en relación con el régimen de visitas, guarda y custodia y pensión de alimentos de las hijos menores”.

No se entiende pues la justificación de la reforma, porque si desde el 7 de octubre de 2015 se aplica literalmente, la nueva redacción del art. 775 de la LECrim, cualquier demanda de modificación de medidas deberá interponerse ante el mismo Juzgado que resolvió anteriormente, como si se hablara de una competencia funcional (ex art. 61). En cualquier caso, si la modificación de medidas se propone a raíz de un supuesto de violencia de género habrá de ser un órgano judicial, con competencias en esta materia, el que conozca de tal pretensión.

TOMA DE POSTURA

La abundante y dispersa normativa y la, a veces, contradictoria jurisprudencia en materia de atribución o privación de la patria potestad, de guarda y custodia y régimen de visitas, ha sido una de las dificultadas en el estudio de esta materia, unido a las difícilmente accesibles resoluciones judiciales que en estos asuntos se vienen a resolver mediante Auto

(medidas urgentes o archivo o sobreseimiento, por ejemplo), recurribles únicamente en segunda instancia y de escasa publicidad.

En la praxis judicial, los pleitos que versan sobre la guarda de menores o sobre modificación de relaciones familiares revisten una mayor complejidad respecto al resto de los asuntos, pero en los casos en los que el progenitor ejerce violencia en cualquiera de los supuestos de violencia de género, por encima de todo ha de primar la protección del interés superior del menor. No es posible olvidar el clima de terror en el que llega a vivir una víctima de violencia de género que convive con su agresor, en algunos casos, en una situación de violencia habitual física o psicológica que puede acabar en un crimen. Esta situación de terror es sufrida no solo por la víctima, sino también por los hijos, lo que en estos casos lleva a tener que configurar a ambos como víctimas directas del maltrato habitual que, en algunas ocasiones, acaba con el asesinato de uno de ellos o de ambos. El terror se configura así como una situación y sensación que la víctima y sus hijos viven en el hogar, lo que desde el punto de vista penal habrá de tener sus consecuencias

La normativa y la jurisprudencia analizada gira en torno al interés del menor. Esto significa que en los casos de violencia de género se adoptarán las medidas de suspensión o privación de la patria potestad o de la guarda y custodia o del régimen de visitas siempre que exista un riesgo claro de perjuicio para el menor. Así lo regula la LO 1/2004 y se refleja en las distintas sentencias. Hay que dar un paso más y proteger a las mujeres víctimas de violencia de género. Para ello se dicta una orden de alejamiento, pero esto no es suficiente, lo que se ha de pretender es garantizar que el maltratador no pueda acceder a la mujer víctima. Por ello, en los casos en que se dicta una orden de alejamiento habría que plantearse suspender el régimen de visitas del progenitor maltratador para con sus hijos, pero no ya sólo porque exista riesgo para el menor, es decir, porque prime el interés del menor, sino también porque debe primar el derecho de la madre a su integridad física y a su vida, que son derechos fundamentales de especial protección consagrados en el art. 15 de la Constitución, que cuando colisionan con el derecho de visita respecto de sus hijos e hijas del padre maltratador, deben prevalecer. Los derechos a la vida y a la integridad física de las mujeres víctimas de violencia de género se pueden poner en riesgo si como consecuencia de las visitas del maltratador a sus hijos, aunque sea en los Puntos de Encuentro Familiar, éste puede obtener información del paradero de la madre, por

ejemplo. De tal modo que la suspensión del régimen de visitas puede tener como fundamento el riesgo para la vida de la mujer víctima de violencia de género. Su fundamento jurídico es el art. 15 de la Constitución española que garantiza el derecho a la vida como derecho fundamental, y como ha declarado el Tribunal Constitucional, la vida es un *prius* lógico y ontológico, porque sin vida no se puede ser titular del resto de derechos fundamentales.

Cualquier menor por el simple hecho de estar en un ambiente donde se ha ejercido violencia de género es un menor maltratado, por lo tanto merecedor de asistencia y ayuda específica acorde con sus características aun cuando en un principio no parezca mostrar signos externos, sobre todos en los supuestos de menores testigos y por supuesto menores sobre los que también ha recaído la violencia física. Estos menores merecedores de una atención, por parte de los poderes públicos, distinta y complementaria de la que se les ofrece a sus madres, requieren la adopción de medidas necesarias para garantizar su protección y atención que aseguren una respuesta a sus necesidades específicas.

Uno de los principales obstáculos para abordar el fenómeno de los menores víctimas de violencia de género lo constituye la ausencia de datos sobre cuántos niños y adolescentes realmente están afectados por esta lacra social. La consecuencia de ello es que, la limitación y parcialidad de los datos, no permite conocer con exactitud la incidencia real del problema, lo que lleva a concluir que hay menores que están sufriendo las consecuencias de la violencia de género pero resultan invisibles para la sociedad³⁶⁴. Desde esta perspectiva es necesario conocer con rigor y exactitud el alcance de la violencia de género en los menores. Unos datos cuyo análisis permita profundizar en el conocimiento del fenómeno, sus formas de manifestarse y los efectos y secuelas en los menores. En la última Macroencuesta del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se refleja que más de la mitad de los hogares en los que la mujer ha sido víctima de violencia física, vivían menores y el 64,2% de las mujeres reconocen que sus hijos también han sufrido directamente maltrato psicológico, físico o sexual, si bien hay que tener en cuenta que la mujer también ve las situaciones de violencia en su hogar desde un prisma con estereotipos. Tan sólo se conocen con exactitud, como mucho, los datos con resultado

³⁶⁴ REYES CANO, P. Menores y violencia de género: de invisibles a visibles. *Revista de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 2015 pp. 181-201

muerte, o bien se conocen los menores que han sido asesinados por su progenitor o el número de los que se han quedado huérfanos.

Por todo ello, los distintos organismos con competencia en la materia deberían incluir, obligatoriamente en sus estadísticas oficiales sobre violencia de género, todos aquellos datos disponibles que afecten a los menores que convivan o hayan convivido con el agresor y la víctima. Por ejemplo, que en la próxima Macroencuesta, se incorporara el número de menores hijos de las víctimas de violencia de género, así como en la estadística del Poder Judicial, en cuanto a las medidas de protección, datos sobre el cumplimiento o quebrantamiento de estas medidas y de las penas privativas o de suspensión civiles impuestas. Esta información habrá de estar convenientemente recopilada, tratada y publicada de forma sistematizada.

Por otro lado señalar que aunque se detecta un muy leve aumento en la adopción de medidas de protección a menores, este aumento está provocado por menos de un 10% de todos los Juzgados del territorio nacional y, en general ese aumento es muy tenue habida cuenta del intento del legislador por poner en marcha tan numerosas reformas, por lo que es difícil establecer una conexión directa entre los cambios normativos y el aumento de medidas de protección, máxime cuando, tras la observación de los datos publicados por el poder Judicial se detecta que en los años 2010-2012 (en el marco de la redacción original de la LO 1/2004) es cuando más medidas de este tipo se adoptaron. Habrá que estar al análisis de futuros datos para determinar la eficacia de las reformas legislativas, pero probablemente sea esta la tónica, de poco sirve el esfuerzo del legislador si el que tiene la potestad de aplicar la norma no lo hace, quizá la solución, como se verá en la tercera parte de este estudio, pase por la formación específica de los operadores jurídicos.

En cuanto a las medidas cautelares, la presentación de una simple denuncia no es sino la comunicación al Juez o a la Policía de un hecho con apariencia de infracción penal que debe ser objeto de investigación y prueba para que dé lugar a los mecanismos de represión previstos en el Código Penal y en las leyes procesales. Pero cierto es que en muchas ocasiones, la denuncia va acompañada de pruebas o indicios concluyentes que permiten atribuir el hecho a una persona concreta en cuyo caso la denuncia y las pruebas acumuladas al inicio de la investigación permitirán que el Juez de Instrucción pueda adoptar medidas cautelares, al igual que también acuerda una orden de protección. Lo que

está claro es que se conoce el número de menores fallecidos a manos de sus progenitores, pero se desconoce el número de menores maltratados y que el sistema actual no garantiza una protección urgente y equilibrada

Por tanto, en los supuestos de violencia de género y violencia doméstica se ha de determinar el grado de afectación de los menores y proveer cuantas medidas resulten necesarias para su debida protección, incluyendo la privación o suspensión del régimen de visitas, guarda y custodia o patria potestad, persiguiendo el fin legítimo de la indemnidad del menor, siendo la medida necesaria para cumplir esa finalidad, adecuada y proporcionada para alcanzarlo. Tal medida, al igual que cualquier otra tomada en una orden de protección o como medida cautelar ha de ser siempre en beneficio y para la protección del menor, debiendo en ese caso motivarse su adopción realizando el oportuno juicio de proporcionalidad, igual que se hace para las medidas adoptadas para la madre.

Sólo excepcionalmente, al contrario de lo que sucede en la actual práctica judicial, y tras la observancia de los indicadores de la afectación del menor, establecer visitas tuteladas a través de los Punto de Encuentro Familiar, si bien éstos habrán de contar con personal con formación especializada en violencia de género y donde se prohíba, para estos supuestos, la mediación familiar, práctica que en la actualidad no se está llevando a cabo.

Hasta ahora, son numerosos los supuestos de condenas firmes en los que se está concediendo al progenitor condenado un régimen de estancia, relación y comunicación tan amplios que pudieran solaparse con auténticas guardas y custodias compartidas, como puso de manifiesto la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012, al exponer un supuesto de hecho en el que así sucedía, pese a la prohibición contemplada en el artículo 94 del C.C., cada vez son más los imputados por delitos de violencia sobre la mujer que en los procedimientos civiles solicitan la guardia y custodia compartida y que, si bien la misma es denegada por los jueces, no son pocas las ocasiones en las que se establecen regímenes de visitas tan amplios que «casi se iguala» así el tiempo de las visitas al tiempo de estancia de los hijos con el progenitor custodio. Una nueva perspectiva es determinante, máxime cuando se sabe que los menores, en muchas ocasiones, son utilizados por el agresor para seguir ejerciendo violencia contra la madre con aquello que más le duele.

Resulta chocante que la característica principal, con el criterio a favor del Tribunal Supremo, para la adopción de medidas de protección a menores, sea la excepcionalidad, cuando el propio legislador ha insistido en ellas en la Ley Orgánica 1/2004 (artículos 61, 65 y 66), el Código penal, la LECrim (artículo 544 quinquies), la nueva redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, entre otras modificaciones.

La solución, para los supuestos de violencia de género, quizá sería optar por ampliar la prohibición de forma genérica al régimen individual de guarda y también al de estancias o visitas e, incluso, a la comunicación del progenitor con el menor, sin que resulte necesario justificar estas medidas, configurando estos supuestos como de peligro o daño automático al menor. Para que tengan lugar las prohibiciones indicadas en este supuesto, se requiere la concurrencia de unos tipos penales determinados: atentar contra la vida, la integridad física o psíquica, la libertad e indemnidad sexual de la pareja o de los hijos, en resumen, que concurra ser investigado en cualquier delito por violencia de género.

Así, al menos, se dejaría abierta la puerta a permitir, aun en tales supuestos de condenas, un régimen de estancias, relación y comunicación del progenitor condenado con el menor, pero “excepcionalmente”, el Juez podría establecer, si lo considerase conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a la concurrencia de los tipos anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos. La acepción indicada en el texto propuesto “excepcionalmente”, habrá de interpretarse conjuntamente o en relación con el interés superior del menor. El carácter excepcional no ha de entenderse en relación a la medida de estancias, relación y comunicación, sino como inversión de la carga probatoria, debiendo el progenitor probar mediante pericial, testifical, audiencia del menor, documental, etc. que, pese a la condena, el mantenimiento de la relación con el hijo es beneficiosa o conveniente al menor. Si el juez establece dicho régimen de estancias, relación y comunicación, éste debe atender, necesariamente, al interés superior del menor, a los criterios anteriores, sobre el delito cometido, y al riesgo para el menor, atendiendo al concepto de riesgo del artículo 95.1.2º CP: “Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.”

Por otro lado, la disparidad de pautas o regulaciones también se evidencia en materia tan sensible como la violencia ejercida sobre los menores. Queda demostrado que los episodios violentos acaecidos sobre la madre respecto del menor, tienen en aquél consecuencias, por ello no es equivocado pretender denegar la posibilidad de otorgar la custodia, o las estancias en favor del padre infractor, sin necesidad de entrar a hacer una valoración de las circunstancias concurrentes al caso. Otro tanto puede decirse, desde la óptica procesal, respecto a los informes técnicos. Esta disfunción provoca que las comparecencias del menor y los informes técnicos sean diferentes o atiendan a criterios diferentes en función del lugar o del Juez que dirige el proceso. Lo deseable hubiera sido que el legislador hubiera afrontado, de manera inmediata, estas disfunciones, lo que, sin duda, habría mitigado o impedido la profusa regulación territorial en la materia que se aborda, la cual ha generado la implantación de distintas soluciones en función de la ley sustantiva aplicable al menor o su residencia, en un “abanico legal” y en una práctica judicial que puede constatarse por la falta de unidad de pautas o criterios a la hora de evaluar el interés superior del menor.

El Estado debería concienciarse sobre la necesidad de regular, de forma unitaria, toda la normativa de protección del menor, así como de implantar las herramientas necesarias para que la evaluación del riesgo sobre el menor sea una realidad, pues poco podrá hacer el Juez, más que pronunciarse, si no cuenta con los medios materiales y humanos adecuados (como es sabido, los equipos psicosociales son insuficientes y, por tanto, están colapsados) que le permitan ser informado respecto a la citada valoración. En los supuestos de violencia de género en los que también se ven afectados los menores hay que regular concretando, no dejando mayor espacio a la interpretación que el de la excepcionalidad.

La elasticidad de la pena objeto de este estudio, que deja a la discrecionalidad del juzgador su imposición; la disposición de la pena de prisión, que se configura cuantitativamente entre un mínimo y un máximo temporal para los casos de penas accesorias, sin olvidar la posibilidad de conformidad por parte de la defensa del agresor en los diferentes momentos procesales oportunos, y, posteriormente, la permanente revisión de la pena de prisión; la justicia restaurativa, con la reparación del daño causado a la víctima, en la medida de lo posible y la mediación penal (teniendo en cuenta la prohibición de ésta en los supuestos de violencia de género, prohibida expresamente), con la finalidad de reducir, suspender

o sustituir la pena u obtener beneficios penitenciarios, hacen que en la práctica judicial, la aplicación de la pena de privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio sea una excepción y en casos de muy extrema gravedad.

Por añadidura, con respecto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, una vez cesada la causa que la motivó, que al imponerse como pena accesoria suele ser la pena de prisión, se recupera dicho ejercicio de la patria potestad de manera automática, sin juzgar si es conveniente o no, en ese momento su restauración.

Salvo escasísimos supuestos tasados, en los que el mandato de la ley obliga, en caso de probarse la culpabilidad del agresor, el juzgador, haciendo uso de su facultad potestativa, decide discrecionalmente sobre la privación, inhabilitación o limitaciones al ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia y el derecho a un régimen de visitas, reforzando la independencia del Poder Judicial su discrecionalidad.

Habría que tomar medidas con modificaciones legislativas incluidas, ya que nuestro ordenamiento jurídico contiene instrumentos que, en teoría, deberían resultar suficientes para proteger a los menores de la violencia, pero en la práctica se constata que no es así.

TERCERA PARTE

FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUS REPERCUSIONES EN LAS VÍCTIMAS

CAPÍTULO VII. FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS DIFERENTES OPERADORES JURÍDICOS.

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO NORMATIVO
3. FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS DIFERENTES OPERADORES JURÍDICOS
4. CUENTIONES RELEVANTES EN MENORES Y VIOLENCIA DE GÉNERO
 - 4.1. EL INTERÉS SUPREMO DEL MENOR
 - 4.2. PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR
 - 4.3. NUEVA FORMA DE VIOLENCIA: EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (S.A.P.)
5. EFECTOS DE LA FALTA DE FORMACIÓN

TOMA DE POSTURA

CAPÍTULO VII. FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS DIFERENTES OPERADORES JURÍDICOS

En el párrafo segundo del apartado VII de la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial literalmente se recoge “Las características específicas de esta forma de violencia sobre las mujeres hacen también necesaria la formación especializada de todos los operadores jurídicos para desarrollar con eficacia las respectivas funciones que tienen encomendadas, lo que se ve reflejado en las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en la Carrera Judicial, pues deben contemplar el estudio del principio de

igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional”

En este capítulo se expondrá la importancia de la formación y especialización para los operadores jurídicos en materia de violencia de género y las consecuencias que la falta de una formación integral en la materia tiene para las víctimas atendiendo a la pervivencia en el imaginario jurídico de prejuicios y estereotipos³⁶⁵ que no han sido desechados a través de un proceso formativo integral en esta materia

1. INTRODUCCIÓN.

La Fiscal Decana de Violencia contra la Mujer de Madrid, Ana María Galdeano Santamaría, en las V Jornadas Internacionales de Violencia de género y delitos conexos, organizadas por el Ministerio Público Fiscal de La Rioja, en una ponencia sobre cómo la Justicia debe escuchar y entender a las víctimas de los delitos de violencia de género, destacó que es fundamental que jueces y fiscales se formen y capaciten en la temática e incorporen la perspectiva de género para garantizar la protección de las mujeres que denuncian. Comentó ante más de cuatrocientos operadores jurídicos, refiriéndose a las mujeres víctimas de estos delitos: “Queremos que se acerquen y cuando se acercan, no las creemos”.³⁶⁶

Se decidió que existieran jueces y fiscales especializados porque la víctima tiene características particulares que la hacen diferente a cualquier otra víctima de cualquier

³⁶⁵ Cfr. COOK, R. y CUSACK, S. *Estereotipos de género Perspectivas Legales Transnacionales*. University of Pennsylvania Press, 2009, se entiende por estereotipo la visión generalizada o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros del grupo deben cumplir. Se presume que una persona, por el solo hecho de pertenecer a él, actuará con la visión generalizada o preconcepción existente acerca del mismo. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ LIÉVANA, G. Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: el papel del Comité CEDAW en la eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación Socio legal Series. Oñati, 2015. LARRAURI, E. “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia”, en LAURENZO COPELLO, P, MAQUEDA ABREU, M.L., RUBIO CASTRO, A. *Género, violencia y derecho*. Valencia Tirant lo Blanch, 2008, pp. 311-327

³⁶⁶ Vid. LARRAURI, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? *Revista de derecho penal y criminología*, nº 12, 2003

otro delito³⁶⁷. Por ejemplo, la víctima no quiere denunciar, minimiza la violencia tras la denuncia, los golpes leves los normaliza, no habla de hombre agresor sino de impulsivo, se siente culpable. Salta de un dato a otro en el relato de la violencia, tiene dificultad para fijar recuerdos, fechas, lugares. Es muy difícil que una mujer víctima de violencia de género en una relación de pareja “quiera contar inmediatamente lo que le ha pasado, a diferencia de quien sufre un robo. En las mencionadas jornadas la Fiscal añadió que “las posibilidades de que el agresor cometa el mismo delito son del 100 por ciento”, a diferencia de lo que ocurre con otros delitos.

Sin la especialización no se conocerán ni detectarán los prejuicios y estereotipos incorporados al razonamiento de cada persona; algunos nuevos mitos y prejuicios que se continúan aún hoy acuñándose frente al avance legislativo y de la sociedad en general.

La problemática de los estereotipos en materia de género se da cuando la misma opera ignorando las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales, llegando a negar a las personas el disfrute de sus derechos y libertades fundamentales con base en una jerarquía de género. Solo entendiendo la manera en que el derecho y los operadores jurídicos faltos de formación contribuyen a la formación de estereotipos de género durante los procesos judiciales puede ayudar a comprender la experiencia de desigualdad y discriminación que enfrentan las mujeres.

Ya hacía referencia a las nociones estereotipadas, por parte de los operadores jurídicos, el Comité contra todas las Formas de Discriminación de la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW) en la resolución de 18 de julio de 2014 y a las que se refirió también el informe de dicho Comité de 24 de julio de 2015 que contenía las Observaciones a los informes periódicos 7º y 8º de España. En este informe se insiste sobre la permanencia de estos estereotipos en la familia, en la sociedad y en el sistema educativo, así como se insiste en la necesidad de eliminar los que imperen en la actuación judicial. Se requiere al Estado Español para que proporcione y exija formación obligatoria y especializada a los jueces, fiscales, abogados, policía, y demás profesionales implicados en la lucha contra la

³⁶⁷ Al respecto HURTADO YELO, J. J. “Dificultades probatorias en la valoración del testimonio de la víctima”. *La Ley*, nº 7260, 2009. MASIP, J. y ALONSO, H. “La evaluación de la credibilidad del testimonio de las víctimas” en LAMEIRAS FERNANDEZ, M., IGLESIAS CANLE, I. (Coords.) *Violencia de género: la violencia sexual a debate*. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 205-234

violencia sobre la mujer, formación como principio básico para conseguir una respuesta efectiva contra esta lacra social.

La especialización en los operadores jurídicos, tal y como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial, debe ser algo más que la concentración del conocimiento de determinados asuntos en órganos jurisdiccionales concretos, con exclusión de otros, y solo adquiere sentido si se le dota de un contenido material vinculado a la formación especializada más allá de la formación técnica.

Por Acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de mayo de 2010, se establecieron los criterios básicos que han de regir las actividades obligatorias de formación para los jueces/zas y magistrados/as destinados en juzgados de violencia sobre la mujer, en juzgados de lo penal especializados en violencia de género o en secciones penales y civiles especializadas en violencia de género, en virtud de lo dispuesto en la LO a 1/2009, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, se introduce un apartado 3 bis y se modifica el apartado 5 en el artículo 329.

Más allá de conocer las normas sustantivas y procesales, la especialización en materia de violencia de género debe tratar de profundizar en el caldo de cultivo de la violencia, sus orígenes, sus causas, sus significados y manifestaciones. Solo así se entenderá de qué manera todo ello se proyecta tanto en el testimonio como en la postura procesal de la víctima de violencia. Nada de esto resulta ajeno a la respuesta individual que el juzgador adopta frente a la violencia.

Sin la especialización no se conocerán ni detectarán los prejuicios y estereotipos incorporados al razonamiento de cada persona; algunos nuevos mitos y prejuicios que se continúan aún hoy acuñándose frente al avance legislativo y de la sociedad en general. Entre los principios de la Política Criminal ocupan un lugar primordial lo que rigen la propia calificación de un hecho como delito –y no como hecho antisocial jurídicamente prohibido, ilícito civil o ilícito administrativo-.³⁶⁸

³⁶⁸ Así opina SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal”. *Nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos (libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López)* 1999, ISBN 84-8151-94-9 p. 209-220

La problemática en la estereotipación en materia de género se da cuando la misma opera ignorando las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales, llegando a negar a las personas el disfrute de sus derechos y libertades fundamentales con base en una jerarquía de género. Solo entendiendo la manera en que el derecho y los operadores jurídicos faltos de formación contribuyen a la estereotipación de género durante los procesos judiciales puede ayudar a comprender la experiencia de desigualdad y discriminación que enfrentan las mujeres.

Sin la especialización resulta extremadamente difícil que el juez comprenda el porqué de determinadas declaraciones ambiguas por parte de las víctimas, el por qué muchas veces se produce una falta de concreción en el relato de los hechos, qué factores son los que han permitido y propiciado la permanencia de la víctima en un ambiente violento durante largo tiempo; el por qué no se ratifican las denuncias, el porqué de las indecisiones, el por qué la víctima tras denunciar se exonera de ratificarse amparándose en el derecho a no declarar.

Solo la especialización permitirá conocer al juzgador que no es lo mismo la violencia que la agresión concreta y únicamente la especialización puede dar lugar a que el acceso a la justicia sea realmente efectivo.

El Observatorio de la Violencia de Género señala que la especialización que propugna la Ley Integral no debe ser un concepto vacío de contenido ni un mero rótulo en la puerta de un despacho o de una sala de vistas sino que debe suponer un conocimiento profundo del fenómeno criminal, de las causas en que se sustenta, de las manifestaciones plurales que presenta y de la diferente intensidad en que puede darse pero el análogo significado que tiene en muchas ocasiones.

La especialización debe comprender igualmente el conocimiento de los perniciosos efectos que provoca en las víctimas no mortales que se proyectan, además de en su propia calidad de vida, en una adopción tardía de salir del círculo de la violencia o en una específica actuación en el proceso penal que no siempre resulta favorable a la sanción del delito o a la defensa de lo que podrían ser considerados sus intereses.

Señala este organismo que la especialización debería suponer una relectura tanto individual como colectiva de los procesos de socialización por parte de quienes van a aplicar el derecho de manera que se posibilite poder detectar los posibles prejuicios que puedan aflorar, de manera consciente o inconsciente, en las relaciones judiciales.

El Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial considera preocupantes la constatación de la existencia de una colocación asimétrica ante la ley en la que se situarían algunas interpretaciones existentes respecto de los aspectos que afectan a la seguridad jurídica, ofreciéndose a las víctimas de esta violencia respuestas muy dispares en función de la provincia o la comunidad autónoma en que residen.

Sirva de ejemplo, que según la estadística anual de 2016 del mencionado Observatorio, del total de las medidas civiles adoptadas, algunos partidos judiciales son los que acordaron el mayor número de ellas, mientras que en otros partidos judiciales, la mayoría, se acordaron una o ninguna en todo el año, a pesar de tener un mayor número de asuntos y dictar, por tanto, mayor número de Órdenes de Protección. Así mientras en partidos judiciales como Arcos de la Frontera se dictaron 14 suspensiones de regímenes de visitas, 21 en Alcalá la Real, 24 en Vinarós, 85 en Granada, 77 en Zaragoza, 57 en Jaén, 51 en Logroño o 27 en Santander, frente a Partidos Judiciales como Pamplona con 1 suspensión de régimen de visitas, 1 en Vitoria-Gazteiz, 1 en Bilbao o ninguna en Murcia, Getafe, Leganés, Parla, Aranjuez, Andújar, Pontevedra, Cáceres, Badajoz, Sagunto, Alicante, Toledo, Ciudad Real o Córdoba y así hasta 238 partidos judiciales que en todo el año 2016 no acordaron ninguna suspensión del régimen de visitas.

En cuanto a la suspensión de la patria potestad, mientras partidos judiciales acuerdan 11 como en Orihuela o Lora del Río, 13 en Zaragoza, 18 en Barcelona, el resto de partidos judiciales prácticamente no ha acordado ninguna.

Y en los que respecta a la suspensión de guarda y custodia, la mayor parte de los partidos judiciales no acordaron ninguna medida en este sentido y partidos judiciales como Almería 12, Lucena 12, Lebrija y Gava 16, Sueca, Lleida 27, 28 Madrid, Jerez de la

Frontera 30, Alcobendas 31, Vinarós 40, Logroño 51, Barcelona 52, Granada 95 y Zaragoza 262³⁶⁹

En enero de 2011, el Consejo General del Poder Judicial propuso toda una serie de reformas que abarcaban la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Penal y otra serie de normas con la finalidad de acabar con los problemas técnicos que se había demostrado existían en la aplicación de la Ley Integral. Entre estas reformas se encontraba la de garantizar la formación especializada de todos los operadores jurídicos que desarrollaban su trabajo en el ámbito específico de la violencia de género.

En este punto concreto, el Grupo de Expertos del Consejo General del Poder Judicial que elaboraron la reforma, partieron del hecho de que la violencia de género tiene tanto un origen como unos mecanismos de desarrollo y, sobre todo, unas consecuencias, que la diferencian claramente de otros tipos de violencia.

El propio Consejo General del Poder Judicial ha reconocido que sus particularidades y dificultades interpretativas y probatorias derivan sustancialmente de la intimidad o clandestinidad en la que se cometen los hechos delictivos que la ley integral aborda a lo que debía añadirse un factor específico y determinante: la circunstancia de que las víctimas, inmersas en lo que se denomina “ciclo de la violencia” (a una fase de acumulación de tensión le sucede otra en la que se produce la explosión de la violencia; a ésta le sigue la luna de miel, en la que el agresor pide perdón a la víctima y promete no volver a ser violento añadiendo muchas veces que no puede vivir sin ella, que incluso recurrirá al suicidio o autolesionarse si ella lo abandona y que todo lo que ha sucedido ha sido por lo mucho que la quiere, reiniciándose nuevamente el ciclo); en el que se debaten en una situación permanente de agresión-denuncia-arrepentimiento-agresión.

Esto supone, en muchos casos, que la víctima termina por encontrarse en un auténtico callejón sin salida: interpone una denuncia, la retira, se retracta o se acoge, como hemos

³⁶⁹ Datos de la Estadística presentada el 9 de marzo de 2017, relativos al año 2016. Observatorio contra la Violencia Doméstica o de Género. Poder Judicial.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Anual-2016>

visto, a la dispensa de declarar contra su agresor, lo que, de facto, obstaculiza el adecuado esclarecimiento de los hechos³⁷⁰, facilitando, por el contrario, la impunidad del autor de los mismos.

Siendo así esta situación es sumamente importante que los distintos profesionales, al enfrentarse a esta situación, desde cualquiera de los ámbitos de posible intervención, partan de una comprensión clara del problema. Solo así podrán ser eficaces en la lucha por la erradicación del mismo generando una protección adecuada a las víctimas de esta violencia.

Por ello, se recomienda como garantía la formación especializada de todos los operadores jurídicos que desarrollan su trabajo en el ámbito específico de la violencia de género, especialmente en relación a aquellos operadores que no lo tengan previsto en sus normas legales.

De modo específico se señala que esta formación deberá otorgarse a Fiscales, Letrados y Letradas de la Administración de Justicia y demás personal adscrito a las Oficinas Judiciales, así como a los distintos profesionales que auxilian al órgano judicial en su función dentro de los ámbitos de la Medicina Forense, la Psicología o el Trabajo Social; aquellos que se encuentren adscritos a los distintos Gabinetes o Unidades de Apoyo y, de igual modo, a los letrados y letradas que deban asistir específicamente a las víctimas de estos delitos así como a las personas que resultan imputadas por los mismos³⁷¹.

Por otra parte, la formación constituye el primer eje transversal necesario para lograr cuatro objetivos que se configuran como generales para lograr la erradicación de la violencia contra la mujer señalándose que los buenos y malos resultados y la calidad del funcionamiento del sistema y, por tanto, la consecución de los objetivos establecidos para la erradicación de la violencia, depende de la responsabilidad individual, capacidad,

³⁷⁰ Vid. MAGRO SERVET, V. “La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal”. *Diario La Ley* nº 7012-7013, 2008

³⁷¹ Acertadamente opina TORRES DÍAZ, M.C. “La perspectiva de género como criterio de aplicación jurisprudencial ante la valoración de la intencionalidad del agresor en un contexto patriarcal”. Investigación y Género inseparables en el presente y en el futuro. *IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*. Sevilla, 2012

capacitación, preparación e implicación de las personas que participan de un modo u otro de la violencia.

A través de la formación se pretende intensificar la capacidad y calidad de la respuesta que los agentes implicados en la erradicación de la violencia de género para el perfeccionamiento de sus aptitudes y competencias personales y profesionales y la motivación en la consecución del objetivo de lograr una sociedad libre de violencia contra la mujer.

Queda sentada la importancia de la formación y especialización de los distintos operadores jurídicos que atienden diariamente supuestos de violencia de género, dado que de una correcta formación se deriva la comprensión y un posterior actuar frente a un fenómeno ciertamente complejo.

2. MARCO NORMATIVO

La Asamblea General de Naciones Unidas, en Resolución A/RES/52/86, de 2 de febrero de 1988, ya exhortó a los estados miembros a establecer módulos de capacitación obligatorios, transculturales y sensibles a la diferencia entre los sexos, destinados a los funcionarios del sistema de justicia penal en que se examinara el carácter inaceptable de la violencia contra la mujer, sus repercusiones y sus consecuencias promoviendo una respuesta adecuada a este tipo de violencia.

El informe del Secretario General de Naciones Unidas, de 6 de julio de 2006, “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer” señalaba en su párrafo 295 que “...el potencial de las leyes sobre la violencia contra la mujer no llegará a realizarse si no se aplican y se hacen cumplir efectivamente. La aplicación de las leyes resulta fortalecida si se hace una capacitación sistemática en materia de sensibilidad respecto de las cuestiones de género con carácter obligatorio para los agentes de la ley, los fiscales y los jueces...”

En el ámbito europeo, la Recomendación (2002) 5, del Comité de Ministros de 30 de abril de 2002, instaba a los Gobiernos de los Estados Miembros, en el apartado 3.e) de su

Apéndice, a asegurar una formación especial para los profesionales que han de enfrentarse a la violencia contra la mujer. De ahí, la especial relevancia que en este ámbito toman los Planes de Formación que se desarrollan en las instituciones y administraciones públicas.

En la Directiva 2012/29/UE 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, incluye en el artículo 57 una atención específica los procesos de victimización secundaria que sufren la víctimas de violencia de género en el ámbito de la justicia. Se exige que los/las profesionales que hayan de tratar con la víctima antes del proceso penal, durante o después de éste, tengan una formación especializada para facilitar el trato y evitar así situaciones de victimización secundaria

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en el caso *Opuz vs. Turquía* que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”. La Corte Europea consideró que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por las denunciadas podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal aplicó el principio según el cual una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación.

La Corte Europea constató que en el lugar en que vivía la peticionaria se presentaba el número más alto de víctimas de violencia doméstica, que las víctimas eran todas mujeres, que la mayoría de las víctimas eran del mismo origen y, además, que las mujeres víctimas enfrentaban problemas cuando denunciaban la violencia, como el hecho que los policías no investigaban los hechos sino que asumían que dicha violencia era un “tema familiar”

Un caso particularmente interesante es el caso *González Carrero c. España* (Comunicación 47/2012), emitido el 18 de julio de 2014 el Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer, en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En este caso se denuncia, la larga historia de violencias de género vividas por Ángela González Carreño, que concluyen con el terrible asesinato de su hija por parte de su ex pareja y padre de la menor. La resolución recuerda la responsabilidad de los estados y la vinculación entre los estereotipos judiciales y su derecho a un proceso no discriminatorio: “9.7. El comité recuerda que, bajo el artículo 2 (a) de la Convención, los Estados parte tienen la obligación de asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica del principio de igualdad del hombre y la mujer; y que en virtud de los artículos 2 (f) y 5 (a), los Estados partes tienen la obligación de adoptar medidas (...) Al respecto, el comité destaca que los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica.” El comité considera que se produce discriminación hacia la demandante, dado que las autoridades del Estado aplicaron nociones estereotipadas que condujeron a no cuestionar el régimen de visitas del padre en un contexto de violencia de género.

Sorprendentemente, en el Estado español ni Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ni las legislaciones autonómica han incluido definiciones de la violencia institucional y, muy escasamente, se hace referencia a los procesos de victimización secundaria, a la obligación de reparación del daño por parte del Estado y a su traducción en indemnizaciones para las víctimas.

Una de las escasas excepciones es la ley catalana Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, que aunque rechazó incluir el concepto de violencia institucional incluye la definición de victimización secundaria (art. 3h, art.) e indica en el artículo 47³⁷² la necesidad de indemnizar a las mujeres que sufren violencias machistas, reconociendo de esta manera la responsabilidad del estado.

La Ley Orgánica 1/2009 modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, introduciendo un apartado 3 bis en el artículo 329, con la pretensión de hacer efectiva la garantía de especialización que, respecto de determinados órganos jurisdiccionales, proclamaba la

³⁷² El artículo 47 describe las indemnizaciones a las que se obliga el gobierno catalán y que se deben desarrollar reglamentariamente.

Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en los siguientes términos:

«3 bis. Los que obtuvieran plaza por concurso o ascenso en Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en Juzgados de lo Penal especializados en violencia de género o en Secciones penales y civiles especializadas en violencia de género deberán participar, antes de tomar posesión de su nuevo destino, en las actividades de especialización en materia de violencia de género que establezca el Consejo General del Poder Judicial.»

Esta modificación fue fruto de las conclusiones adoptadas por la “Subcomisión para el estudio del funcionamiento de la Ley Integral de medidas contra la violencia de género y, en su caso, propuestas de modificación” del Congreso de los Diputados y publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del 23 de noviembre de 2009. Previamente, la magistrada Inmaculada Montalbán, por entonces Vocal y Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, había comparecido ante dicha Subcomisión el 21 de abril anterior, donde, entre otras, propuso “la formación obligatoria de jueces y magistrados que deseen cubrir órganos especializados en violencia sobre la mujer, lo que implicaría una reforma del artículo 329.3 de la LOPJ”:

“Los concursos para la provisión de los Juzgados de Menores se resolverán en favor de quienes, ostentando la categoría de Magistrado y acreditando la correspondiente especialización en materia de menores en la Escuela Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón. En su defecto, se cubrirán por magistrados que hayan prestado al menos tres años de servicio, dentro de los cinco anteriores a la fecha de la convocatoria, en la jurisdicción de menores. A falta de éstos se cubrirán por el orden de antigüedad establecido en el apartado 1.

Los que obtuvieran plaza, así como los que la obtuvieran cuando las vacantes tuvieran que cubrirse por ascenso, deberán participar antes de tomar posesión de su nuevo destino en las actividades de especialización en materia de menores y en materia de violencia de género que establezca el Consejo General del Poder Judicial.”³⁷³

³⁷³ El número 3 del artículo 329 redactado por el apartado cuarenta y cinco del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Continúa el artículo, en el apartado 3 bis:

“3 bis Los que obtuvieran plaza por concurso o ascenso en Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en Juzgados de lo Penal especializados en violencia de género o en Secciones penales y civiles especializadas en violencia de género deberán participar, antes de tomar posesión de su nuevo destino, en las actividades de especialización en materia de violencia de género que establezca el Consejo General del Poder Judicial.”³⁷⁴

La ley 1/2004, de 28 de diciembre, Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, su artículo 2 establece que las medidas de esta Ley están encaminadas a alcanzar unos fines que detalla. Por el interés que ocupa la materia a tratar en el presente capítulo, es de utilidad el apartado j) que señala como fin el fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas

Con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, queda definitivamente constatada en una norma con rango de ley orgánica la necesidad de formación especializada de los operadores jurídicos para desarrollar con eficacia las respectivas funciones a ellos encomendadas, intensificándose esta formación en materia de menores y violencia de género:

- a. Quienes obtengan plaza en los Juzgados de Menores deberán participar antes de tomar posesión de su nuevo destino en las actividades de especialización en materia de menores y en materia de violencia de género que establezca el Consejo General del Poder Judicial.
- b. El personal de los equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, tendrá formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica. Además, su formación será orientada desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres

³⁷⁴ Número 3 bis del artículo 329 introducido por el número ocho del artículo primero de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

La competencia en materia de formación y especialización de los miembros de la carrera judicial corresponde, conforme al artículo 107.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Consejo General del Poder Judicial³⁷⁵

Esta especialización de los jueces implica la responsabilidad de ofrecer a sus miembros una capacitación adecuada, con conocimientos no únicamente sustantivos y procesales generales sino propios de la especialización desde la que ejerzan su función constitucional asegurando que los contenidos sean suficientes y se impartan durante el tiempo necesario y todo ello vaya seguido de una necesaria evaluación del aprovechamiento. Solo así se podrá garantizar, desde este punto, que la tutela judicial es efectiva también para las víctimas de la violencia machista impidiendo que resoluciones formalmente fundadas puedan ser, al mismo tiempo, denegación de tutela.

De igual modo, el Estatuto de la víctima del delito configura la formación de los profesionales del derecho como una medida de protección para las víctimas que, entre otros muchos, tienen derecho a que su declaración se realice por parte de profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios que se les pudieran ocasionar.³⁷⁶

³⁷⁵ Artículo 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

El Consejo General del Poder Judicial tendrá competencias en las siguientes materias:

1. Propuesta por mayoría de tres quintos para el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.
2. Propuesta por mayoría de tres quintos para el nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional cuando así proceda.
3. Inspección de juzgados y tribunales.
4. Selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados.
5. Nombramiento mediante orden de los jueces y presentación a real decreto, refrendado por el Ministro de Justicia, de los nombramientos de magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes y magistrados.
6. Nombramiento de Secretario General y miembros de los gabinetes o servicios dependientes del mismo.
7. Ejercicio de las competencias relativas a la Escuela Judicial que la ley le atribuye.
8. Elaborar, dirigir la ejecución y controlar el cumplimiento del presupuesto del Consejo.
9. Potestad reglamentaria en los términos previstos en el artículo 110 de esta Ley.
10. Publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales. A tal efecto el Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Administraciones competentes, establecerá reglamentariamente el modo en que habrán de elaborarse los libros electrónicos de sentencias, la recopilación de las mismas, su tratamiento, difusión y certificación, para velar por su integridad, autenticidad y acceso, así como para asegurar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales.
11. Aquellas otras que le atribuyan las leyes.

³⁷⁶ Artículo 25.b de la Ley 4/2015, de 27 de abril.

Por su parte, el artículo 30 de la Ley 4/2015, dedicado a la formación en los principios de protección a la víctima, señala que el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación general y específica, relativa a la protección de las víctimas en el proceso penal, en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³⁷⁷, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia, personal de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas que desempeñen funciones en esta materia. En estos cursos de formación se prestará particular atención a las víctimas necesitadas de especial protección, a aquellas en las que concurren factores de especial vulnerabilidad y a las víctimas menores o con discapacidad. Igualmente se prevé que los Colegios de Abogados y de Procuradores impulsen la formación y sensibilización de sus colegiados en los principios de protección de las víctimas contenidos en dicha Ley.

3. FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS DIFERENTES OPERADORES JURÍDICOS

Como ya se ha expuesto, el Consejo General del Poder Judicial sí elaboró y acordó por Acuerdo Pleno de 17 de mayo de 2010, una serie de criterios básicos que, en consonancia con la legislación a que se ha hecho referencia, deben regir en las actividades obligatorias de formación para los jueces y magistrados destinados en JVM, en Juzgados de lo penal especializados en violencia de género o en secciones penales y civiles de los diferentes Tribunales especializadas en violencia de género. Sin embargo, en ningún momento se ha hecho referencia al control de la calidad de dicha formación.

³⁷⁷ Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad cuentan con el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), de la Secretaría de Estado del Ministerio del Interior, que entre sus objetivos cuenta con la predicción del riesgo y busca establecer una tupida red que permita el seguimiento y protección de forma rápida, integral y efectiva de las mujeres maltratadas y de sus hijos e hijas, en cualquier parte del territorio nacional. <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen>

Los destinatarios de esos cursos de especialización son, según lo dispuesto en el artículo 329 de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes señalado, los jueces y magistrados que obtuvieran plaza por concurso o ascenso en Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en Juzgados de lo Penal especializados en violencia de género o en Secciones penales y civiles especializadas en violencia de género que deben participar en los mismos antes de tomar posesión de su nuevo destino.

Quedan por tanto fuera de los mismos, por una parte, los Jueces de Instrucción, no obstante tener competencia para resolver durante su guardia las Ordenes de Protección que se soliciten fuera del horario de audiencia de los Juzgados de violencia de género suponiendo sus resoluciones en materia de órdenes de protección un 15 % del total de las resueltas y, por otra parte, los jueces sustitutos, que ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la carrera judicial durante periodos más o menos largos de tiempo en cualquier tipo de juzgado de instrucción o especializado en violencia de género y que en el año 2016 dictaron el 10,61% del total de las sentencias

Según datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, en la estadística anual de 2016, el porcentaje de órdenes de protección acordadas por los Juzgados especializados en Violencia de Género resulta 12 puntos porcentuales inferior a las acordadas en los Juzgados de Instrucción. Según los datos facilitados por el mismo Observatorio correspondientes al año 2015, un 13% de las solicitudes de Órdenes de Protección se produjeron en dicho periodo en los Juzgados de Guardia.

Con los datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género de los tres últimos años, por poner un ejemplo, se puede observar que las medidas civiles de protección están alrededor del 20% del total de medidas, suprimiendo las medidas tomadas referentes a pensión de alimentos o atribución de la vivienda, las cifras ya son muy reducidas. En la siguiente tabla se puede apreciar como del total de medidas de protección tomadas en órdenes de protección y como medidas cautelares, tanto civiles como penales (los datos que aparecen en las estadísticas del Observatorio en porcentajes son referentes al total de medidas civiles), se acuerdan en 2014 un 0,8% de suspensión

del régimen de visitas, 0,1% se suspende la patria potestad y un 1,5% se acuerda la suspensión de la guarda y custodia.³⁷⁸

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2014						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTA D	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	565	56	1.078	240	13.680	44.346
MC	58	6	55	35	845	14.705
% sobre total medidas adoptadas	0,8%	0,1%	1,5%	0,3%	19,7%	80,3%

Tabla 6 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

En la siguiente tabla, referente al año 2015, también se puede apreciar como del total de medidas de protección tomadas en órdenes de protección y como medidas cautelares, tanto civiles como penales (los datos que aparecen en las estadísticas del Observatorio en porcentajes son referentes al total de medidas civiles), sólo se acuerda en 2015 un 1,1% de suspensión del régimen de visitas, 0,1% se suspende la patria potestad y un 1,7% se acuerda la suspensión de la guarda y custodia. En cuanto a las medidas del art. 158 del CC, sólo constituyen un 0,3%.

³⁷⁸ Datos Estadística Anual 2014, 2015 y 2016 del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2015						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	728	84	1.223	162	14.138	41.100
MC	60	9	46	21	899	16.266
% sobre total medidas adoptadas	1.1%	0.1%	1.7%	0.3%	20.7%	79.2%

Tabla 5 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

En cuanto a la tabla correspondiente a los datos anuales de 2016, destacar que, pese a la vigencia de las reformas normativas vigentes durante la totalidad del año 2016 se puede apreciar que las cifras son prácticamente similares. Sólo se acuerda en 2016 un 1,3% de medidas sobre suspensión del régimen de visitas, 0,1% se suspende la patria potestad y un 1,9% se acuerda la suspensión de la guarda y custodia. En cuanto a las medidas del art. 158 del CC, sólo constituyen un 0,4%.³⁷⁹. Con estos datos se puede comprobar que el hecho de modificar la norma que da más facultad a jueces y magistrados para poder acordar medidas civiles de protección para los menores víctimas de violencia de género, no quiere decir que aquéllos hagan uso de esta facultad, no se trata de modificar la norma quizá, sino de formar y sensibilizar al juzgador.

³⁷⁹ Con estos datos, se trata de hacer ver que, en comparación a todas las medidas de protección o cautelares adoptadas, estas medidas civiles son un porcentaje bajísimo, teniendo en cuenta que los porcentajes de las páginas 14 y 15 que reflejan las Estadísticas Anuales del Poder Judicial están hechos sobre el total de medidas civiles y no sobre el total de medidas de protección civiles y penales. Aquí están calculados los porcentajes sobre el total de medidas acordadas en el total en Órdenes de Protección y como medidas cautelares, civiles y penales.

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección)

2016						
Medidas Judiciales adoptadas	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTA D	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PROTECCIÓN MENOR EVITAR PELIGRO O PERJUICIO	TOTAL MEDIDAS CIVILES	TOTAL MEDIDAS PENALES
OP	948	110	1.397	266	15.363	41.581
MC	87	11	99	15	1.122	19.277
% sobre total medidas adoptadas	1.3%	0.1%	1.9%	0.4%	21.3%	78.7%

Tabla 3 Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

En relación a la duración del curso, el Consejo General del Poder Judicial señala que este periodo de formación no ha de ser superior a 10 días. Estos diez días podrían distribuirse a lo largo de dos semanas en jornadas lectivas de cinco días cada semana.

Se contempla como adecuado que el curso tenga una duración de 10 días señalando el propio Consejo General del Poder Judicial que el objetivo del periodo de formación es que participando en el mismo Jueces y Magistrados que conocen perfectamente el ejercicio de la función jurisdiccional, a los mismos se les suministren sólo los conocimientos precisos para el desempeño eficaz de su tarea en los órganos especializados en Violencia de Género, sin que sea necesario insistir en contenidos formativos ya adquiridos en el proceso selectivo en unos casos, y en el ejercicio de la función jurisdiccional en otro.

Sin embargo, se señala desde el propio organismo, dadas las características específicas de la Violencia de Género, distintas de cualquier otro tipo de violencia interpersonal, el curso debe contener un amplio marco conceptual y práctico que facilite la comprensión de este fenómeno social.

En relación a la metodología didáctica empleada se señala que el contenido del curso ha de combinar contenidos teóricos y prácticos, de la misma forma en que se establece en las pruebas de especialización, donde se han de realizar primero el ejercicio teórico y luego el práctico poniendo de manifiesto que ello resulta además coherente con el fin de la actividad formativa: dotar de los medios necesarios que aseguren una preparación específica para hacer efectiva la especialización de los juzgados y tribunales con competencia en violencia sobre la mujer.

En la actualidad, los cursos se estructuran entorno a seis temas que comprenden, en primer lugar, los conceptos básicos acerca de la violencia doméstica, violencia de género y perspectiva de género así como las características específicas que presenta la violencia de género. Un segundo tema en relación a Tratados e instrumentos internacionales sobre igualdad, discriminación y violencia y su aplicación y vigencia en el ordenamiento español. El tercer tema se dedica a aspectos penales de la violencia de género, con tratamiento de aspectos materiales y procesales, tratando especialmente las peculiaridades que presenta la valoración de la prueba en este ámbito, la prohibición de la mediación en violencia de género, la dispensa del artículo 416 de la LECR³⁸⁰ o el consentimiento de la víctima en los delitos de quebrantamiento de pena o de medida cautelar así como las cuestiones relativas al otorgamiento de la guardia y custodia y el régimen de visitas en estos supuestos, tratando también de manera breve las cuestiones principales que pueden suscitarse en relación a la Orden de protección. Un cuarto tema se dedica a aspectos materiales y procesales dentro del ámbito civil de la violencia de género y a la ejecución de las sentencias que se dictan en el ámbito civil. El tema quinto aborda aspectos básicos de psicología que incluyen la adquisición de habilidades en la toma de declaraciones, incluido el testimonio de la víctima así como técnicas de evaluación de la credibilidad de una declaración valorando aspectos tales como la conducta no verbal de la persona que declara. Igualmente se analiza la audiencia a los menores por parte del juez abordando la disyuntiva en relación a si son testigos o víctimas de la violencia que se da en la familia incluyendo un protocolo para minimizar el impacto que la entrevista puede tener en los

³⁸⁰ Vid al respecto MAGRO SERVET, V. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores. Artículo 416 de la Lecrm. ¿Es necesaria una reforma legal? *Diario La Ley*, nº 6333, 2005. SANCHEZ MELGAR, J. “¿Debe el legislador derogar el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de violencia de género?” *Encuesta Jurídica*, abril 2017. Sepin/DOCT/22675

niños. Finalmente se dedica un capítulo genérico a las buenas prácticas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, tanto en el ámbito civil como en el penal

Resulta tan necesaria la formación que en un tipo de interacción entre agente-víctima, por poner un ejemplo que suele ser la primera toma de contacto por parte de la víctima con un operador jurídico al poner la denuncia, normalmente se da por normalizado que exista una selección de las preguntas, una determinada disposición del contexto para atender a la víctima, una toma de decisión sobre cómo conducir los momentos de la entrevista, unas impresiones, percepciones e interpretaciones por parte del agente jurídico que pregunta y escribe, una incorporación, ordenación, traducción, etc. del relato en términos y tecnicismos jurídicos; lo cual indica que se trata de una situación mediada por las intersubjetividades de quienes interactúan y que el resultado del proceso puede ser diferente.

Por su parte, el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, como instrumento de análisis y de actuación que, en el ámbito de la Administración de la Justicia y que promueve iniciativas y medidas dirigidas a erradicar el problema social de la violencia doméstica y de género, aparte de los cursos y seminarios que sobre la materia se organizan en el marco de la Formación Continua y de la Formación Descentralizada para Jueces y Magistrados, sin carácter ya obligatorio, organiza también actividades formativas específicas.

Dicho organismo convoca anualmente, de media, tres cursos específicos de temas relacionados con la violencia doméstica y de género. Además, el Observatorio convoca encuentros con titulares de órganos jurisdiccionales especializados para la discusión de criterios interpretativos, etc. Igualmente realiza Congresos de Violencia sobre la Mujer, organizados conjuntamente por todas las instituciones que componen el Observatorio, con el objetivo de reflexionar y evaluar la interpretación y aplicación de la legislación en esta materia, desde un punto de vista multidisciplinar, recogiendo las experiencias de todos los colectivos que intervienen en la Administración de Justicia.

Sin embargo, existe un porcentaje elevado de Jueces que, pese a ocupar plaza como Jueces titulares de Juzgados de lo Penal o especializados en violencia de género no han

recibido ningún tipo de formación obligatoria al respecto tras haber concursado a un juzgado especializado en la materia

La entrada en vigor de la LO 1/2004 exigía adaptar la respuesta de los Institutos de Medicina Legal a la nueva situación social y jurídica tanto en lo que respecta a la organización de medios humanos y materiales como a los instrumentos mediante los cuales van a llevar a cabo su actuación.

Los Institutos de Medicina Legal son los órganos técnicos para el auxilio de juzgados, tribunales y fiscalías en materia médico forense. Las Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género son equipos multidisciplinares en los que se integran médicos forenses, psicólogos y trabajadores sociales, para dar una respuesta específica y especializada y coordinada con los diferentes profesionales que permita un diagnóstico de la violencia de género más allá de la simple búsqueda de signo de agresión concreta. Estos equipos vendrán a completar a los ya existentes en juzgados de familia o de menores y tendrán como función el diagnóstico y atención inmediata a las víctimas, valorar los efectos de la exposición de los menores que conviven en el ambiente de violencia, valoración del agresor y construcción de una prueba forense global tanto de las lesiones³⁸¹ como del clima que genera la violencia o la valoración del riesgo, así como seguimiento estadístico del tipo de intervenciones realizadas.

En cuanto a la formación de médicos forenses, se publicó en 2005 una guía “Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica”, coordinada por Juan Antonio Cobo Plana, que, además de prever la aplicación y puesta en funcionamiento de un protocolo integral de respuesta forense en los casos de violencia doméstica y de género, expone las necesidades de formación. Recoge dicha Guía que el plan de formación “requerirá un curso específico que debería abordar el objetivo de formar e informar en los aspectos específicos mencionados en el segundo punto y de actuar inicialmente como «formación de formadores». Sería conveniente que, tras el primer curso centralizado de formación de formadores, se realizaran cursos periféricos por agrupaciones de Institutos con el fin de asegurar una formación básica en todos los

³⁸¹ En GÓMEZ DE TERREROS I: *Los profesionales de la salud ante el maltrato*. 2ªed. Editorial Comares. Granada, 1997.

médicos forenses que fueran a realizar valoraciones en estos casos. Formación específica tanto de los miembros del equipo forense, Médicos, Psicólogos y Trabajadores Sociales³⁸², como de aquellos otros facultativos que pueden realizar valoraciones determinadas en este ámbito como los Facultativos del INTCF³⁸³

En este Manual se incluye un apartado sobre los aspectos diferenciadores de la violencia doméstica y la violencia de género que recoge que “además de esa complejidad y de la necesaria intervención de varias disciplinas, debemos considerar que estamos frente a un tipo de violencia que se diferencia de otras.

La investigación forense de los casos de violencia de género y/o doméstica suelen superar el contexto de la agresión única para convertirse en una historia. Son «violencias con historia». Llamaremos «violencias con historia» a aquellas conductas lesivas que aparecen en el contexto de una relación interpersonal mantenida a lo largo del tiempo, y que se caracterizan porque poseen una historia anterior al hecho agresivo y también un posible futuro. Estas «violencias con historia» presentan características que las diferencian en sus aspectos nucleares, conceptuales, y esencialmente en las consecuencias y riesgos de futuro, de aquellas otras en las que no existe una relación anterior entre sus protagonistas (violencias sin historia). Entre otros aspectos diferenciales entre ambas, podremos encontrar los siguientes:

- En las violencias con historia, la relación interpersonal es el factor modulador clave de la realidad agresiva ya que la violencia aparece en tanto en cuanto existe esa relación continuada. La historia de relación, modula y «amplifica» los defectos, las virtudes, los problemas, los miedos, etcétera, creando una situación nueva que no es una mera sumatoria de las circunstancias de las personas inmersas en el drama.
- La agresión sucedida en un momento dado protagoniza las agresiones únicas y sin relación anterior. En las «violencias con historia», una agresión en una fecha determinada puede ser, y habitualmente es, una pequeña parte del gran puzle de una relación interpersonal deteriorada.

³⁸² Cfr. COBO PLANA, J.A. *Manual de actuación sanitaria, policial, legal y social, frente a la violencia doméstica*. Ed. Masson. Barcelona, 1999

³⁸³ *Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica*. Ministerio de Justicia. Edita: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1 de noviembre de 2005

- En la historia prolongada de relación entre personas, una agresión puntual puede ser otra más de una larga lista de conductas lesivas; puede ser también un salto cualitativo en la gravedad de una relación violenta unidireccional o por las dos partes; un aviso de un riesgo de violencias más graves; pero sobre todo, y desde el objetivo de la prevención y protección, puede llegar a ser un punto de referencia, de inflexión, o incluso de ruptura, para la historia futura de sus protagonistas.

- Los objetivos de la persona que agrede a otra, en estas relaciones patológicas con historias violentas, se entremezclan con otros aspectos de esa relación personal alterada. Incluso el ánimo de lesionar se altera apareciendo un conglomerado de objetivos que junto a la provocación del daño inmediato hace aparecer el dominio, el mantenimiento del miedo, la provocación de un descenso en la autoestima, etcétera.

- En estas violencias con historia, también es muy habitual que exista una inestabilidad emocional prolongada de los protagonistas fruto directo de esa relación patológica y, en muchos casos, aparecerán respuestas psicológicas de gran intensidad, inadecuadas en apariencia con la descripción de lo sucedido, en las que el concepto de lesión puntual psicológica como reacción frente a un hecho determinado se desdibuja.

- Pero quizás la característica más importante es que, en la violencia con historia, las situaciones personales se «recrean» a medida que el tiempo transcurre. Las personas se deforman en un camino adaptativo, o mal adaptativo, que busca minimizar el daño y pueden intentar asumir los condicionantes vitales en los que se encuentran. La ambivalencia y la pérdida de referencias de las víctimas es un denominador común en las personas inmersas en esa historia de relación interpersonal patológica.

- Y si las mujeres han ocupado un papel protagonista, existen otras víctimas que por razón de su vulnerabilidad merecen ser destacadas.

Los menores de edad o las personas de edad avanzada o los discapacitados o los dependientes por otras causas Por todo ello, la investigación forense de estos casos no coincide con otras violencias en la que puede quedar restringida a una sola persona sino que suele necesitar una valoración de:

- ✓ La persona o personas que aparecen en el atestado como lesionadas o agredidas
- ✓ La persona o personas que aparecen en el atestado como agresoras
- ✓ La persona o personas que refieran haber sido agredidas en otras ocasiones en el mismo contexto doméstico por la misma persona

La relación doméstica, directa, íntima, mantenida y obligada, se convierte en un factor «modulador» y «amplificador». Todos los problemas adoptan una dimensión diferente a

través de esa relación. Por ello, se aconseja la revisión forense de todos los protagonistas del drama, habitualmente víctima y agresor. Este aspecto dependerá de la decisión del juzgador y/o ministerio fiscal en su caso.

- Para diseñar el papel del profesional forense es necesario conocer algo de la realidad, del barro cotidiano de la violencia doméstica. Una víctima inmersa en un ambiente doméstico violento se caracteriza por una ambivalencia dramática frente a la persona agresora y con respecto a las decisiones que debe tomar³⁸⁴. No sabe qué es lo que debe hacer. Cualquiera de las decisiones que tome va a provocar un intenso sufrimiento para ella y para las personas a las que quiere, en muchas ocasiones incluso para la persona que la maltrata³⁸⁵. Cada uno de los pasos que decida dar, supondrá una quiebra de su línea vital. Esta especial característica, denominador común en la violencia doméstica, obliga a que la respuesta forense adopte una postura diferente del resto de casos en los que las personas agredidas poseen una creencia evaluativa clara de lo sucedido y de los papeles y decisiones de cada uno de los protagonistas de la agresión.

En esta situación existe la posibilidad, como profesionales de vocación y formación sanitaria, de aliviar a las víctimas sin contaminar la función pericial ya que tras la violencia doméstica hay historias de enorme sufrimiento y dolor de las víctimas, y que pueden terminar en la muerte³⁸⁶.

Es necesario admitir que, al mismo tiempo, también aparecen mentiras que hacen a los profesionales sentirse utilizados, y en otros, son las respuestas inesperadas de perdón aparentemente injustificado, las que parecen convertir el trabajo en inútil. Pero, como veremos en apartados posteriores, incluso tras las grandes simulaciones, incluso en los casos que distorsionan la realidad, existe sufrimiento de las personas que los protagonizan. Y, en todos los casos, se puede intentar aliviar.

³⁸⁴ ALBERDI I, MATAS, N. “La violencia doméstica, informe sobre los malos tratos a mujeres en España”, *Colección Estudios Sociales* nº 10, Fundación La Caixa, 2002.

³⁸⁵ *Vid.* SEPULVEDA GARCIA DE LA TORRE, A. “La violencia de género como causa de maltrato infantil” *Cuadernos Médicos Forenses* 12, Abril 2006

³⁸⁶ Al respecto CUBELLS, J.; CASALMIGLIA, A.; ALBERTÍN, P. “El ejercicio profesional en el abordaje de la violencia de género en el ámbito jurídico-penal: un análisis psicosocial”. *Universitat Autònoma de Barcelona y Universitat de Girona. Anales de psicología* vol. 26 nº 1 (enero), 2010, pp. 369-377

Las víctimas son personas inmersas en una vida compleja, difícil, llena de ansiedad y miedos, pero también de «no saber qué deben hacer», de «no saber qué es lo mejor». La «ambivalencia» o la «falta de conciencia» de ser víctimas, son aspectos claves de estas violencias. Por ello, se necesitará un trabajo activo y tenaz, para detectar la compleja realidad en la que nos movemos.”

A su vez este Manual, que se transcribe por considerarlo de gran utilidad, plantea un apartado de dicado a la disimulación de la violencia de doméstica:

“No toda la distorsión es de simulación. La disimulación, la ocultación de lesiones o de conductas agresivas, ocupa un papel protagonista en nuestros casos diarios en la violencia doméstica.

Las víctimas parecen no serlo en muchas ocasiones. En otras, las personas agresoras pueden aparecer como protectores, pero muy habitualmente son «protegidos» y «entendidos» por la víctima, y con ello, «justificados». La víctima puede serlo pero, además, adquiere un papel protector matriarcal de la persona agresora, desdoblándose de su papel de cónyuge³⁸⁷.

Es la violencia en la que los cuerpos de seguridad pueden ser agredidos por la persona «víctima/denunciante» cuando intentan contener a la persona «agresora/denunciada», a pesar de haber sido llamados con angustia y urgencia por la primera. Un efecto inmediato es que la víctima, en la fase de protección de su entorno doméstico, puede ocultar lo que ha sucedido, y explicar que su dolor se debe a otra causa, o que su lesión ha sido accidental.”

Prosigue el Manual con una descripción de las causas de disimulación en la violencia doméstica: “Como hemos comentado anteriormente, la violencia doméstica se caracteriza por:

- La historia de relación doméstica matiza y «amplifica» los defectos, las virtudes, los problemas, los miedos, etcétera. La relación crea una situación nueva que no es una mera sumatoria de las circunstancias de las personas inmersas en el drama. En ese contexto, la

³⁸⁷ Así también CASAS SÁNCHEZ, J. de D., RODRÍGUEZ ALBARRÁN, M.S. “Valoración médico-forense de la mujer maltratada” *Revista española de medicina legal*. Vol. 36, nº 3, 2010 pp. 110-116

violencia doméstica, a lo largo de los años, reescribe la realidad, dibujando una «realidad» diferente a la medida de sus protagonistas.

- Es característica la inseguridad de algunos de los miembros de esta relación doméstica en la elección del camino que deben tomar ya que están inmersos en una vida compleja, difícil, llena de ansiedad y miedos, pero también de «no saber qué deben hacer», y de «no saber qué es lo mejor». La ambivalencia que se crea en la víctima es un efecto inevitable en ese camino.
- La relación interpersonal patológica puede provocar una «pérdida de conciencia de enfermedad» de la víctima como resultado del intento de «normalizar» la vida, de «explicar y racionalizar» lo que está sucediendo para poder sobrevivir o sobrellevarlo. A través de esa mecánica adaptativa, se llega a «desdibujar» los límites de lo que, en otras circunstancias, sería una conducta inaceptable³⁸⁸.
- El aspecto de inevitabilidad que matiza la relación doméstica, genera una serie de condicionantes de la vida cotidiana que se pueden convertir en protagonistas, incluso por encima de la propia libertad y dignidad de la persona afectada. Entre los aspectos específicos y diferenciales que limitan la efectividad de la investigación y consecución de pruebas que podrían ser útiles en otro tipo de violencias, podremos encontrar:
 - ✓ El deseo de proteger a los allegados
 - ✓ El riesgo de pérdida de seguridad económica y emocional
 - ✓ Presión de familiares, allegados y compañeros para no presentar acusaciones contra la persona agresora
 - ✓ Miedo a represalias
 - ✓ Miedo a la pérdida de residencia
 - ✓ Miedo a la interrupción de lazos afectivos
 - ✓ La protección de la persona agresora
 - ✓ De forma especial, en esta protección, encontramos de forma protagonista el miedo de la víctima a la actuación «judicial» cuando pueden existir consecuencias graves para la persona agresora que pueden condicionar a su vez, pérdidas laborales, económicas o de relación familiar.”

Esta formación específica la deben recibir tanto los miembros del equipo forense, Médicos, Psicólogos y Trabajadores Sociales, como aquellos otros facultativos que

³⁸⁸ Contempla CASTELLANO ARROYO, M. “Aspectos médico-legales de los malos tratos domésticos”. *Actualidad médica*, T. 86, nº 755, 2000, pp. 87-97

podiesen realizar valoraciones determinadas en este ámbito³⁸⁹, y también los profesionales de las Oficinas de Atención a las víctimas, en Andalucía SAVA o Servicio de Atención a Víctimas de Andalucía.

Para Macías Seda, Gil García, Rodríguez Gázquez, González López, González Rodríguez y Soler Castells, una de las principales dificultades para detectar la violencia de género es que, a veces, el personal sanitario no reconoce la violencia de género como problema de salud y aduce diversas causas, entre ellas falta de conocimiento del tema, este hecho tiene como consecuencia una infradetección. Está documentado en otros países que la buena formación en violencia de género se asocia a adecuadas actitudes de los profesionales hacia la detección y prevención del fenómeno³⁹⁰.

El Colegio de Psicólogos de Madrid editó una Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja³⁹¹. Esta Guía cuenta con materias como la valoración del riesgo en Psicología forense, el estudio de la conducta violenta en las relaciones de pareja, el proceso de evaluación pericial psicológica y principios básicos de la predicción psicológica forense del riesgo de violencia.

En el caso de los médicos forenses es especialmente importante la formación que puedan recibir en esta materia y ello tiene consecuencias tanto en el trato dispensado a las víctimas, con las que deben hablar antes de emitir su informe tratando de discernir las patologías psicológicas que puedan derivarse de su discurso y de la situación de violencia que sufren más allá de la simple observancia de las lesiones que objetivamente puedan observar, como en el modo en que se llevan a cabo los informes que realizan.

En la práctica judicial resulta de gran trascendencia que los médicos forenses realicen su trabajo con la excelencia necesaria para tratar de concluir más allá de unas simples

³⁸⁹ Destaca MACÍAS SEDA, J. *Formación en género en los estudios de enfermería: actitud y capacitación para el abordaje de la violencia de género*. Universidad de Sevilla, 2012

³⁹⁰ Vid. MACÍAS SEDA, J., GIL GARCÍA, E., RODRÍGUEZ GÁZQUEZ, M.A., GONZÁLEZ LÓPEZ, J.R., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. M. Y SOLER CASTELLS, A. "Creencias y actitudes del alumnado de Enfermería sobre la violencia de género". *Index Enferm* vol.21 no.1-2 Granada ene./jun. 2012

³⁹¹ *Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja*. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Gráficas Nitral, S.L. 2012

lesiones físicas en sus dictámenes en aquellos supuestos en los que la mujer refiere episodios pasados o continuos de violencia tanto física como psicológica. Si bien la mayoría de los forenses reconocen la importancia de hablar con la mujer e indagar a través del discurso de la misma y de otros factores relevantes para su dictamen si éstas presentan o no el síndrome de mujer maltratada, algunos de ellos reconocen que no es la falta de formación sino de tiempo material lo que les lleva a concluir en muchos informes únicamente lesiones físicas en la denunciante.

De la conjunción de los diferentes médicos especialistas se derivará una repercusión favorable hacia la víctima y la Justicia³⁹².

De este modo, se señala que si la agresión es psicológica sus secuelas deben ser tratadas por el psicólogo clínico/psiquiatra, mientras que las agresiones físicas deben ser tratadas por el ginecólogo o forense. Se resalta por parte de los forenses la conveniencia de que los profesionales esquematicen de manera ordenada los pasos a seguir en la exploración y actuación médica y que los informes que se emitan sean redactados con tecnología científica (anatómica y funcional), tratando de buscar homogeneidad y analogía con la mayoría de las pericias, para ser interpretado, en unidad, por los Tribunales de Justicia.

Haciendo un inciso, recordar que en el supuesto de malos tratos, en la violencia intrafamiliar, para autores, como Muñoz Conde³⁹³ o Maqueda Abreu³⁹⁴, el bien jurídico protegido es la salud y para otros, como Ruiz Vadillo³⁹⁵, se trata de la salud y de la pacífica convivencia en el seno del grupo familiar.

³⁹² Cfr. SUAREZ RAMOS, A. (Coord.) BORRÁS PRUNEDA, S., FRÍAS ONCINA, I., LLAMAS MARTÍNEZ, M^a V. y VIZUETE REBOLLO, E. *Protocolo andaluz de actuación sanitaria ante la violencia de género*, 2^a ed. Sevilla, Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, 2015

³⁹³ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, 12^a. Ed. p.121

³⁹⁴ MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en: QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 1525.

³⁹⁵ Así RUIZ VADILLO, E., “Las violencias físicas en el hogar”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N^o 326 (1998), p. 2.

La formación de los forenses en materia de violencia de género debe ser exhaustiva dado que resulta importantísimo que, en relación a las lesiones corporales, las mismas sean descritas con la mayor minuciosidad, puesto que de este examen pericial se derivarán pruebas demostrativas, en orden a la culpabilidad del agresor

Para Sepúlveda García de la Torre, el ámbito sanitario es, en muchas ocasiones, el primer recurso al que la mujer víctima de violencia acude. El personal sanitario es responsable de la detección precoz de situaciones de Violencia de Género y de la atención de la salud de las mujeres víctimas, ayudándoles a romper el aislamiento, y coordinados con otras disciplinas, hacerles entender sus opciones, apoyarlas para tomar decisiones, vivir con más seguridad dentro de la relación sentimental, o si lo deciden, dejar la relación de una forma segura, intentando reducir la morbilidad y mortalidad. En la atención a mujeres víctimas de violencia hay que plantear como objetivo primordial el bienestar de la víctima como persona que necesita ayuda. Pero por otra parte, la persona que sufre violencia es en sí misma fuente de indicios, datos, huellas, de signos impresos en su cuerpo, en sus ropas y en su estado psíquico, es ella misma una prueba tangible de la violencia que se ejerce sobre ella. Nos encontramos por tanto en la víctima con una *doble vertiente*: Víctima como prueba, sobre la que hay que intervenir, estudiar, realizar reconocimientos etc..., y Víctima como persona, necesitada de ayuda.

La víctima persona requiere asistencia facultativa para el correcto diagnóstico y tratamiento de las lesiones sufridas; en la víctima como prueba se basa la práctica de la pericial médico forense, por tanto la labor de asistencia técnica de los forenses como peritos es diferente del ejercicio profesional asistencial, diagnóstico y terapéutico, de las/los facultativos clínicos.³⁹⁶

Como dato curioso ya incluye en un apartado, esta médico forense, “Errores a evitar”, contando entre ellos suponer que en determinadas mujeres, por su formación o estatus, no existe violencia de género; banalizar la situación, emitir juicios de valor, justificar o excusar al agresor; evitar actitudes insolidarias o culpabilizadoras que puedan reforzar el aislamiento, minar la confianza en ellas mismas y restar la probabilidad de que busquen

³⁹⁶ Expone SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A. “Aspectos médicos y forenses de la violencia de género detección y valoración del riesgo”. www.interiuris.org/archivos/45_ASPECTOS_MEDICOS_Y_FORENSE.pdf

ayuda; recomendar terapia de pareja o entrevista junto al agresor; subestimar los riesgos o peligros que conciernen a la mujer y el no actuar³⁹⁷, el “no hacer” es permitir que continúe la violencia y empeore la salud de la mujer.

Otros autores, como Bonino Méndez, proponen acciones para protegerse del riesgo de confundir lo urgente con lo importante, circunstancia frecuente en los casos de denuncias de violencia de género. Entre estas acciones propuso la de:” Brindar la necesaria formación específica y autorreflexiva a profesionales del área sanitaria y educativa (medic@s, ATS, trabajadores sociales, psicolog@s, maestros, profesores, monitores, orientadores...) para que puedan detectar varones violentos, o eventualmente trabajar con ellos.”³⁹⁸

Como resalta Gil Ruiz, la violencia de género es fenómeno más amplio que la denominada violencia doméstica, exige ser escaneada desde la subjetividad para poder exterminarla de dentro a afuera. Las barreras impuestas externamente, y que ejercen violencia – represión de libertades, obstáculos en el acceso de las mujeres al Poder...–, son aceptadas y acatadas, esto es, son eficaces, gracias a la inducción en la mujer de barreras internas, autolimitación, dependencia, autonegación y autorrenuncia.³⁹⁹

Sin embargo, la formación en materia de violencia de género no abarca a todo Juez y Magistrado que puede tener competencia en la materia. Por otra parte, pese al mandato legal, no todos los profesionales que deberían realizar cursos obligatorios de formación en la materia los han realizado ni antes de su incorporación a un juzgado con competencia en la materia ni en los meses posteriores a la misma.

En el supuesto de los forenses, existe similar inexistencia de formación específica más allá de la que los mismos se hayan podido procurar de manera personal.

³⁹⁷ Vid. ASENSI PÉREZ, L.F. “La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género”. *Revista internauta de práctica jurídica*, 2008

³⁹⁸ Propone BONINO MÉNDEZ, L. “Violencia de género y prevención. El problema de la violencia masculina”. *boncov@interplanet.es*. 2000

³⁹⁹ Destaca GIL RUIZ, J.M. “Derechos humanos, violencia de género y maltrato jurídico. Bases para entender el tratamiento integral de la Violencia de Género”. <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/JUANA%20GIL.pdf>

En los casos en que sí se ha realizado esta formación, la escasa duración de la misma difícilmente ha permitido un abordaje integral de la materia que pueda ir más allá del acercamiento a la aplicación objetiva de la ley y ello pese a que el propio Consejo General del Poder Judicial justifica el número de horas de la formación obligatoria en que la misma se dirige a profesionales a los que ya se les suponen amplios conocimientos jurídicos e igualmente práctica jurídica.

Además de la importancia de la formación para profundizar en la comprensión del fenómeno de la violencia, muchos profesionales, principalmente en el ámbito de la psicología, ven una especial oportunidad en que esta formación se convierta en la herramienta que logre una mayor sensibilidad en el ejercicio profesional como clave para tratar de evitar, por una parte, la victimización secundaria de la mujer y, por otra, para afianzar a los jueces y demás profesionales que trabajan desde el punto de vista judicial con las víctimas de violencia de género, en su ejercicio profesional.

A la pregunta parlamentaria que formularon las diputadas Ángeles Álvarez Álvarez y Sonia Ferrer Tesoro, el 24 de octubre de 2016 en los siguientes términos: “¿Cuál es la formación obligatoria que deben tener los/as psicólogos adscritos a los juzgados para valorar o determinar maltrato infantil?”⁴⁰⁰. La respuesta del Gobierno se refirió a los Psicólogos adscritos a los Juzgados de menores, no a los juzgados de violencia de género, en concreto a los psicólogos del equipo psicosocial que atienden a las víctimas de violencia de género que forman parte de las UVIG, integradas en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, respondiendo que son personal laboral de la Administración del Estado, con exigencia del título de licenciado y acceso por concurso-oposición con temarios referentes a materias como familia, menores, Institutos de Medicina Legal, atención a víctimas, entre otros y que, por parte del Ministerio de Justicia, se les ofrece (nunca es obligatoria) una formación de cursos relacionados con violencia sobre la mujer y entre otros: “Evaluación psicológica pericial de la violencia sexual y doméstica. Aspectos penales y civiles en menores. Plan de formación 2015”; “Violencia de género. Trata de seres humanos y Siraj. Plan de formación 2016” y

⁴⁰⁰ Pregunta BOCG 4 de noviembre de 2016, respuesta fecha de registro de salida de 27 de enero de 2017

“Estatuto de la Víctima: Medidas de protección. Mediación y otras alternativas. Plan de formación 2016”.⁴⁰¹

También se contesta que en la actualidad se está trabajando en un Protocolo de Actuación en la Atención a Menores en los IMLCF, con la participación de la Asociación Española de Pediatría y el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos. Por otro lado, continua a la pregunta parlamentaria, el Centro de Estudios Jurídicos ha ofrecido formación sobre “Valoración Forense Integral de la Violencia Doméstica” en los IMLCF de Albacete, Cáceres, Burgos y Murcia, además de un taller práctico sobre valoración forense integral.

Por otro lado, finaliza la respuesta del Gobierno, “está previsto para 2017 un curso de actualización en Clínica psiquiátrica desde una perspectiva forense”.

Nuevamente se vuelve a formar a los operadores jurídicos, que tiene que atender a víctima de violencia de género, en mediación familiar, cuando ésta queda prohibida legalmente de manera expresa para estos supuestos. Además toda la formación es voluntaria, por supuesto. Nunca es con el carácter de obligatoriedad que se entiende debería tener para poder desarrollar sus funciones con un mínimo de formación específica en la problemática de los menores víctimas de violencia de género.

Se desprende de las resoluciones de los órganos judiciales una clara minimización en relación a determinadas conductas de violencia de género⁴⁰² y la formación se concibe en muchos casos como un trámite necesario para poder asumir la titularidad de un JVM.

Comportamientos como los que se emplean en los supuestos de acoso, por ejemplo, son variados, complejos e impredecibles y cada incidente puede ser semejante al anterior o no; no es fácil saber si va a llegar a producirse un daño que afecte a la vida o a la

⁴⁰¹ Registro de entrada en el Registro General de la Secretaría General del Congreso de los Diputados nº 17016, de 27 de Enero de 2017

⁴⁰² Cfr. LILA, M. HERRERO, J. “Atribución de la responsabilidad y minimización en hombres penados por violencia contra la mujer: Un instrumento de evaluación” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008

integridad, pero de los actos del acosador, para un observador imparcial, sí puede derivarse objetivamente ese riesgo⁴⁰³, o en delitos en los que hay un menoscabo de la integridad moral, señalado por la doctrina que ha de “ligar este carácter a la entidad del sentimiento de humillación, vejación o envilecimiento”⁴⁰⁴, pudiendo el juzgador no diferenciar que hay humillaciones y vejaciones que pueden llegar a hacerse ver que son socialmente aceptables.

La idea de la minimización está también presente cuando los jueces comparan la violencia de género con otras ramas del derecho en las que señalan que sí es realmente necesario tener una especialización, como la rama mercantil, social o contencioso administrativa, incluso en el derecho penal⁴⁰⁵, la especialización en determinados delitos económicos, habiendo atribuido a cuestiones de política social la instauración de la formación obligatoria en esta materia y resignándose en muchos casos a recibir la formación para poder situarse al frente de estos juzgados, más si la especialización, afinando, es en materia de violencia de género, contando también como víctimas a las hijas e hijos de la mujer maltratada. “Cuando estamos ante una mujer víctima de violencia de género, y es madre, debemos de tomar conciencia de que estamos ante más de una víctima.”⁴⁰⁶

Los jueces tienen la tarea de separar la paja de la conflictividad efímera inevitable en las relaciones de convivencia, germen de tantos asesinatos de mujeres y niños que como un terrible azote se han enseñoreado en las primeras planas y cabeceras de los medios de comunicación casi diariamente, apunta Silva Cuesta⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V. “Acoso y Derecho Penal”. *Eguzkilore*, núm. 25. San Sebastián. 2011

⁴⁰⁴ También en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Torturas y otros atentados contra la integridad moral”.
file:///C:/Users/Usuario/Desktop/JOSE%20LUIS%20DE%20LA%20CUESTA%20ARZAMENDI.pdf

⁴⁰⁵ Vid. LILA, M. HERRERO, J. “Atribución de la responsabilidad y minimización en hombres penados por violencia contra la mujer: Un instrumento de evaluación” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008

⁴⁰⁶ Afirma con acierto ASENSI PÉREZ, L. F. “Violencia de género: consecuencias en los hijos”. Jornadas de la Audiencia Provincial de Alicante: talleres informativos a víctimas de violencia de género 2006. <http://www.psicojurix.com/pdf/JORNADASALICANTEVIOLENCIAGENERO.pdf> [consulta 7-2-2012]

Valga como ejemplo la creencia muy extendida, como resistencia del sistema patriarcal, según la cual, el hecho biológico hace prácticamente imposible privar de las visitas de un padre a sus descendientes y esto es así aunque existan indicios racionales de que el padre es un maltratador, incluso con varias condenas, una por maltrato habitual a la madre y dos por quebrantar una medida y pena de alejamiento aprovechando el régimen de visitas, manifestando los menores que los insulta a ellos y en referencia a la madre de éstos, golpea a su progenitor y abuelo de los menores, así como diferentes objetos delante de ellos, los evita durante horas, incluso días no les dirige la palabra, da acelerones y frenazos cuando los lleva y conduce, en definitiva, dando lugar a atemorizarlos en el mejor de los casos. En caso en concreto, no sólo no se suspendió el régimen de visitas sino que la causa penal fue sobreseída y archivada, al entender el Juzgado de Instrucción y la Audiencia Provincial que “no aparecía debidamente justificada la perpetración de delito alguno” a pesar del padre “tener un carácter violento y un trato ciertamente descortés, lo cual puede ser un comportamiento no adecuado de una madre”⁴⁰⁸

La mejor prueba de la anterior afirmación es el mantenimiento generalizado en las resoluciones judiciales del régimen de visitas de los investigados⁴⁰⁹ e incluso condenados con los menores en aquellos supuestos en los que a la mujer tiene una Orden de Protección. Pese a que dicha concesión ha debido implicar para el juzgador la valoración positiva tanto de la existencia de los hechos denunciados como una situación objetiva de riesgo, dado que de otro modo dicha Orden no hubiera sido concedida. Aun así, la permanencia de la idea estereotipada según la cual es mejor para una hija o hijo mantener una relación con ambos progenitores, aunque uno de ellos sea violento, y que es necesario para el buen desarrollo y crecimiento de los menores tener contacto con la figura paterna junto con el estereotipo igualmente presente de que un hombre puede maltratar a su pareja pero ser un buen padre⁴¹⁰. De este modo la violencia ejercida contra la mujer, aún en

⁴⁰⁷ Destaca SILVA CUESTA, A. “La violencia de género tras la reforma penal de 2015”, en *Cuestiones Penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*. (Dir./Ed.): CUADRADO RUIZ, M. A.; (Coords.) AOULAD BEN SALEM LUCENA, A.J.; ESPAÑA ALBA, V. Dykinson, S.L. 2016

⁴⁰⁸ Auto AP Jaén, Sección 3ª, de 26 de octubre de 2016, Auto nº 535/16, Apelación Auto 10 de junio de 2016 del Juzgado de Instrucción nº 2 Andújar.

⁴⁰⁹ *Vid* al respecto el interesante artículo PEREZ DEL CAMPO, A. “Los hijos como instrumento de la venganza del agresor”. 2012 *Público*

presencia de sus hijos, no desvirtúa en absoluto su idoneidad para poder tener visitas sin vigilancia, sigue suponiendo una manera de perpetuar la violencia frente a las mujeres.⁴¹¹. Se encuentran comentarios de todo tipo entre los operadores jurídicos tales como “*Es cierto que muchas veces no se restringe el derecho de visitas del padre con sus hijos. De hecho, si el padre no ha ejercido violencia sobre los menores no se acostumbran a restringir sus visitas*”, “*A veces la mujer pide la protección también para los menores, pero porque manifiesta un miedo que no es capaz de concretar en episodios de violencia. Es un miedo genérico a que se los lleve o algo así.... pero no consta maltrato hacia los menores. Si les preguntas acostumbran a decir que no, que a los hijos no les hacían nada*” o “*En la mayor parte de las ocasiones los hijos están presentes en los episodios de violencia.*”

Otro de los aspectos a tener en cuenta es una de las consignas que se da a los profesionales de los servicios especializados en atención a mujeres víctimas de violencia, así como en formación especializada en atención en violencia de género: en violencia de género no es posible la mediación. Esto no quiere decir que se deje de “escuchar” a las mujeres incluso a las que, consecuencia del estado emocional en el que se encuentran, demandan la mediación. La escucha es la radiografía de una globalidad de situaciones que debe poner de manifiesto las etapas y procesos por los que se transita y atraviesa con sus emociones, actitudes, comportamientos, carencias, necesidades, demandas...para con ello empatizar y acompañar en el proceso de la violencia⁴¹².

Del mismo modo cabe preguntarse cómo se entiende la mediación, como concepto, recurso y estrategia. Se parte que en relaciones de violencia no es posible la mediación

⁴¹⁰ Cfr. OCHAÍTA E, ESPINOSA MA. *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: necesidades y Derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*. 2004

⁴¹¹ La Sentencia de la Sala Primera Tribunal Supremo 903/2005 señaló a este respecto que "El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (*Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992, 22-5 y 21-7-1993*) y en este sentido también se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto."

⁴¹² Así ALBERTÍN CARBÓ, P. “Psicología de la victimización criminal” en SORIA, M.A. y SAIZ, D. *Psicología criminal*. Pearson educación, Madrid, 2006

dado que existen unas relaciones asimétricas de poder⁴¹³ y no se puede mediar desde posiciones de abuso y poder ya que ello significaría mantenerlas y perpetuarlas. Otro de los argumentos utilizados reside en que una relación sana no pasa por la violencia y por tanto el querer mediar en ella para su mantenimiento es no fijarse en las carencias emocionales que pueden llevar a que una mujer quiera continuar en ella. Sólo cabe una herramienta de escucha y también una herramienta de autoafirmación y autoconciencia, de autoconocimiento y expresión, de dignificación y empoderamiento, con y respecto al otro, atendiendo a unos objetivos pensados y matizados en base a la demanda requerida, por eso su uso merece de un especial cuidado, sensibilidad y delicadeza.

4. CUESTIONES RELEVANTES EN MENORES Y VIOLENCIA DE GÉNERO

A lo largo de este estudio se ha dejado constancia que la violencia de género es una forma de maltrato hacia las personas menores de edad, bien porque éstas hayan sufrido directamente las agresiones de la misma manera que sus madres o bien porque aun cuando no hayan sido objeto de las agresiones físicas, son testigos de un comportamiento violento en el seno familiar que les obliga a vivir en un ambiente de miedo y supeditación a la figura masculina sobre la femenina⁴¹⁴. La exposición a esta lacra social en muchas ocasiones, demasiadas, no concluye cuando se rompe la convivencia con el maltratador por cuanto éste puede continuar con sus abusos y manipulaciones durante el desarrollo del régimen de visitas con el principal propósito de controlar o dañar a la madre. Además estos menores deben convivir con una madre que está siendo objeto de maltrato y que, como consecuencia de ello, no siempre puede atender adecuadamente sus necesidades⁴¹⁵.

⁴¹³ Vid. MAQUEDA ABREU, M. L. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Boletín de Información y Análisis Jurídico*. nº 21. 2006.

⁴¹⁴ En ESPINOSA BAYAL, M.A. *Las hijas e hijos de mujeres maltratadas: consecuencias para su desarrollo e integración escolar*. Instituto Vasco de la Mujer. 2004

⁴¹⁵ Para una visión general de la problemática PEDREIRA MASSA JL. *La infancia en la familia con violencia: Factores de riesgo y contenidos psico(pato)lógicos*. Psiquiatria.com. 2003

Las madres víctimas llegan a desempeñar su rol en función de las secuelas que padecen, que están en función de diversos factores tales como su personalidad, intensidad del maltrato padecido o los apoyos recibidos, entre otros.

Al margen de las cuestiones estrictamente de legalidad, interesa señalar que los efectos adversos que la exposición de la violencia de género causa a menores testigos de la misma en el ámbito familiar son muy similares a los efectos que se producen en menores víctimas directas del maltrato por su progenitor⁴¹⁶. De hecho, los patrones de las alteraciones en estos niños y niñas pueden ser superpuestos a patrones observados en las víctimas directas de los abusos.

Tan víctima es el o la menor que experimenta el mismo tipo de violencia que la madre (insultos, amenazas, manipulaciones, chantaje emocional, palizas, etc) como aquel que presencia la agresión o insultos hacia su progenitora, oye las disputas y está condenado a vivir en un ambiente familiar de conflictividad y terror, o posteriormente tras la ruptura de la convivencia es utilizado por el maltratador a modo de punta de lanza para causar el mayor daño posible a la mujer⁴¹⁷. Se ha de tener cuenta que la exposición de menores a la violencia de género puede presentar formas muy diversas, y no es infrecuente que un mismo niño o niña pueda estar sometido o sometida a diversas de ellas a lo largo de su vida⁴¹⁸. El impacto de la violencia no sólo es inmediato sino que se prolonga en etapas posteriores y pueden llegar a persistir en la etapa adulta.

En cuanto a la victimización secundaria que sufren estos menores cuando se encuentran inmersos en un proceso judicial, para autores como Villacampa Estiarte, se debe celebrar la adopción de medidas legislativas que vayan en esa dirección, por cuanto se refiere a la

⁴¹⁶ Así ZUBIZARRETA ANGUERRA I. *Consecuencias Psicológicas del Maltrato doméstico en las mujeres y en sus hijos e hijas*. Jornada de Trabajo para el profesorado. Proyecto NAHIKO. EMAKUNDE; 2004

⁴¹⁷ Save the Children & Equipo de Investigación Márgenes y Vínculos (2006). *Atención a los Niños y Niñas Víctimas de Violencia de Género en Andalucía*. Junta de Andalucía

⁴¹⁸ *Vid.* SALAS BAHAMÓN LM. “Transmisión Intergeneracional de La Violencia Intrafamiliar: evidencia para las familias colombianas”. Documento CEDE 2005-47; ISSN 1657-7191 (edición electrónica)

evitación de la victimización secundaria de las víctimas-testigos menores de edad, nuestro derecho procesal puede aún evolucionar más.⁴¹⁹

Como ya se ha expuesto en este estudio, el interés superior de los menores inspira las normas de nuestro ordenamiento jurídico, sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

4.1.EL INTERÉS SUPREMO DEL MENOR

El interés del menor está configurado, por tanto, como principio rector de la actuación de los poderes públicos. Un principio de enorme dificultad en su aplicación dado que se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo que obliga a integrarse en cada supuesto concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso.

De ahí la necesaria formación específica, si cabe más que en otras materias, ya que estamos ante un concepto jurídico indeterminado. Si hasta ahora se habían expuesto las diferentes resistencias en la aplicación de la norma en conceptos bien definidos y acotados, es de imaginar la complejidad en la aplicación de este concepto jurídico indeterminado.

Las características de este principio rector se pueden englobar en las siguientes⁴²⁰:

- Es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño o niña, debe considerar primordialmente sus derechos.
- Es de gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a padres y madres.
- Es una norma de resolución de conflictos jurídicos.
- Es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de

⁴¹⁹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Víctima menor de edad y proceso penal: Especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas” *Revista de derecho penal y criminología*, 2.a Época, n.16 (2005), págs. 265-299

⁴²⁰ Al respecto DE CASTRO MARTÍN, R.” El interés superior del Menor. Análisis del Sistema de protección de menores en el ámbito del Sistema judicial”. Observatorio de la Infancia de Andalucía. Sevilla, 2011

los derechos de todas las personas, menores y adultas, contribuyendo, sin duda, al perfeccionamiento de la vida democrática. No solo está presente en concretas normas jurídicas sino que es un principio hermenéutico por el cual debe valorarse el interés del menor en relación a cualquier otro interés.⁴²¹ Es un principio por tanto que vincula a las instituciones públicas y privadas encargadas de la protección del menor, a los tribunales y al legislador. Y efectivamente, toda la normativa que regula la protección de los menores y que contempla especialmente su interés constituye el estatuto jurídico del menor, erigiéndose en Derecho necesario, en normas de orden público⁴²².

Luego, uno de los principales retos en esta materia ha sido elaborar criterios, medios o procedimientos para poder determinar razonablemente en qué consiste el interés superior del menor de modo que posteriormente estas directrices puedan ser aplicadas al caso concreto.

La doctrina y la jurisprudencia vienen estableciendo unos criterios de valoración que tienen en cuenta los siguientes aspectos:

- 1.- Deseos y sentimientos del niño o niña, considerados a la luz de su edad y discernimiento, siempre que no se halle mediatizado o presionado, oyendo directamente a éste u obtenido por medio de expertos.
- 2.- Necesidades físicas (alojamiento, alimentación y vestido), educativas y emocionales del menor.
- 3.- Efecto probable de cualquier cambio de situación del menor (cambio de residencia, estudios, amigos y personas con las que se relaciona).
- 4.- Edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica relevante del niño o niña.
- 5.- Daños sufridos o riesgo de sufrirlo (maltrato, abusos sexuales, peligros para la salud o el desarrollo).
- 6.-Capacidad de los progenitores o cuidadores para satisfacer las necesidades del menor.

⁴²¹ Vid., en esta línea, HERRÁN ORTIZ, A.I., “Nueva perspectiva de la protección jurídica del menor. La experiencia legislativa española” en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*. T.I Parte sustantiva LLEDÓ YAGÜE, F., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (directores). Madrid, Dykinson, 2011, pág. 468.

⁴²² LÓPEZ FRÍAS, M. J. El derecho a la educación como parte del ejercicio de la patria potestad: Acerca de la educación en casa. Conferencia pronunciada en las II Jornadas sobre la Justicia, Facultad de Derecho Granada 6 de mayo de 2011.

El problema práctico surge porque este principio que debe regir todas las actuaciones que afecten a los derechos de menores puede colisionar con otros derechos, especialmente por lo que se refiere a las relaciones paternos filiales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que dichos criterios deben ser valorados en un adecuado juicio de ponderación⁴²³, y así en materia de relaciones paterno filiales el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponde adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable.

Aplicando esta doctrina al caso de los menores víctimas de violencia de género, parece evidente que la prevalencia de éste sobre cualquier otro interés de los progenitores en conflicto, en especial del progenitor maltratador deberá ser tomado en consideración cuando se aborden determinadas cuestiones que afectan a la relación entre el niño y el agresor, tales como el régimen de la guarda y custodia, la regulación del derecho de visitas, o cuando el padre se niegue a un tratamiento del menor necesario para su formación.

Ya el Informe del Defensor del Menor de Andalucía, recogía en 2012, la necesidad de formación para la correcta aplicación de este principio y en 2014 el Defensor del Pueblo, en su Informe Anual, al tratar la problemática de los menores hijos de madre víctimas de violencia de género, insta a que el Juzgador requiera, además de una formación en ámbitos no específicamente jurídicos, que se disponga de equipos técnicos de apoyo e insta a las administraciones a aportar a espacios adecuados y protocolos de actuación, para facilitar que el menor pueda sentirse cómodo y a ampliar los órganos judiciales especializados en este ámbito extendiéndolo a todo el territorio español⁴²⁴.

⁴²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de Diciembre de 2008

⁴²⁴ También en YUGUEROS GARCIA, A.J. “La protección de los menores víctimas de violencia de género en España”. *Aposta. Revista de ciencias sociales*, nº 70, 2016

Es lamentable que, por regla general, las medidas de protección hacia la mujer maltratada con la prohibición de acercarse y comunicarse con ella por parte del agresor y padre de los menores, sean compatibles con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre y en las que, entre otras medidas, se acuerda las entregas y recogidas de los hijos, aun cuando las mismas se realicen por terceras personas o en un punto de encuentro familiar.

La Orden de Protección tiene la misión la protección integral de la víctima, pero con el ejercicio del derecho de visitas se pone en peligro el objetivo de la medida ya que el menor suele ser utilizado por el agresor para conocer dónde se encuentra la madre y cuál es el paradero de la víctima, poniendo en peligro su vida, por ejemplo en los supuestos en los que se encuentra en casa de acogida, pisos tutelados o centros de emergencia.

En 2015 se suceden una serie de reformas, en cumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución Española y ante todas las demandas de cambios sustantivos jurídico-procesales en el sistema de protección de menores: la Ley 8/2015, de 22 de julio, Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal y que modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Sin embargo, ni siquiera con estas reformas, se contempla expresamente la suspensión automática del régimen de visitas, como medida a adoptar cuando las hijas e hijos son víctimas de violencia de género, a pesar de la difusión que en este sentido se dio en todos los medios de comunicación. El artículo 66 de la Ley 1/2004 otorga la facultad al Juez, quien podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes, de suspender un régimen de visitas, además del articulado que faculta al Juez para tomar esta medida tanto en el Código Civil como en la LECrim, como ya se ha expuesto, en esto han quedado las reformas que han apuntado al interés superior del menor, aunque establece la normativa analizada en este sentido, 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.

Como apuntaba Muñoz Conde, al analizar los límites legales en la libre apreciación de la prueba en las amenazas o coacciones leves y los defectos de las reformas que les dan “valor puramente simbólico, de gran éxito para los grupos políticos que la propugnan, y escasa rentabilidad práctica, como lo demuestra que el problema siga sin resolverse y que incluso ha ido en aumento en los últimos años”.⁴²⁵

Pero, las estadísticas apuntan a una escasa utilización de esta facultad, pues en contados casos los Tribunales de Justicia acuerdan suspender las visitas de menores con el maltratador. Según los datos del Consejo General del Poder Judicial, en el año 2014, del total de las medidas civiles adoptadas en el 0,8 por 100 se acordó la suspensión del régimen de visitas (565 acordadas en el ámbito de Orden de protección y 58 como medidas cautelares); el 0,1 por 100 acordó la suspensión de la patria potestad (56 acordadas en el ámbito de Orden de protección y 6 como medidas cautelares); y el 1,5 por 100 iban referidas a suspensión de la guarda y custodia (1.075 acordadas en el ámbito de Orden de protección y 55 como medidas cautelares). Como viene siendo habitual, la mayoría de estas medidas se han adoptado en el ámbito de las Órdenes de protección y en menor medida derivadas de medidas cautelares⁴²⁶

En el año 2015, del total de las medidas civiles adoptadas en el 1,1 por 100 se acordó la suspensión del régimen de visitas (728 acordadas en el ámbito de Orden de protección y 60 como medidas cautelares); el 0,1 por 100 acordó la suspensión de la patria potestad (84 acordadas en el ámbito de Orden de protección y 9 como medidas cautelares); y el 1,7 por 100 iban referidas a suspensión de la guarda y custodia (1.223 acordadas en el ámbito de Orden de protección y 46 como medidas cautelares). Como viene siendo habitual, las Medidas Civiles se adoptan en bastante menor medida que las Penales.

⁴²⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y de género en la Ley Orgánica 1/2004”. En *Estudios sobre la tutela penal en violencia de género*, coord., por Núñez Castro, E. Editorial Tirant, 2010, p. 30 y 31

⁴²⁶ Datos y estadísticas anuales 2014, 2015 y 2016 del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero/Observatorio contra la violencia doméstica y de género](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero/Observatorio%20contra%20la%20violencia%20domestica%20y%20de%20genero). Consejo General del Poder Judicial. Años 2014, 2015 y 2016.

En el año 2016, del total de las medidas civiles adoptadas en el 1,3 por 100 se acordó la suspensión del régimen de visitas (948 acordadas en el ámbito de Orden de protección y 87 como medidas cautelares); el 0,1 por 100 acordó la suspensión de la patria potestad (110 acordadas en el ámbito de Orden de protección y 11 como medidas cautelares); y el 1,9 por 100 iban referidas a suspensión de la guarda y custodia (1.397 acordadas en el ámbito de Orden de protección y 99 como medidas cautelares).

Probablemente el hecho de que en el último año del total de medidas de protección y cautelares 77.343 (de las cuales 60.858 fueron penales y 16.485 civiles) sólo en 1.035 se suspendiera un régimen de visitas, lleve otra vez al efecto de la falta de formación de los operadores jurídicos que, mientras en la normativa vigente encontremos preceptos donde se faculta al juez a tomar una decisión ponderada, está claro que son pocos los casos en los que se va a suspender un régimen de visitas salvo supuestos extremos y mientras son muchos los menores que sufren esta carencia de formación. Pero mientras se modifique o no la norma, será necesario exigir que cuando se establece el régimen de visita se realice con las máximas garantías y seguridad para las víctimas, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso, y el interés superior del menor, donde se vele por su seguridad y la de su madre y se esté atento a las posibles manipulaciones que pudiera sufrir por parte del padre. Seguidamente surge el interrogante de cómo llevar a cabo las actuaciones que se proponen. Las resoluciones judiciales suelen optar por la medida de derivación a los Puntos de Encuentro Familiar.

Son escasísimos los casos en los que se priva a un progenitor de la patria potestad o se restringe el derecho de visitas, exponiendo al menor a un peligro del que el ordenamiento jurídico pretende protegerle, careciendo frecuentemente el Ministerio Fiscal de la actividad impulsora de medidas de protección, examinando con profundidad las situaciones de riesgo⁴²⁷.

⁴²⁷ Pone de manifiesto PERAL LÓPEZ, M.C., “El supremo interés del menor. Víctimas de violencia de género”, en *Cuestiones Penales. A propósito de la reforma penal de 2015*. (Dir./Ed.): CUADRADO RUIZ, M. A.; (Coords.) AOULLAD BEN SALEM LUCENA, A.J.; ESPAÑA ALBA, V. Dykinson, S.L. 2016

4.2.PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR

Los Puntos de Encuentro Familiar se perfilan como unos espacios neutrales que tienen como objetivo favorecer el derecho fundamental de niños y niñas a mantener las relaciones con sus familias, cuando en una situación de ruptura familiar o de interrupción de la convivencia familiar, esas relaciones paternas filiales son de difícil cumplimiento o se desenvuelven en un ambiente de alta conflictividad⁴²⁸.

Ante la pregunta parlamentaria fechada el 19 de octubre de 2016 por las diputadas Álvarez Álvarez y Ferrer Tesoro: “¿Cuál es el porcentaje de menores que acuden a los puntos de encuentro familiar a tener visitas con su progenitor estando éste condenado por violencia de género? Para los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016”,⁴²⁹ el Gobierno respondió que la estadística judicial, a la que “tiene acceso es la proporcionada por el Punto Neutro Judicial del Consejo General del Poder Judicial, y en la misma no se desciende al nivel de desagregación solicitado, motivo por el que no se dispone de información ni datos para dar contestación a la iniciativas de referencia. Respecto a los datos y estadísticas relacionadas con menores con diversas circunstancias familiares que acuden a los puntos de encuentro familiar (PEF), se informa que la titularidad de los PEF pueden ser públicas o privadas. Son las Comunidades Autónomas las que, en ejercicio de las competencias asumidas en sus respectivos estatutos de autonomía en materia de protección de menores, asistencia y bienestar social, determinan los mecanismos para el establecimiento, ordenación y control de este tipo de recursos en sus respectivos ámbitos territoriales.

Por otra parte, también hay Corporaciones Locales que han puesto en marcha Puntos de Encuentro Familiar, a los que se suman los que sean de titularidad e iniciativa social. Existe un Documento Marco de Mínimos para asegurar la calidad de los PEF (aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias el día 13 de noviembre de 2008), si bien cada Comunidad Autónoma ha desarrollado, en su ámbito exclusivo de competencia, la ordenación normativa y

⁴²⁸ Así TORRE LASO, J. de la “Reflexiones sobre los puntos de encuentro familiar como recurso de prevención e intervención ante las situaciones de violencia de género”. Mayo 2017. Sepin/DOCT/22610

⁴²⁹ Pregunta publicada en BOCG Núm. 44 de 4 de noviembre de 2016, fechada el 19 de octubre y presentada el 24 de octubre de 2016 nº de registro C. DIP. 7059 24/10/2016 17:08

administrativa de su funcionamiento⁴³⁰. Los datos que se solicitan en las preguntas de Sus Señorías, en caso de que existan con el tipo de desglose planteado, obrarían en poder de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales responsables de cada PEF.”⁴³¹

Con esta respuesta se puede comprobar que ni hay conocimiento del número de menores víctimas de violencia de género y sus madres usuarios de los PEF y ni mucho menos conocimiento por parte del Gobierno de la Nación de la formación que los responsables de estos centros tienen en violencia de género y si utilizan o no la mediación familiar para atender a estos usuarios en concreto.

Las personas usuarias de los Puntos de Encuentro son derivadas a este recurso mediante una resolución judicial que impone la obligación de concurrir a dicho servicio, bien fuere sólo para realizar la recogida y posterior entrega del menor, bien para materializar in situ los encuentros en la propia sede del servicio, siendo tutelados dichos encuentros por el personal del Punto de Encuentro. También los Puntos de Encuentro Familiar son también un recurso de atención para el cumplimiento del régimen de visitas en los casos de violencia de género y órdenes de protección para las madres. Pero lo cierto es que exista violencia de género o no, al encontrarse constreñidos por dicha resolución judicial las personas usuarias no tienen más elección que someterse a lo estipulado y cumplir las instrucciones del personal que actúa investido de la autoridad que dimana de la condición de agente de la Administración que interviene en cumplimiento de una resolución judicial, sus informe, aunque es frecuente la Jurisprudencia que manifiesta lo contrario, en la realidad de casi todas las sentencias, se les da la categoría de informes periciales.

Por este motivo es de suma importancia la formación del personal de los puntos de encuentro, personal que en numerosas ocasiones es contratado por la empresa a la que la Administración competente ha adjudicado el servicio o por entidades privadas o asociaciones sin ánimo de lucro, cuando no es personal becario o en prácticas,

⁴³⁰ En esta línea CAMPO IZQUIERDO, A.L. “Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica de los Punto de Encuentro Familiar”, *AC*, 2010-I, p.10 y ss. *Vid* LUQUIN BERGARECHE, R. “Los Punto de Encuentro Familiar como garantía del interés del menor en el ejercicio de “ius visitandi”. *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2012 p. 83-123

⁴³¹ Respuesta del Gobierno Congreso de los Diputados, Secretaría General, Registro General 7 de febrero de 2017, 13:02:40, entrada Núm. 18607

exigiéndoseles una titulación en Psicología o en Trabajo Social y como mucho una especialización en la, prohibida en violencia de género, mediación familiar, en cualquier caso carentes en formación específica en materia de violencia de género.

Los efectos de esta falta de formación específica del personal de los punto de encuentro familiar, es el tratamiento por igual en el servicio para usuarios que son víctimas de violencia de género de los que no lo son, con el consiguiente riesgo, en primer lugar, en el desarrollo de situaciones desagradables, perjudiciales e violentas, con quebrantamientos de orden de alejamiento y, en segundo lugar, con una interpretación de los hechos, palabras, gestos que se producen en el desarrollo de las entregas y recogidas de los menores, así como la interpretación de lo que manifiestan en este entorno los propios menores, que no son entendidos bajo el prisma de la violencia de género. Luego, en este contexto, no siempre se está velando por el interés superior del menor, sino por un cumplimiento de un mandato judicial de llevar a cabo un determinado régimen de visitas⁴³². Cuando el menor exprese allí sus vivencias, sus sentimientos o sus padecimientos acerca del desarrollo de un régimen de visitas que ha de cumplir conforme al dictado de una resolución judicial y bajo la vigilancia y observación de los profesionales del Punto de Encuentro, se recojan estas manifestaciones teniendo en cuenta sus opiniones acerca de cómo se están desarrollando las visitas con sus padres para que en el supuesto de que las mismas le estén acusando daños y padecimientos psicológicos se pueda proponer la revisión de la medida impuesta⁴³³.

Al hilo de este planteamiento se propone como necesario dos nuevas cuestiones en la práctica de la actividad desarrollada en los Puntos de Encuentro Familiar y en este sentido se pronunció el Defensor del Pueblo Andaluz, en su Informe Anual de 2012: “La primera referida a la posible intervención de la Administración sanitaria en el seguimiento de la evolución de la salud de los menores, y la segunda sobre la necesaria coordinación de los Puntos de Encuentro con la Administración de Justicia. Y decimos esto por cuanto consideramos que las especiales circunstancias que concurren en las relaciones entre los

⁴³² Así GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los Punto de Encuentro Familiar y la orden de alejamiento” *art. cit.* LUQUIN BERGARECHE, R. “Los Punto de Encuentro Familiar como garantía del interés del menor en el ejercicio de “ius visitandi”, *art. cit.*

⁴³³ BLANCO CARRASCO, B. “Los Punto de Encuentro Familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores” *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 21, 2008 p. 39-40

menores y sus progenitores cuando ha existido violencia de género hacia sus madres merece un abordaje específico sobre la influencia que las visitas y los contactos con los progenitores están ocasionando en la salud del niño o la niña. Es así que esta atención por profesionales de la salud puede realizarse por personal especializado de los Puntos de Encuentro Familiar pero también por los profesionales del sistema sanitario público o, incluso, como acontece en otras Comunidades Autónomas con la colaboración de los Equipos psicosociales de los Juzgados. Viene al caso que nos refiramos al proyecto anunciado en el 2º Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres celebrado en Noviembre de 2011 sobre la posibilidad de que personal del Servicio Andaluz de Salud intervenga con los menores usuarios del Punto de Encuentro Familiar en Sevilla para valorar la incidencia y el impacto en la salud de aquellos del cumplimiento de las resoluciones que les obliga a los encuentros con sus progenitores. Y ¿por qué esta necesaria atención psicológica? Los expertos señalan que no es nada infrecuente los casos en los que niños y niñas usuarios de los Puntos de Encuentro Familiar somatizan la influencia negativa de estos obligados encuentros con sus progenitores. Unos síntomas que deben ser convenientemente diagnosticados y tratados. En otros supuestos ese rechazo o influencia negativa puede que, a priori, no se exteriorice aunque ello no excluye necesariamente su existencia y, por consiguiente, merece ser objeto asimismo de valoración.

Pues bien, todas estas situaciones son acreedoras de un análisis concreto por profesionales de la salud que valoren desde un punto de vista psicológico la incidencia de los encuentros y las relaciones establecidas con el padre. Una atención que puede venir de la mano de la Administración sanitaria aprovechando los recursos existentes, conforme al proyecto que se anunció para el Punto de Encuentro Familiar de Sevilla o de los propios profesionales de estos recursos, en cuyo caso, que duda cabe, deberán contar con personal con la suficiente preparación, cualificación y experiencia en la materia⁴³⁴.

⁴³⁴ En DEFENSOR DEL MENOR ANDALUZ. *Menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia*. DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. Andalucía. Septiembre. 2012

4.3.NUEVA FORMA DE VIOLENCIA: EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (S.A.P.)

Otra cuestión, consecuencia de la carencia o escasez de formación específica en el desarrollo de la violencia de género, es la aceptación del denominado Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.). Dicho concepto es comenzado a utilizar a mediados de los años 80 por el profesor de psiquiatría Richard A. Gardner⁴³⁵ para referirse a un desorden psicopatológico en el cual un niño o niña, de forma permanente, denigra e insulta, sin justificación alguna, a uno de sus progenitores, generalmente el padre. El menor es sometido a un proceso por el cual un progenitor, por regla general la madre, mediante distintas acciones, realiza una serie de estrategias para transformar la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición amorosa.

Este psiquiatra lo definía como «el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor». ⁴³⁶

Dentro de la comunidad académica el síndrome de alienación parental (SAP) carece de consenso científico por no reunir los criterios metodológicos científicos necesarios para ser aceptado. El SAP ha sido rechazado como entidad clínica por las dos instituciones más reconocidas en el mundo en términos de salud y trastornos mentales: la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Americana de Psicología. Es por eso que no aparece en las listas de trastornos patológicos de ningún manual, ni en el CIE-10 de la (OMS) ni en el DSM-5 publicado por la Asociación Americana de Psiquiatría.

⁴³⁵ *Vid.* en contrario GARDNER, Richard «Aproximaciones legales y psicoterapéuticas al Síndrome de Alienación Parental». 1985

⁴³⁶ Ver al respecto también TEJEDOR HUERTA, M.A. “SAP y maltrato”. en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense.* Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008

No existe ninguna evidencia científica que avale este síndrome, es más, el pasado 12 de noviembre el Congreso acordó por unanimidad de todos los grupos que no se admita el SAP en los procesos de custodia de los menores. El SAP ha sido rechazado por la Organización Mundial de la Salud, por la Asociación Americana de Psiquiatría (organismos que regulan la validez de los diagnósticos a nivel mundial), ha sido desestimado por el Ministerio de Sanidad y Política Social, por el Ministerio de Igualdad y hasta el mismo Consejo General del Poder Judicial en el año 2008 lo define como «una reacción para minimizar el maltrato y la violencia». La propia responsable del Observatorio contra la Violencia de Género del CGPJ, Paloma Marín, alertó que el SAP perjudica la aplicación de la ley integral contra los malos tratos y se ha convertido en un instrumento de «estigmatización de la mujer». Por lo tanto, no debería aceptarse como categoría diagnóstica en los Juzgados, como sí se hace. Así lo ha recomendado el propio CGPJ, pero algunos Jueces y Juezas continúan aceptándolo. La independencia judicial se lo permite, pero también es exigible un papel más activo del Ministerio Fiscal y una respuesta profesional por parte de los equipos forenses (Medicina, Psicología y Trabajo Social).

El Consejo General del Poder Judicial rechazó expresamente el Síndrome de alienación parental. En su Informe encargado al Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, publicado el 11 de enero de 2011, en el punto VIII dedicado a las recomendaciones de reforma legislativa hace consideraciones sobre «el constructor denominado Síndrome de Alienación Parental», afirmando que carece de base científica que lo avale, recomendando «que las personas o instituciones responsables de la formación de los diferentes colectivos profesionales que intervienen en el tratamiento de la violencia de género estén alertas ante la presencia de esta construcción, eliminen los contenidos formativos que aparezcan cargados de prejuicios y garanticen una preparación de los profesionales con sólidas bases científicas».

Pero, por desgracia, aun se dictan resoluciones en donde se establecen medidas a imponer a la madre, como multas coercitivas y apercibimiento de modificación de la custodia, al amparo de la admisión de pruebas periciales psicológicas fundamentadas en el régimen de alienación parental, pruebas en las que ni siquiera han participado los menores, así como exploraciones de menores, sin la asistencia del Ministerio Fiscal, en las que se

investiga más sobre la influencia de los menores, por parte de la madre, en la decisión de rechazar las visitas con el padre y en convencer a éstos para que den cumplimiento a dicho régimen, que la averiguación de los hechos que han dado lugar a la toma de esa decisión por menores de 12 y 13 años de no seguir manteniendo relación con el progenitor.⁴³⁷

Públicamente han denunciado su aplicación el Defensor del Pueblo Andaluz, en el Informe Anual de 2012 y recientemente se ha manifestado en contra de este síndrome el Síndic de Greuges, que opina que «contraviene el espíritu de la ley integral de violencia de género» y considera que no tiene «categoría clínica, ni médica, ni psicológica». El Defensor del Pueblo de la Comunidad Valenciana responde así a la queja presentada por un grupo de madres bajo el amparo de la Plataforma Luna sobre los puntos de encuentro familiar y sugiere a los profesionales de estos centros -donde se llevan a cabo intercambios de menores para el cumplimiento de los regímenes de visita en separaciones matrimoniales conflictivas o cuando existen órdenes de alejamiento por malos tratos- que dejen de diagnosticar ese síndrome.

El efecto intimidatorio que produce su sola mención en los litigios judiciales facilita que algunos profesionales lo utilicen habitualmente en los casos controvertidos de divorcio. La aparición del SAP en cualquier demanda judicial lo reduce todo a la alienación y la manipulación materna y convierte automáticamente a las víctimas en victimarios.

Según el forense Lorente Acosta, el SAP parte del hecho objetivo de que los hijos e hijas no quieren ver al padre tras la separación y lo que hace es dar una explicación coherente con las referencias culturales a esa conducta. Y esa es la trampa. Es una trampa porque lo que hace el SAP es evitar que se investigue cuáles pueden ser las verdaderas razones para que los hijos e hijas muestren ese rechazo al padre. Desde el momento en que en sede judicial se comprueba esta actitud en los hijos, estos son separados de la madre “manipuladora” y entregados al padre “herido”, creándoles un trauma que será difícil de superar. De manera que la propia estrategia del SAP conlleva no profundizar en lo ocurrido. “A mí me parece perfecto que esos científicos continúen su trabajo para intentar que se admita el SAP, lo mismo que hay otros que intentan que se incorpore un nuevo

⁴³⁷ Auto 32/17 AP Jaén, Sección 1ª, 26 de enero de 2017, Apelación Auto nº 109/2006, 21 julio de 2016 Juzgado de 1ª Instancia nº 3 Andújar

fármaco que está en fase experimental” continúa manifestando, “Pero del mismo modo que ese fármaco no se puede utilizar hasta que no sea aceptado, el SAP no debería ser utilizado en los Juzgados hasta su reconocimiento por la comunidad científica”.⁴³⁸

En lugar de pensar que cómo van a querer estar con sus padres estos niños si han visto cómo agredían a sus madres y a ellos mismos algunos jueces y fiscales, aceptando falsos síndromes, están poniendo a los niños en manos de maltratadores⁴³⁹.

Habrá que estar vigilantes ante la aplicación en nuestro país de esta nueva estrategia de violencia hacia las mujeres⁴⁴⁰, a través del control y seguimiento de los puntos de encuentro, que han sido concebidos no como servicios públicos de gestión directa, sino atendidos por entidades que en cada comunidad autónoma y en algunos ayuntamientos revisten características diferentes, no debiéndose dejar que funcionen al arbitrio de los profesionales que están al frente, garantizando desde las políticas municipales de igualdad el derecho de las mujeres y de sus hijas e hijos a una vida sin violencia, haciendo así imposible un maltrato institucional que, a diferencia del maltrato de los hombres hacia las mujeres, sólo está en manos de las instituciones el evitarlo.

Aunque en teoría los informes de los Puntos de Encuentro Familiar no tienen carácter de prueba pericial, en la práctica sí. No son pocos los jueces que manifiestan que ellos no son psicólogos y sólo aplican lo que recogen los informes de los equipos psicosociales, y si hay un niño con problemas fruto de este síndrome, según los informes de los profesionales de estos centros, y la solución pasa por retirar la custodia a un progenitor, deben hacerlo porque prevalece el interés del menor⁴⁴¹.

⁴³⁸ Artículo de opinión, 10 de septiembre de 2014. <http://nomasvg.com/opinion/sindrome-de-alienacion-parental-sap-por-miguel-lorente/>

⁴³⁹ Al respecto ESCUDERO NAFS, A., AGUILAR REDORTA, L, DE LA CRUZ, J. “La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) Terapia de la amenaza” *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. Vol. 28, nº 102, 2008 pp. 285-305

⁴⁴⁰ Vid. AGUILAR SALDÍVAR, A. *El síndrome de alienación parental y sus implicaciones en el binomio tenencia-régimen de visitas*. Derecho y Cambio Social. Año 6, nº 19, 2009

⁴⁴¹ GONZALEZ ORVIZ, M. E. *Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental*. Ed. Bosch, 2010

A pesar de que este concepto está siendo cada vez menos utilizado en causas judiciales, aún hay periciales judiciales admitidas como prueba en procedimientos donde se debate sobre el interés superior del menor víctima de violencia de género⁴⁴². Es incomprensible cómo se le puede dar credibilidad a la influencia o padecimiento de este síndrome por parte del menor cuando el rechazo puede tener otra justificación que no tenga que ver con la madre sino que la aversión del menor puede derivar de sus propios sentimientos tras la ruptura o del comportamiento que tiene o ha tenido el progenitor no custodio con los miembros de la familia, la ansiedad normal del menor tras la separación de sus padres, la inquietud de éste por el progenitor ausente durante la visita al no custodio, el comportamiento inapropiado del progenitor rechazado, la negligencia o maltrato del progenitor no custodio o, incluso, la violencia previa por parte del padre hacia la madre o menores⁴⁴³. Resulta razonable que un menor expuesto a violencia de género, que ha sufrido directamente las agresiones de su padre o que ha sido testigo del maltrato a su madre, sienta miedo o angustia hacia el maltratador, estando totalmente justificada la animadversión hacia su padre, que se hace patente o manifiesta en las visitas o encuentros.

Por este motivo la Asociación Americana de Psicología (APA) critica el mal uso del Síndrome de alienación parental en los casos de violencia de género.⁴⁴⁴

A pesar de ello, lo cierto es que al calor de esta construcción a mujeres víctimas de violencia de género se les ha modificado su condición de guardadora de hijas e hijos menores de edad al haberse alegado por la defensa del padre y confirmado por los peritos correspondientes la existencia de una manipulación del menor contra su padre en los términos y con las características de los defensores del mencionado Síndrome. El uso de esta construcción ha sido utilizado como argumento en algunas decisiones judiciales para modificar la atribución de la guarda y custodia a las madres víctimas de la violencia de género como penalización por su condición de “madre alienante”.

⁴⁴² Pone de manifiesto MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T. “El síndrome de alienación parental. La carreta delante de los bueyes” *Diario La Ley*, nº 7567

⁴⁴³ *Vid* para una visión sobre el S.A.P. AGUILAR REDORTA, L.; ESCUDERO NAFS, A.; POLO USAOLA, C.; LORENTE ACOSTA, M.; HERNANZ ARANDA, A.; y VITUTIA CIURANA, G.: *Aclaraciones sobre el "síndrome de alienación parental"*. (2007).

⁴⁴⁴ Hace crítica PAZ RODRÍGUEZ, J.I. “El llamado Síndrome de Alienación parental. La valoración del daño de las víctimas de la violencia de género”. *Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. 2007

Es curioso cómo cuando la madre e hijo sufren malos tratos y la madre no denuncia, puede tener consecuencias como la de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000 que condena a una madre que, "pudiendo hacerlo", no evita el maltrato que su esposo infligía a su hijo menor, como autora en comisión por omisión de un delito de malos tratos contenido en el art. 153.⁴⁴⁵

En algunas ocasiones los jueces además de revocar la guarda y custodia imponen la suspensión del régimen de visitas de la madre, rompiendo bruscamente los lazos afectivos existentes entre madres e hijos y sin haber valorado previamente los sentimientos y deseos de los menores. Por otro lado, al modificar la guarda y custodia se produce paralelamente un cambio en el uso y disfrute de la vivienda familiar que sigue siendo para los hijos e hijas pero conjuntamente con el progenitor hasta entonces no custodio. Este cambio tiene incidencia además en las pensiones alimenticias. ¿Luego a cuál de los progenitores le interesa más esta alegación?

5. EFECTOS DE LA FALTA DE FORMACIÓN

Cuando la víctima interpone una denuncia, tras recoger su testimonio, esta queda amparada por el estatuto integral de protección⁴⁴⁶ mediante una serie de medidas, entre ellas está la ejecución de un procedimiento judicial rápido y sencillo en el juzgado de instrucción correspondiente. En el plazo de 72 horas desde el momento de la denuncia, el juez correspondiente dictará de forma cautelar una resolución judicial, la cual incorporará tanto medidas restrictivas de libertad para el agresor, como aquellas dirigidas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona

⁴⁴⁵ De este modo, si, como acertadamente afirma ACALE SÁNCHEZ, el art. 11 del Código penal, que regula los supuestos de comisión por omisión, se refiere exclusivamente a los delitos de resultado excluyendo, por tanto, de su ámbito de aplicación los de mera actividad, o bien se ha producido una incorrecta aplicación del art. 11, o bien se ha considerado que el art. 153 es un delito de resultado. ACALE SÁNCHEZ, M. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Editorial: Tirant lo Blanch 1ª Edición 1999

⁴⁴⁶ NAVARRO VILLANUEVA, C. "La protección del testimonio de la mujer víctima de la violencia de género" en ACALE SÁNCHEZ, M. y DE HOYOS SANCHO, M. (dirs.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Op. cit. pp. 475-503

agredida y a su familia, sin que ello signifique haber de esperar a la formalización del proceso. Este tipo de medidas, hacen que agentes jurídicos como jueces, abogados, fiscales, policía son profesionales directamente implicados en un momento de la violencia en la pareja y, por tanto que también requieran una formación específica para tal fin⁴⁴⁷

Muchas de las emociones negativas de los jueces en su relación con la violencia de género, las sensaciones de frustración o enfado cuando las mujeres que han denunciado expresan su intención de retirar la denuncia, cuando se niegan a declarar en contra de la pareja, cuando incumplen la orden de alejamiento o deciden volver a convivir con su agresor, se deben, en gran medida, a la falta de comprensión del ciclo de la violencia.

Sin formación específica, si bien se pretende trabajar con objetividad e imparcialidad de los hechos y las acciones a juzgar con un objetivo de hacer Justicia, se introducen elementos perversos en el tratamiento de la violencia y las víctimas, entre los cuales destacan:

- la dificultad de empatizar con los agentes implicados,
- la expulsión de las emociones en todo el procedimiento,
- el presentar la violencia de género como un hecho puntual y no como un proceso, en tanto que minimiza la importancia del pasado al centrarse en los hechos presentes

El espacio de análisis de la credibilidad de la víctima debe situarse y remitirse a lo acontecido en el espacio intersubjetivo entre víctimas y maltratador, así como un espacio entre ellos y los profesionales que recogen el testimonio, pues los juicios y toma de decisiones de los operadores jurídicos no están exentos de valores y prejuicios. Existe una focalización y un escrutinio meticuloso sobre el testimonio de la víctima, mientras no ocurre lo mismo con el testimonio del agresor. Para que los operadores jurídicos puedan cuestionarse sus creencias y modificar el sistema es preciso una práctica reflexiva

⁴⁴⁷ CUBELLS, J.; ALBERTÍN, P. CALSAMIGLIA, A. “Transitando por los espacios jurídico-penales: Discursos sociales e implicaciones para la intervención en casos de violencia hacia la mujer”. *Acciones e Investigaciones sociales*, 28: 79-108. <https://www.researchgate.net/publication/281375198>- 2010

En este sentido sirvan los comentarios recogidos por Cubells, J., Albertín, P., Calsamiglia, A. que en 2010, realizaron un estudio sobre este tema titulado “Transitando por los espacios jurídico-penales: Discursos sociales e implicaciones para la intervención en casos de violencia hacia la mujer”:

El de un policía en relación a su actuación profesional:

“Yo siempre les digo (a las mujeres que denuncian): en el momento que se hace una denuncia, nunca se retira. La denuncia está puesta pero yo no retiraré nunca una denuncia, además no podemos hacerlo, pero además, sería como decir: mi trabajo no sirve para nada.” (Entrevista Policía autonómica).

O bien el comentario de una jueza justificando su rol:

“Al acabar todo, la Juez me dice: “tenías que haber venido el jueves. Una mujer que había denunciado cinco veces, está enamorada de un magrebí y no puede evitarlo...Yo ya le dije: aquí juzgamos y no podemos hacer de psicólogos“. (Diario de campo de la observación en juzgados 10-5-2008).⁴⁴⁸

Los sujetos víctima-victimario son casos que se clasifican dentro de unos esquemas estereotipados contruidos en las dinámicas institucionales y desde una visión etnocéntrica, es decir desde lo que los profesionales expertos creen que debe ser “una mujer maltratada” o “una relación de pareja”, sin contemplar la variabilidad de situaciones y casos en función de las claves culturales, idiosincrasia socio histórica y a la vez personal de los afectados.

En este caso se alude al “síndrome de la mujer maltratada” en una sentencia: “Su interrogatorio, tanto por la defensa como por las acusaciones se ha realizado en normal tranquilidad observando a la misma (mujer) tranquila, serena, respondiendo sin gestos ni aspavientos a las preguntas que se le hacían (...) No concuerda ello con el temor, la desconfianza, la escasa capacidad de iniciativa que lamentablemente presenta el síndrome de la mujer maltratada, que lamentablemente este titular ha conocido a lo largo de su fase como juez instructor. Incluso el aspecto físico que presenta L.D. durante los tres actos... ()” (Sentencia Juzgado de lo Penal Barcelona, Barcelona, (Núm.22), de 27 noviembre 2003).

⁴⁴⁸ CUBELLS, J.; ALBERTÍN, P. CALSAMIGLIA, A. “Transitando por los espacios jurídico-penales: Discursos sociales e implicaciones para la intervención en casos de violencia hacia la mujer” *Ibid*

O el comentario realizado por un técnico del equipo técnico del juzgado donde se indica un estereotipo de “mujer sudamericana” víctima:

“...la experiencia que tengo sobre mujeres sudamericanas es que son un poco liantas.” (Diario de campo de la observación juzgados, 6-2-2007).”

Las víctimas son clasificadas en su valoración jurídica-psicosocial, pero ello comporta un riesgo que es el de estereotipar en función de unos indicadores predeterminados sostenidos por unos prejuicios dominantes en el campo de las instituciones y relaciones sociales. En este sentido los comentarios son acerca del aprovechamiento que algunas mujeres hacen con la denuncia por violencia, o con la situación de indefensión en que se encuentra el presunto culpable:

“(...) que muchas veces lo que nos podemos encontrar, pues son, no digo con denuncias falsas pero si aquella en que la mujer de las que se pretenda obtener un lucro por la asistencia de pensiones económicas, porque es una vía rápida para solucionar el tema de los hijos, de las pensiones, de la atribución del uso del domicilio..” (Entrevista jueza)

Todo este tipo de actuaciones comporta unos efectos indeseables:

1º. No se cree a la víctima. Construye la identidad de víctima como demandante pasiva y si en ocasiones se ve cuestionada, entonces la víctima queda investida como una mujer cuya actividad se asocia a un estereotipo negativo de “manipuladora” ya que intenta “sacar provecho de la denuncia”. Tiene que luchar constantemente contra una presunción de mentira, es decir, delante de una creencia generalizada de que la mujer que denuncia no vive una situación violenta, y por tanto, los agentes que intervienen en el proceso debilitan su actuación. La falta de credibilidad que se confiere a las mujeres y a sus hijos, choca frontalmente con las necesidades de que su relato se considere verdadero, y esto repercute en debilitar el empoderamiento de estas mujeres. Esta presunción de mentira pone la declaración de la víctima en tela de juicio, y provoca el miedo a no ser creída por los profesionales del sistema. Sirva como ejemplo el comentario que recogen Cubells, J.; Albertín, P. Calsamiglia, A. (2010⁴⁴⁹) en los que un Juez comentó:

⁴⁴⁹ CUBELLS, J.; CASALMIGLIA, A.; ALBERTÍN, P. “El ejercicio profesional en el abordaje de la violencia de género en el ámbito jurídico-penal: un análisis psicosocial”. Universitat Autònoma de Barcelona y Universitat de Girona. *Anales de psicología* vol. 26 nº 1 (enero), 2010, pp. 369-377

¿” Usted cree que a una muchacha que le dan patadas en el pecho, no puede recordar qué día pasó? ¡Si esto me pasara, yo lo sabría!”

Puede ser que la fecha de la patada no sea tan importante para ella, no acordarse es relativamente normal, cuando seguramente lo importante es el daño emocional más que el físico, cuando el aturdimiento y el deseo de que no hubiera ocurrido es lo que prima en la víctima, que siente la necesidad de olvidar.

2º. Se prioriza la intuición, el saber práctico sin formación en violencia de género sobre un saber teórico formado en esta materia. Se da prioridad en el uso de protocolos, normativas y roles, lo cual homogeneiza y estandariza las intervenciones según un modelo, pero a la vez impide la adaptación a la variabilidad de situaciones, perfiles de usuarias e innovación de otras formas de intervención. De esta forma se habla de “casos” y en su defecto puede llegar a estereotiparse a personas. Y esta falta de perspectiva de género en el ejercicio profesional ante el fenómeno de la violencia de género, cuando ésta se basa precisamente en la desigualdad entre hombres y mujeres, tiene efectos a nivel de victimización secundaria, así como efectos negativos sobre las propias emociones de los profesionales con respecto al ejercicio profesional.

En este sentido, en lugar de entender el comportamiento de las mujeres como la expresión de la dependencia emocional hacia sus parejas sentimentales y, por lo tanto como parte del problema de violencia que están sufriendo, los jueces lo viven, en muchas ocasiones, como un fracaso del sistema o de su función, en tanto que no se han alcanzado los objetivos que se habían marcado (protección de la mujer, seguimiento de las sentencias judiciales, etc.).

3º. Se caracteriza por ser “etnocéntrico”, de manera que el modelo de atención que sigue se convierte en el referente elegido con el que valorar otros modelos y otras formas de entender la realidad.

4º. La comprensión de la violencia de género tiene que ver no solo con un conocimiento lógico y racional que permita alcanzar una perspectiva para comprender, sino con una actitud y sensibilidad hacia este hecho. El realizar este curso no te consigue que el operador jurídico se comporte y se haga más sensible, generalmente, si no lo eres previamente. Muchos profesionales hacen el curso para poder acceder al turno de oficio o porque es una fuente de ingresos porque facilita un ascenso. La perspectiva de género está ausente en los juzgados, es decir, hay muy poca de formación. En todos los ámbitos, tanto en jueces como en personal que trabaja al servicio de la Administración...incluso, los propios jueces especializados en juzgados de violencia,

desconocen el ciclo de la violencia, de la luna de miel, la teoría básica de la violencia de género.

5º Las limitaciones del sistema jurídico-penal se ponen de manifiesto delante de una realidad excesivamente compleja, que guarda relación con una estructura social y con un universo simbólico que perpetúa una relación desigual. En general, la violencia hacia la mujer está falta de un significado colectivo y se plantea como si se tratara de un problema personal entre el agresor y la víctima, o un problema psicológico o una patología. De esta manera, desde el imaginario social de los agentes jurídicos, la violencia se interpreta como un acto que se da en el seno de la pareja, por el hecho de estar en pareja, y no por el hecho de ser mujer. Ello comporta efectos victimizadores y falta de empoderamiento de la mujer, con una bajísima autoestima. Una perspectiva de género incorporada en las prácticas de los agentes puede constituirse como un instrumento para la transformación de las prácticas profesionales, al menos para modificar aquellos efectos no deseables de cara a una mejora en la atención a las víctimas.

A modo de resumen, las prácticas deseables serían:

- Priorizar la experiencia subjetiva de la víctima y de las personas cercanas de su entorno.
- Comprensión situada en un marco sociohistórico del proceso de la violencia
- Importancia de considerar el tipo de soporte social, principalmente el personal encargado de dar información a la mujer, en el tratamiento global de la violencia de género.
- Un punto de partida es considerar y hacer explícito por parte de los operadores implicados en diferentes momentos del proceso, que la violencia hacia la mujer, se enmarca y tiene sentido dentro de las relaciones sociales de género, de manera que pertenecer a la categoría social de mujer constituye por razones socio históricas, el motivo de desigualdades y de un trato diferencial y desigual con respecto a la categoría hombre⁴⁵⁰. Y es en este marco de comprensión donde tiene que enmarcarse el conflicto de la pareja, la violencia en la pareja, que afecta también a las hijas e hijos, para después incorporar otros componentes de violencia interpersonal.

⁴⁵⁰ Cfr. BOSCH-FIOL, E. y FERRER-PÉREZ, V.A. “Nuevo mapa de mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI” Universidad de las Islas Baleares. *Psicothema* 2012 Vol.24, nº 4 pp. 548-554

- Centrar la atención en el proceso vivido por las mujeres, entendiendo la violencia como un proceso y un continuo, no como hechos concretos. Liga las situaciones puntuales que se relatan de maltrato a contextos determinados para comprender su dimensión y valorar su importancia.
- Proteger a las hijas e hijos, en especial a los menores, ya que de no hacerlo la mujer sentirá que no merece la pena denunciar, retirará la denuncia, se arrepentirá de haberlo hecho. La mujer víctima de maltrato prioriza la protección de sus descendientes por encima de su propia protección.
- Entender que el maltratador continúa su maltrato a través de los menores, añadiendo a este maltrato, que lo diferencia con el habido con antelación a la denuncia, el ánimo de venganza hacia la madre.
- Recuperar la red social (hijos, familia, amigos) como recurso informativo y de soporte personal en diferentes ámbitos, aunque en ocasiones también como inhibidor de la ruptura de una mujer con una relación violenta.
- Trabajar las emociones cotidianas que despiertan las prácticas en su trabajo de los distintos operadores jurídicos. Se ha de considerar que cuando una mujer denuncia, como mínimo, hay una experiencia subjetiva de malestar que hay que explorar. Existe, además, una variabilidad del tipo de mujeres violentadas y las relaciones que establecen con su red social de apoyo. La víctima, según el momento en que se encuentra dentro del proceso o ciclo de la violencia se muestra con una identidad muy diferente, poder captar estos diferentes momentos requiere una escucha, un interés en detectar sus necesidades (especialmente a través de cómo construyen su subjetividad) y un proceso de seguimiento continuado. Entender el proceso no de los hechos puntuales, fragmentados y descontextualizados. La mujer limita sus expresiones y afectos y pauta “cómo han de presentarse” para ser creíble, es decir, según las expectativas de la institución jurídico-penal, y lo que no entre en ese juego o versión, pierde credibilidad.
- Considerar las diferencias culturales o étnicas de las mujeres que acuden al sistema penal y a la vez, cómo se manifiestan.
- Especialmente, hay que detectar la existencia de violencia invisible, aquella violencia ocultada por el hecho de haber sido normalizada o naturalizada en el seno de la pareja. Es esa violencia que lentamente se incardina en la propia subjetividad de la víctima como una forma sutil, encubierta bajo forma de creencias y convicciones, por ejemplo sosteniendo que el hombre tiene determinados roles y derechos en la pareja, que el hombre es de una

determinada forma por naturaleza, o que ha sido educado así para la convivencia, o que la relación responde a las condiciones y características que se enmarcan como “amor romántico”.

- Dotar de recursos para visibilizar las características y matices indicadores de una relación de dominación en la pareja, por un lado, como indican los profesionales, la incorporación de equipos interdisciplinarios, así como una buena conexión y articulación dentro de la red de atención a las víctimas, incluyendo también a los menores y, en la medida de lo posible, participación de su red informal natural (padres, hermanos, demás familiares, amigos).
- La modificación de ciertas prácticas jurídicas como puede ser la construcción de protocolos que recuperen narraciones o relatos más fieles a la experiencia de las personas implicadas, o la recuperación de las emociones como herramientas que ayuden a comprender las dimensiones del fenómeno, que den sentido y significado a los testimonios de la víctima y que permitan construir subjetividades que rompan con determinados estereotipos sobre víctima y victimario⁴⁵¹. Esta práctica puede ayudar a ampliar los límites que se tienen sobre esta materia y las situaciones y ayudar a tomar consciencia para poder cambiar las propias prácticas. En este sentido, es necesario que los profesionales incorporen una posición neutral y objetiva en las ciencias sociales y jurídicas.
- También hay que replantearse cómo está diseñada la red de servicios a la víctima de violencia de género. Se ha focalizado el procedimiento en un tratamiento que gira entorno a la ley y a la aplicación de medidas punitivas para el agresor. La aplicación de la ley contempla medidas de protección a las mujeres víctimas y a sus hijas e hijos y, a la vez, medidas punitivas para los agresores, pero existen muchos casos, en que la mujer no busca denunciar a su pareja, sino alertarla y tratar de encontrar mecanismos reparadores y poder evitar la continuación del daño. Una de las consecuencias de la “judicialización” del tratamiento de la violencia es que ha desbordado a los operadores jurídicos en su tarea cotidiana, especialmente cuando su función se promueve más como solución de conflictos interpersonales por encima de garantizar otros recursos, redes y medios. Esto se aleja de soluciones reflexionadas, porque se prioriza el acento en la celeridad de la respuesta y la eficacia penal y se entra en la dinámica de la rutina de los procedimientos

⁴⁵¹ *Vid.* CASTILLEJO MANZANARES, R. “El estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género”. *Diario La Ley* n.º 8884, 2016

jurídicos, cuya consecuencia es también una falta de comprensión de la violencia y por tanto, de poder hacerle frente.

- Así las que quieren y creen en una reconciliación y para ello solicitan ayuda especializada dejan de ser objeto de intervención, al demandar indirectamente el mantenimiento de la relación abusiva y de violencia. De este modo se les deja de brindar el apoyo que les podría llevar a una autoconciencia, autoconocimiento y empoderamiento, así como a iniciar una senda de salida de las situaciones de violencia en su aquí y ahora.
- Atender también y hacer un seguimiento de las mujeres, así como de sus hijos, que deciden seguir en el ambiente de violencia junto al agresor o que han decidido la reconciliación. Facilitar los recursos que les vayan a brindar apoyo y ayuda en situaciones como las de violencia ya vividas y no realizar prejuicios si decide volver a denunciar pasado un tiempo.
- Tener presente que, al estar ante una relación de desigualdad enorme, en violencia de género no es posible la mediación, que a día de hoy se está llevando esta práctica en Juzgados y Puntos de Encuentro Familiar, por ejemplo.

TOMA DE POSTURA

Los obstáculos que se han ido planteando, así como los argumentos de distintos autores que han trabajado con diferentes operadores jurídicos, llevan a las siguientes conclusiones:

- a) Desconfianza hacia las denuncias formuladas a pesar que menos de un 1% de las denuncias formuladas por mujeres en materia de violencia de género se ha acreditado que fueran falsas⁴⁵². La desconfianza de los distintos operadores jurídicos hacia las mujeres continúa resultando evidente y se ampara, en algunos supuestos, en la necesidad de indagar “la verdad” tras la interposición de la denuncia pero evidencia en el discurso una evidente falta de perspectiva de género, una falta de formación más allá de lo jurídico y una reproducción del discurso patriarcal imperante por parte de quien se espera aplique la normativa vigente⁴⁵³. Las mujeres continúan, según este discurso, resultando

⁴⁵² Datos y estadísticas anuales 2014, 2015 y 2016 del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero/>

sospechosas, en algunos supuestos, de querer utilizar el sistema con fines propios ajenos a la naturaleza de la ley integral.

- b) Invisibilización o Minimización de la violencia. Existen supuestos claros de minimización más o menos consciente de los actos de violencia denunciados. Las consecuencias de este discurso van desde la reducción de la mayor parte de los supuestos investigados a simples y puntuales riñas maritales o consecuencia de la ruptura de pareja hasta la aplicación del delito de maltrato continuado de manera prácticamente residual o a la clara invisibilización judicial por falta de investigación que se da a la violencia sexual cuando se produce dentro de las relaciones de pareja, así como a la violencia que sufren las hijas e hijos. Pese al reconocimiento de una deficiente investigación de hechos ante la dificultad probatoria que entrañan, en muchas ocasiones se otorga una credibilidad subjetiva a estos ilícitos que son denunciados y no investigados aunque posteriormente ninguna resolución judicial vaya a contemplar una condena acerca de los mismos, muy frecuente en la afectación de esta violencia a las hijas e hijos de la mujer denunciante.
- c) Necesidad de incrementar la formación en violencia de género a los operadores jurídicos, sobre todo en los supuestos en los que están implicados menores. A las ya innatas dificultades para la detección de los casos de menores que están siendo víctimas de violencia cuando no se han denunciado los hechos se une la escasa formación que en este ámbito poseen los profesionales encargados de la atención y cuidados de niños y niñas. El protagonismo de los profesionales se antoja vital en la detección de estas situaciones y solamente se conseguirá una intervención eficaz cuando aquellos gocen de una adecuada formación en la materia. Indudablemente de nada sirve la existencia de instrumentos legales y de mecanismos para combatir esta lacra social si los primeros operadores judiciales llamados a actuar desconocen el contenido de estas medidas o no han sido formados adecuadamente acerca de cómo detectar y abordar estas situaciones. Estos son los motivos por los que consideramos necesario que los profesionales de los diferentes ámbitos que atienden a menores (profesorado, médicos, sanitarios, jueces, fiscales, forenses, funcionarios de la Administración de Justicia, equipos psicosociales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, trabajadores sociales, trabajadores de punto de encuentro familiar, etc.) reciban una formación especializada en violencia de género para identificar estas situaciones e intervenir de manera adecuada.

⁴⁵³ Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ, F., BERNABÉ CÁRDABA, B. “Las denuncias falsas en casos de violencia de género ¿Mito o realidad? Universidad Camilo José Cela. *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22, 2012 pp. 37-46

- d) No se diferencia entre las agresiones en legítima defensa y las del agresor en los supuestos de denuncias cruzadas. En estas denuncias de lesiones Tratamiento de las lesiones de las partes en los supuestos de denuncias cruzadas. En estos supuestos no se realiza ningún esfuerzo argumentativo para discriminar entre lesiones de ataque y de defensa, por lo que es imposible aplicar la eximente de legítima defensa. Como consecuencia víctima y agresor reciben la misma condena penal. Esta falta de discriminación también está presente en médicos forenses cuando realizan sus informes no diferenciando si las lesiones del denunciado son propias de un ataque o bien obedecen a la defensa o resistencia de la mujer. La adecuada formación de los forenses en estos casos de denuncias cruzadas resulta esencial atendiendo a que, a la vista de su informe, el juez adquiere argumentos para poder discriminar jurídicamente ambas realidades. O se de en la impunidad la conducta del agresor (práctica por parte de jueces, fiscales, abogados) provocando una resistencia a la aplicación de la ley, con efectos desalentadores para la víctima, no constando esto en ninguna estadística. Si la víctima no retira la denuncia, sospechosa de veracidad, se la alecciona de las consecuencias nefastas que podría tener su voluntad de continuar
- e) Ausencia de datos que permitan conocer la verdadera entidad del problema. Sólo se conocen el número de menores asesinados por su progenitor y el número de medidas cautelares en los que se priva de la patria potestad, guarda y custodia o régimen de visitas o su suspensión. Uno de los principales obstáculos para abordar el fenómeno de los menores expuestos a violencia de género lo constituye, sin duda, la ausencia de datos sobre cuántos niños y niñas realmente están afectados por esta lacra social⁴⁵⁴. Se conocen el número de personas menores que están siendo atendidas en algunos de los recursos que las Administraciones públicas ponen a disposición de las víctimas y sus hijos e hijas, sin embargo estas cifras, por su naturaleza, sólo contabilizan los casos que han llegado al Sistema (sanitario, educativo, social, judicial o policial) dejando fuera otros muchos que no pueden ser conocidos al no detectarse o simplemente porque no ha mediado denuncia expresa. La consecuencia de ello es fácilmente imaginable, la limitación y parcialidad de los datos no permite conocer con exactitud la incidencia real del problema, lo que nos lleva a concluir que hay menores que están sufriendo las consecuencias de la violencia de género pero resultan invisibles para la sociedad. Desde esta perspectiva es necesario conocer con rigor

⁴⁵⁴ Vid. ATENCIANO JIMÉNEZ B. “Menores expuestos a Violencia contra la Pareja: Notas para una Práctica Clínica Basada en la Evidencia”. *Clínica y Salud*. 2009

y exactitud el alcance de la violencia de género en los menores. Unos datos cuyo análisis permita profundizar en el conocimiento del fenómeno, sus formas de manifestarse y los efectos y secuelas en niños y niñas. Sólo con este conocimiento de la realidad se podrán establecer adecuadamente las políticas públicas y planificar con acierto los recursos a disposición de las víctimas. Es por ello que se recomendaría a los distintos organismos con competencia en la materia que incluyan obligatoriamente en sus estadísticas oficiales sobre violencia de género todos aquellos datos disponibles que afecten a los menores que conviven con la víctima. Esta información debe estar convenientemente recopilada, tratada y publicada de forma sistematizada.

- f) Mantenimiento de resoluciones en que se perpetúa el sufrimiento de la víctima y de los menores a través del sistema de visitas.

Existe la creencia muy extendida, como resistencia del sistema patriarcal, según la cual, el hecho biológico hace prácticamente imposible privar de las visitas de un padre sus descendientes y esto es así aunque existan indicios racionales de que el padre es un maltratador⁴⁵⁵, incluso varias condenas por este delito y por quebrantar una medida o pena de alejamiento aprovechando el régimen de visitas.

La mejor prueba de la anterior afirmación es el mantenimiento generalizado en las resoluciones judiciales del régimen de visitas de los investigados e incluso condenados con los menores en aquellos supuestos en los que a la mujer tiene una Orden de Protección⁴⁵⁶. Pese a que dicha concesión ha debido implicar para el juzgador la valoración positiva tanto de la existencia de los hechos denunciados como una situación objetiva de riesgo, dado que de otro modo dicha Orden no hubiera sido concedida. Aun así, la permanencia de la idea estereotipada según la cual es mejor para una hija o hijo mantener una relación con ambos progenitores, aunque uno de ellos sea violento, y que es necesario para el buen desarrollo y crecimiento de los menores tener contacto con la figura paterna junto con el estereotipo igualmente presente de que un hombre puede

⁴⁵⁶ Según los datos estadísticos publicados por el Consejo General del Poder Judicial correspondientes al año 2016, únicamente en el 1,3% de las Ordenes de Protección acordadas se acordó la suspensión del régimen de visitas paterno; en un 1,9 % la suspensión de la guarda y custodia de los menores por parte del presunto maltratador y en un 0,4% se adoptaron otra serie de medidas de protección a favor del menor para evitar al mismo un peligro o perjuicio, al amparo del artículo 158 del CC. El propio Consejo realiza una nota, igual que en anteriores estadísticas, señalando el mantenimiento de la baja proporción de medidas civiles con respecto de las penales en los casos de adopción de Orden de Protección.

maltratar a su pareja pero ser un buen padre. De este modo la violencia ejercida contra la mujer, aún en presencia de sus hijos, no desvirtúa en absoluto su idoneidad para poder tener visitas sin vigilancia, sigue suponiendo una manera de perpetuar la violencia frente a las mujeres. Los menores constituyen muchas veces el único vínculo que el maltratador continúa teniendo con la mujer para ejercer violencia emocional y psicológica frente a la misma cuando la mujer ha decidido romper los lazos con él. Pese al escasísimo porcentaje de casos en los que se adoptan medidas para suspender al presunto maltratador el régimen de visitas con sus hijos o para proteger a los menores los operadores jurídicos son conscientes en su discurso de que los menores son “utilizados” en no pocas ocasiones como medio de presión frente a la víctima.

El hecho de que sean tan pocas las resoluciones judiciales que protejan a los menores mediante la adopción de medidas civiles que dejen en suspenso o restrinjan el régimen de visitas paterno supone⁴⁵⁷, en cualquier caso, una vulneración de los propios principios recogidos en la Exposición de Motivos de la Ley Integral y el artículo 1, dado que, por expreso deseo legislativo, la valoración por los jueces del riesgo debe comprender también el que pueda afectar, en su caso, a los hijos/as de la víctima, estando facultado el órgano judicial para adoptar cuantas medidas puedan conjurar el peligro en que se encuentren los mismos.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, restringe, no obstante, esta posibilidad señalando que, en consonancia con el número de resoluciones que recogen medidas de protección hacia los menores y de restricción del régimen de visitas, la limitación del régimen de visitas paterno ha de quedar reservada a los casos verdaderamente más graves

Señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005: “Fijar en todo caso la suspensión absoluta de cualquier régimen de visitas del agresor para con los hijos comunes puede no resultar oportuna, ya que se puede romper, de manera inadecuada, una relación paterno-filial bien estructurada. Más acertado será estipular, según los casos, el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que, en ocasiones habrá de

⁴⁵⁷ Vid. MÚRTULA LAFUENTE, V. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género. Op. cit.*

suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor...”

Y, en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las últimas sentencias, alegando en todas sus resoluciones el carácter excepcional y restrictivo de la medida de suspensión del régimen de visitas, reservado prácticamente a los supuestos en los que se ha llegado al asesinato de la madre por parte del padre en presencia de los menores.⁴⁵⁸

El Pleno del Senado de 16 de septiembre de 2009 aprobó, con el consenso de todos los partidos con representación en dicha Cámara, el reconocimiento de los niños y niñas como víctimas directas de la violencia de género y la adopción de medidas para destinar los recursos necesarios para el tratamiento y seguimiento de su situación personal reconociendo expresamente que los hijos e hijas menores de edad que sean testigos de la violencia padecen, como mínimo y de forma grave las secuelas psicológicas de estar o haber estado expuestos a dicha violencia

El Gobierno, el 23 de febrero de 2017, acordó la creación de un órgano permanente para prevenir y luchar contra la violencia de género

- Reunión de coordinación interministerial
- Acuerdan la creación de un órgano interministerial en el que estarán representados los Ministerios, la FEMP, las CCAA (por turnos de dos) y los portavoces de todos los grupos parlamentarios.

Consistiría este órgano en una mesa permanente de valoración, prevención y lucha contra la violencia de género. Será presidida por la delegada de Gobierno de la Violencia de Género, el Director General de Evaluación y Coordinación Territorial de Educación, y los DAOS de Interior.

Asimismo se constituirá un órgano interministerial de coordinación, prevención y lucha, del que formarán parte los cuatro ministerios, la FEMP, las CCAA por turnos de dos y los portavoces de los grupos parlamentarios. Este órgano, que estará presidido por la Ministra de Sanidad, será permanente, comenzará la ejecución de la normativa que emane

⁴⁵⁸ STS 4900/2015. Sala de lo Civil .Sección: 1 N° de Recurso: 36/2015 N° de Resolución: 680/2015, de 26 de noviembre de 2015

de la Subcomisión de violencia. Mantendrá reuniones trimestrales en las que se elaborará un informe sobre la situación de la violencia de género que se elevará a Consejo de Ministros.

El Gobierno ha destacado la necesidad de intensificar los trabajos de la detección precoz, la concienciación social y la visualización de esta lacra. Para ello los dos órganos reforzarán las siguientes actuaciones:

- Revisar y actualizar los protocolos de actuación interministeriales vigentes.
- Profundizar en la formación de todos los agentes implicados (sanitario, jueves, fiscales).
- Mejorar la prevención en las redes sociales dedicado sobre todo a menores.
- Evaluar la eficacia de las órdenes de protección así como reforzar las medidas de protección de los niños.
- Impulsar las denuncias externas para favorecer una detección precoz.
- Evaluar el riesgo en coordinación con las unidades de la violencia de género de las Subdelegaciones.
- Revisar las asignaciones presupuestarias a todos los niveles; Ayuntamientos, CCAA y Ministerios

A su vez, los portavoces de todos los grupos parlamentarios, el 27 de marzo de 2017, en la Comisión General de Comunidades Autónomas del Senado, firmaron un documento en el que proponen revisar y reformar los protocolos vigentes para mejorar tanto la protección de las mujeres víctimas de violencia de género y de sus hijos, como la detección temprana para evitar agresiones. Este acuerdo recoge propuestas que serán incorporadas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, entre las que destaca la adaptación de la legislación reguladora en esta materia a las normas del Convenio de Estambul, así como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de forma que el concepto de violencia de género se adecúe a lo establecido en la citada regulación internacional.

Asimismo, los grupos parlamentarios, en la Comisión General de Comunidades Autónomas del Senado abogan en el texto por impulsar la acción de los Servicios de Atención a las Víctimas y de la Fiscalía para garantizar la aplicación de la Ley, “como la suspensión del régimen de visitas de los maltratadores y la atribución al agresor condenado por violencia machista de la guarda y custodia exclusiva o compartida.

Este acuerdo responde al compromiso adquirido en la anterior sesión de la citada Comisión, celebrada el 9 de marzo de 2017, para dar cuenta del acuerdo sobre un Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en el marco de la VI Conferencia de Presidentes de Comunidades Autónomas, celebrada en enero de 2017.

De no hacerse las modificaciones legislativas sugeridas en los capítulos anteriores y confiar en las ya realizadas como suficientes, exponer que el éxito de éstas depende, en gran medida, de la concienciación tanto del juzgador como de fiscales y demás operadores jurídicos en favor del interés supremo del menor, protegiéndole de toda violencia, muy por encima de los derechos de su progenitor, aunque, solamente con constatarse los datos estadísticos, se puede comprobar que la aplicación de tales medidas en la media nacional, es del todo tristemente insuficiente.

Son escasísimos los casos en los que se priva a un progenitor del ejercicio de la patria potestad o se restringe el derecho de visitas, exponiendo a los menores a un peligro del que se supone que el ordenamiento jurídico ha de protegerles. La carencia de la actividad impulsora del Ministerio Fiscal, la dejación en el cumplimiento de las funciones de protección de los menores y la discrecionalidad constatada en la Jurisprudencia, hacen que sea necesaria una reforma legal, que no deje a la suerte del criterio del juzgador la protección de los menores de su agresor, con más exigencias en la fijación de medidas relativas a la protección de los hijos, evitando minimizar las conductas violentas del padre agresor, tratando a los menores como víctimas directas de la situación de violencia. Al detectar el riesgo, han de imponerse las medidas que recoge el Código penal y la ley Integral de violencia de género y no se quede solo en una derivación de la entrega y recogida de los menores en un Punto de encuentro (que en muchas ocasiones tiene formación en materia de mediación familiar y no en violencia de género), valorándose negativamente el empeño de la madre en solicitar la suspensión de un régimen de visitas, con riesgo de que se considere una obstrucción del mismo que puede llevar aparejada la pérdida de la guarda y custodia, aún en los casos en que los menores se niegan a ir con el padre violento.

Los menores que son testigos de violencia son también víctimas directas de la misma que suele ocultarse en un Juzgado cuando se acusa de la existencia de un supuesto síndrome de alienación parental, no adverado por la Comunidad Científica Internacional, pero concepto éste último repetido en no pocas resoluciones judiciales.

En cuanto a la actividad judicial encaminada a detectar la posible violencia sufrida por los menores, las periciales psicológicas de los agresores se encaminan a analizar si existe alguna causa modificativa de la responsabilidad criminal, mientras que al examinar a las víctimas, incluso a los menores, el fin no es otro que valorar el grado de credibilidad de las mismas. Los equipos psicosociales adscritos al Juzgado, realizan un informe sobre el grupo familiar, pero, en numerosas ocasiones no entran a valorar la situación de violencia que pueden estar padeciendo los hijos y raramente recomiendan la suspensión o la limitación del régimen de visitas.

A pesar de contar, algunas Comunidades Autónomas, con servicios de atención y acogida a mujeres y los de atención psicológica a menores víctimas de violencia de género, estos recursos no son lo suficientemente específicos para tratar la violencia de género. En Andalucía, al menos, estos recursos ofrecen apoyo psicológico a los menores a partir de los 6 años y atienden a las madres orientándolas para abordar la problemática que presentan sus hijos, pero los profesionales que prestan esta tarea, generalmente contratados por asociaciones o empresas a las que la Administración ha adjudicado el servicio, no emiten informes ni acuden en calidad de peritos a juzgados para aportar sus valoraciones y recomendaciones con posibles soluciones ante la problemática detectada. Es conveniente que los programas de atención psicológica a los hijos de las víctimas de violencia de género se hagan extensivos a los menores de 6 años y que los diagnósticos y tratamientos que se ofrecen en estos servicios se pongan a disposición de los órganos judiciales que tienen competencia para dictar resoluciones que afecten a dichos menores

Lo que está claro es que es necesario formar a los profesionales que atienden a los menores y a los operadores jurídicos que forman parte en procedimientos donde se resuelven medidas que a éstos les atañe. A las dificultades para la detección de los casos de menores que están siendo víctimas de violencia se une la escasa formación que en este ámbito poseen los profesionales encargados de la atención y cuidados de estos niños y

niñas. El protagonismo de los profesionales se antoja vital en la detección de estas situaciones y solamente se conseguirá una intervención eficaz cuando aquellos gocen de una adecuada formación en la materia. De nada sirve la existencia de instrumentos legales y de mecanismos para combatir esta lacra social si los operadores jurídicos llamados a actuar desconocen el contenido de estas medidas o no han sido formados adecuadamente acerca de cómo detectar y abordar estas situaciones. Estos son los motivos por los que se considera necesario que los profesionales de los diferentes ámbitos que atienden a menores⁴⁵⁹ (sanitarios, jueces, fiscales, forenses, funcionarios de la Administración de Justicia, equipos psicosociales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, trabajadores sociales, trabajadores de punto de encuentro familiar, etc.) reciban una formación especializada en violencia de género para identificar estas situaciones e intervenir de manera adecuada.

Garantizar que cualquier operador jurídico que atiende o atenderá a un menor hijo de las víctimas de violencia de género tiene la formación especializada en esta materia con planes de formación bien estructurados y con un control de calidad que garantice una formación específica capaz de detectar los matices tan particulares que forman parte de la violencia de género. Esta formación habrá de ser obligatoria, previa al desempeño que las diferentes tareas de los operadores jurídicos a los que se ha hecho alusión, y continua.

Resulta significativo que la LO 1/2004, en su art. 44.5, tenga vedada la mediación al proceso familiar y, sin embargo, permita el proceso de mutuo acuerdo, lo cual, sin duda, constituye un evidente contrasentido: “en todos estos casos está vedada la mediación”. La LO 1/2004 la impide expresamente, argumentándose, para ello, dos razones esenciales: la primera, por su incardinación en la jurisdicción penal, donde tradicionalmente viene prohibida, y, la segunda y más importante, por la desigualdad de las partes, atendiendo a las relaciones de discriminación y dominio, etc. entre las partes, como expone la Exposición de Motivos de la citada Ley.

La formación específica en materia de violencia de género, que no en mediación familiar, a todos los operadores jurídicos que recalque la prohibición mediante el mencionado

⁴⁵⁹ En MARTÍNEZ MÁRQUEZ, M del M. *El régimen de visitas desde la práctica forense*. Ed Dykinson 2009

precepto legal de la mediación así como exigir que los operadores jurídicos que tienen esta formación en mediación (desde los jueces que admiten separaciones y divorcios de mutuo acuerdo hasta la mayoría de los psicólogos y trabajadores sociales de los Punto de Encuentro Familiar) hagan firme compromiso de no utilizarla para estos supuestos.

CONCLUSIONES, ANÁLISIS Y PROPUESTAS

La dificultad de la materia abordada, ha sido sobre todo la abundante y dispersa normativa y la, a veces, contradictoria jurisprudencia en materia de atribución o privación de la patria potestad, de guarda y custodia y régimen de visitas. En la praxis judicial, los pleitos que versan sobre la guarda de menores o sobre modificación de relaciones familiares revisten una mayor complejidad respecto al resto de los asuntos, pero en los casos en los que el progenitor ejerce violencia en cualquiera de los supuestos de violencia de género por encima de todo ha de primar la protección del interés superior del menor. No es posible olvidar el clima de terror en el que llega a vivir una víctima de violencia de género que convive con su agresor, en algunos casos, en una situación de violencia habitual física o psicológica que puede acabar en un crimen. Esta situación de terror es sufrida no solo por la víctima, sino también por los hijos, lo que en estos casos lleva a tener que configurar a ambos como víctimas directas del maltrato habitual que, en algunas ocasiones, acaba con el asesinato de uno de ellos o de ambos. El terror se configura así como una situación y sensación que la víctima y sus hijos viven en el hogar, lo que desde el punto de vista penal habrá de tener sus consecuencias

La normativa y la jurisprudencia analizada gira en torno al interés del menor. Esto significa que en los casos de violencia de género se adoptarán las medidas de suspensión o privación de la patria potestad o de la guarda y custodia o del régimen de visitas siempre que exista un riesgo claro de perjuicio para el menor⁴⁶⁰. Así lo regula la LO 1/2004 y se refleja en las distintas sentencias. Hay que dar un paso más y proteger a las mujeres víctimas de violencia de género. Para ello se dicta una orden de alejamiento, pero esto no es suficiente, lo que se ha de pretender es garantizar que el maltratador no pueda acceder a la mujer víctima. Por ello, en los casos en que se dicta una orden de alejamiento habría que plantearse suspender el régimen de visitas del progenitor maltratador para con sus hijos, pero no ya sólo porque exista riesgo para el menor, es decir, porque prime el interés del menor, sino también porque debe primar el derecho de la madre a su integridad física

⁴⁶⁰ RODA Y RODA, D. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad* Ed. Aranzadi 2014

y a su vida, que son derechos fundamentales de especial protección consagrados en el art. 15 de la Constitución, que cuando colisionan con el derecho de visita respecto de sus hijos e hijas del padre maltratador, deben prevalecer. Los derechos a la vida y a la integridad física de las mujeres víctimas de violencia de género se pueden poner en riesgo si como consecuencia de las visitas del maltratador a sus hijos, aunque sea en los Puntos de Encuentro Familiar, éste puede obtener información del paradero de la madre, por ejemplo. De tal modo que la suspensión del régimen de visitas puede tener como fundamento el riesgo para la vida de la mujer víctima de violencia de género. Su fundamento jurídico es el art. 15 de la Constitución española que garantiza el derecho a la vida como derecho fundamental, y como ha declarado el Tribunal Constitucional, la vida es un *prius* lógico y ontológico, porque sin vida no se puede ser titular del resto de derechos fundamentales.

Pero la realidad es que en el Código Penal actual y en el resto de la normativa, por mucho que se dé publicidad a un reconocimiento del menor como víctima de violencia de género por el hecho de convivir en un ambiente donde se haya desarrollado esa violencia, no tiene como sujeto pasivo al propio menor. Es más, existe la creencia, por la mayor parte de los órganos judiciales, que suspender un régimen de visitas por el mero conocimiento de unos hechos denunciados de violencia de género, sería utilizar al menor como medio y no como fin de protección.

En el estudio legislativo y jurisprudencial llevado a cabo se desprende que es necesario que existan, al menos, indicios fundados de haber cometido un delito de violencia familiar para que la guarda y custodia la conserve la madre, cuando no una resolución judicial que confirme esos indicios. Sin embargo, en muchos casos el ambiente conflictivo en el que se entra tras la ruptura de la pareja no es el más adecuado para el interés de los menores que pasan a ser víctimas de una nueva situación de violencia.

Hay que empezar por reconocer legalmente que los menores que viven situaciones de violencia en su hogar, son víctimas directas de esa violencia, tal y como establece el Convenio de Estambul, ratificado por España y vigente desde agosto de 2014, pero no sólo legalmente sino que esto se traduzca en la práctica judicial a la hora de aplicar la norma, que en la actualidad está suponiendo una excepción. Si bien es cierto que pueda haber algunos menores que no estén afectados, también hay que tener en cuenta factores

como el estereotipo social de que los padres nunca dañarán a sus hijos, admitido hasta por las madres maltratadas en algunas ocasiones. La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 27/2014, de 14 de abril, es especialmente interesante porque tiene en cuenta el daño a la menor de once meses, ya que, aunque aparentemente no tenga conocimiento o conciencia de los actos, el sufrimiento de la madre tiene incidencia en ella.

A continuación se expondrán cada una de las conclusiones llegadas tras este estudio y se ofrecerá una propuesta para una posible solución o mejora ante la problemática detectada:

1ª Conclusión.- Cualquier menor por el simple hecho de estar en un ambiente donde se ha ejercido violencia de género es un menor maltratado, por lo tanto merecedor de asistencia y ayuda específica acorde con sus características, aún cuando, en un principio, no parezca mostrar signos externos, sobre todo en los supuestos de menores testigos y, por supuesto, menores sobre los que también ha recaído la violencia física.

Propuesta.- Estos menores merecedores de una atención, por parte de los poderes públicos, distinta y complementaria de la que se les ofrece a sus madres, requieren la adopción de medidas necesarias para garantizar su protección y atención que aseguren una respuesta a sus necesidades específicas.

2ª Conclusión.- A pesar de contar, algunas Comunidades Autónomas, con servicios de atención y acogida a mujeres y los de atención psicológica a menores víctimas de violencia de género, estos recursos no son lo suficientemente específicos para tratar la violencia de género. En Andalucía, al menos, estos recursos ofrecen apoyo psicológico a los menores a partir de los 6 años y atienden a las madres orientándolas para abordar la problemática que presentan sus hijos, pero los profesionales que prestan esta tarea, generalmente contratados por asociaciones o empresas a las que la Administración ha adjudicado el servicio, no emiten informes ni acuden en calidad de peritos a juzgados para aportar sus valoraciones y recomendaciones con posibles soluciones ante la problemática detectada.

Propuesta.- Es conveniente que los programas de atención psicológica a los hijos de las víctimas de violencia de género haciéndolo extensivo a los menores de 6 años y que los diagnósticos y tratamientos que se ofrecen en estos servicios se pongan a disposición de

los órganos judiciales que tienen competencia para dictar resoluciones que afecten a dichos menores

3ª Conclusión.- Es necesario formar a los profesionales que atienden a los menores y a los operadores jurídicos que forman parte en procedimientos donde se resuelven medidas que a éstos les atañe. A las dificultades para la detección de los casos de menores que están siendo víctimas de violencia se une la escasa formación que en este ámbito poseen los profesionales encargados de la atención y cuidados de estos niños y niñas. El protagonismo de los profesionales se antoja vital en la detección de estas situaciones y solamente se conseguirá una intervención eficaz cuando aquellos gocen de una adecuada formación en la materia. De nada sirve la existencia de instrumentos legales y de mecanismos para combatir esta lacra social si los operadores jurídicos llamados a actuar desconocen el contenido de estas medidas o no han sido formados adecuadamente acerca de cómo detectar y abordar estas situaciones. Estos son los motivos por los que se considera necesario que los profesionales de los diferentes ámbitos que atienden a menores (sanitarios, jueces, fiscales, forenses, funcionarios de la Administración de Justicia, equipos psicosociales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, trabajadores sociales, trabajadores de punto de encuentro familiar, etc.) reciban una formación especializada en violencia de género para identificar estas situaciones e intervenir de manera adecuada.

Propuesta.- Garantizar que cualquier operador jurídico que atiende o atenderá a un menor hijo de las víctimas de violencia de género tiene la formación especializada en esta materia con planes de formación bien estructurados y con un control de calidad que garantice una formación específica capaz de detectar los matices tan particulares que forman parte de la violencia de género. Esta formación habrá de ser obligatoria, previa al desempeño que las diferentes tareas de los operadores jurídicos a los que se ha hecho alusión y continua.

4ª conclusión.- Resulta significativo que la LO 1/2004, en su art. 44.5, tenga vedada la mediación al proceso familiar y, sin embargo, permita el proceso de mutuo acuerdo, lo cual, sin duda, constituye un evidente contrasentido: “en todos estos casos está vedada la mediación”. La LO 1/2004 la impide expresamente, argumentándose, para ello, dos razones esenciales: la primera, por su incardinación en la jurisdicción penal, donde

tradicionalmente viene prohibida, y, la segunda y más importante, por la desigualdad de las partes, atendiendo a las relaciones de discriminación y dominio, etc. entre las partes, como expone la Exposición de Motivos de la citada Ley.

Propuesta.- La formación específica en materia de violencia de género a todos los operadores jurídicos que recalque la prohibición mediante el mencionado precepto legal de la mediación así como exigir que los operadores jurídicos que tienen esta formación en mediación (desde los jueces que admiten separaciones y divorcios de mutuo acuerdo hasta la mayoría de los psicólogos y trabajadores sociales de los Punto de Encuentro Familiar) hagan firme compromiso de no utilizarla para estos supuestos.

5ª Conclusión.- Uno de los principales obstáculos para abordar el fenómeno de los menores víctimas de violencia de género lo constituye la ausencia de datos sobre cuántos niños y adolescentes realmente están afectados por esta lacra social. La consecuencia de ello es que, la limitación y parcialidad de los datos, no permite conocer con exactitud la incidencia real del problema, lo que lleva a concluir que hay menores que están sufriendo las consecuencias de la violencia de género pero resultan invisibles para la sociedad. Desde esta perspectiva es necesario conocer con rigor y exactitud el alcance de la violencia de género en los menores. Unos datos cuyo análisis permita profundizar en el conocimiento del fenómeno, sus formas de manifestarse y los efectos y secuelas en los menores. En la última Macroencuesta del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se refleja que más de la mitad de los hogares en los que la mujer ha sido víctima de violencia física, vivían menores y el 64,2% de las mujeres reconocen que sus hijos también han sufrido directamente maltrato psicológico, físico o sexual, si bien hay que tener en cuenta que la mujer también ve las situaciones de violencia en su hogar desde un prisma con estereotipos. Tan sólo se conocen con exactitud, como mucho, los datos con resultado muerte, o bien se conocen los menores que han sido asesinados por su progenitor o el número de los que se han quedado huérfanos.

Propuesta.- Que los distintos organismos con competencia en la materia incluyan, obligatoriamente en sus estadísticas oficiales sobre violencia de género, todos aquellos datos disponibles que afecten a los menores que convivan o hayan convivido con el agresor y la víctima. Por ejemplo, que en la próxima Macroencuesta, se incorporara en efecto el números de menores hijos de las víctimas de violencia de género y en la

estadística del Poder Judicial, en cuanto a las medidas de protección, datos sobre el cumplimiento o quebrantamiento de estas medidas y de las penas privativas o de suspensión civiles impuestas. Esta información debe estar convenientemente recopilada, tratada y publicada de forma sistematizada.

6ª conclusión.- Se atisba un pequeño aumento en la adopción de medidas de protección a menores, si bien este aumento está provocado por menos de un 10% de todos los Juzgados del territorio nacional y, en general ese aumento es muy tenue habida cuenta del intento del legislador por poner en marcha tan numerosas reformas, por lo que es difícil establecer una conexión directa entre los cambios normativos y el aumento de medidas de protección, máxime cuando, tras la observación de los datos publicados por el poder Judicial se detecta que en los años 2010-2012 (en el marco de la redacción original de la LO 1/2004) es cuando más medidas de este tipo se adoptaron.

Propuesta.- Habrá que estar al análisis de futuros datos para determinar la eficacia de las reformas legislativas, pero sobre todo habrá que insistir nuevamente en que la solución, mientras persista la actual redacción de la normativa vigente, pasa por la formación de calidad de los operadores jurídicos y no jurídicos.

7ª conclusión.- El interés superior del menor víctima de la violencia de género debe ser el principio rector de la actuación de los poderes públicos en esta materia y para ello, entre otras medidas, es necesario garantizar el ejercicio del derecho del menor a ser escuchado y participar en los procesos de toma de decisiones que le afecte (como bien recogió la Sentencia TEDH, de 11 de octubre de 2016, asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España). Este principio exige una evaluación concreta e individualizada de las circunstancias que concurren en cada caso de menores víctimas de violencia de género y, tras la misma, establecer la medida administrativa o judicial correspondiente, teniendo siempre presente que, en todo caso, su interés se encuentra por encima de otros intereses en conflicto y contando siempre con la asistencia del Ministerio Fiscal.

Hay que tener presente que nuestro Derecho ya capacita a los menores con cierta madurez para realizar actos de relevancia jurídica y sin embargo no se les tiene en cuenta para adoptar una decisión de simplemente querer alejarse de un ambiente de violencia.

Así, por ejemplo, a partir de la edad de 12 años, se exige su consentimiento en el acogimiento (artículo 173.2 del Código Civil) y la adopción (artículo 177.1 del Código Civil) e incluso antes de esta edad, debe ser oído para adoptar estas decisiones (artículo 177.3.3º del Código Civil). Corrobora esta postura, la exigencia de audiencia de los mayores de 12 años y aún menores de esa edad, que tengan suficiente juicio, en los litigios sobre su custodia (artículos 92 y 159 del Código Civil) y en el ejercicio de la patria potestad sobre ellos (artículo 156 del Código Civil), así como para la constitución de la tutela (artículo 231 del Código Civil) y para la subsistencia de los vínculos con la familia de origen en la adopción (artículo 178 del Código Civil). También, en concreto, se le reconoce capacidad para intervenir en la oposición al régimen de relación con el padre, la madre, los abuelos, otros parientes y allegados (artículo 160 del Código Civil), que es el tema concreto con el que se enfrentan tras el cese de la convivencia de sus progenitores.

A los menores de 14 años la Ley les reconoce capacidad para realizar actos de la trascendencia de optar, aunque sea asistido por su representante legal, por la nacionalidad española (artículo 20.1.b del Código Civil), así como solicitarla por carta de naturaleza o residencia (artículo 21.3.b 43 del Código Civil) y jurar o prometer fidelidad al rey y obediencia a la Constitución Española y a las Leyes (artículo 23.a del Código Civil), al igual que renunciar a una anterior nacionalidad. Estos menores con 14 años pueden contraer matrimonio con dispensa y solicitar ésta (artículo 48 del Código Civil), reconocer un hijo, al menos con autorización judicial (artículo 121 del Código Civil), ejercer la patria potestad sobre sus hijos, con asistencia de sus padres o tutor (artículo 157 del Código Civil) o, en caso de desacuerdo o imposibilidad de los mismos, del Juez. También pueden testar (artículos 662 y 663 del Código Civil), otorgar capitulaciones cuando puedan casarse (artículo 1329 del Código Civil) con concurso de los padres o del tutor, salvo que se limiten a pactar regímenes de separación de bienes o participación y procesalmente pueden recibir notificaciones (artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

A los 16 años, mayoría de edad penal, los menores están capacitados para la administración ordinaria de su peculio (artículo 164.4 del Código Civil) y pueden prestar consentimiento en la enajenación de valores mobiliarios suyos por sus padres, (artículo

166 párrafo 3º del Código Civil). A esta edad pueden ser emancipados (artículo 320 del Código Civil), tanto por los titulares de la patria potestad sobre ellos, como por el Juez.

En la Exposición de motivos de la LO de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero) se alude a la Convención de los Derechos del Niño, para predicar una nueva filosofía en relación con el menor, reconociéndole un superior papel en la sociedad, con la exigencia de un mayor protagonismo. Es fundamental el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de su “capacidad progresiva para ejercerlos”, así como su “condición de sujeto de derechos” y no de mero objeto, como parece suceder en los casos en los que se tiene que decidir sobre la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas que le afecte. Dice la exposición de motivos, que el ordenamiento jurídico contiene una “concepción de las personas menores como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social” y “de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y de los demás”.

Por tanto, en aplicación de estos principios y en consonancia con estos preceptos, a los menores en general se les faculta para solicitar medidas cautelares para asegurar sus alimentos y evitarles perturbaciones dañosas, en los cambios de titularidad de la patria potestad, así como para, en general, apartarle de peligros o evitarle perjuicios (artículo 158 del Código Civil).

Propuesta.- Como puede apreciarse en los ejemplos que se acaban de citar la voluntad de los menores de edad debe ser muy tenida en cuenta, pues de lo contrario la audiencia de los mismos sería simplemente el cumplimiento de un trámite formal. Como mínimo su opinión ha de ser valorada de forma importante. Por todo ello, la resolución judicial dictada que afecte al menor ha de ser acorde a lo que el menor ha manifestado, que su derecho a ser escuchado no sea solamente un trámite a cumplir y que siempre se haga con todas las garantías de protección al menor, en un entorno adecuado y con la necesaria presencia del Ministerio Fiscal, que de no asistir hará necesaria la suspensión de dicha audiencia, que en la actualidad no está ocurriendo. También se propone que dentro del personal adscrito a los juzgados se contemple la figura de un profesional que en todo momento acompañe a la víctima de violencia de género, a la madre y el menor. Para minimizar los efectos de la victimización secundaria.

8ª Conclusión.- La presentación de una simple denuncia no es sino la comunicación al Juez o a la Policía de un hecho con apariencia de infracción penal que debe ser objeto de investigación y prueba para que dé lugar a los mecanismos de represión previstos en el Código Penal y en las leyes procesales. Pero cierto es que, en muchas ocasiones, la denuncia va acompañada de pruebas o indicios concluyentes que permiten atribuir el hecho a una persona concreta en cuyo caso la denuncia y las pruebas acumuladas al inicio de la investigación permitirán que el Juez de Instrucción adoptar medidas cautelares, al igual que también acuerda una orden de protección. Lo que está claro es que se conoce el número de menores fallecidos a manos de sus progenitores, pero se desconoce el número de menores maltratados y que el sistema actual no garantiza una protección urgente y equilibrada

Propuesta.- Por tanto, en los supuestos de violencia de género y violencia doméstica se ha de determinar el grado de afectación de los menores y proveer cuantas medidas resulten necesarias para su debida protección, incluyendo la privación o suspensión del régimen de visitas, guarda y custodia o patria potestad, persiguiendo el fin legítimo de la indemnidad del menor, siendo la medida necesaria para alcanzar esa finalidad, adecuada y proporcionada para alcanzarlo. Tal medida, al igual que cualquier otra tomada en una orden de protección o como medida cautelar ha de ser siempre en beneficio y para la protección del menor, debiendo en ese caso motivarse su adopción realizando el oportuno juicio de proporcionalidad, igual que se hace para las medidas adoptadas para la madre.

Sólo excepcionalmente, al contrario de lo que sucede en la actual práctica judicial, y tras la observancia de los indicadores de la afectación del menor, establecer visitas tuteladas a través de los Punto de Encuentro Familiar, si bien éstos habrán de contar con personal con formación especializada en violencia de género y donde se prohíba, para estos supuestos, la mediación familiar, práctica que en la actualidad no se está llevando a cabo.

9ª Conclusión.- Hasta ahora, son numerosos los supuestos de condenas firmes en los que se está concediendo al progenitor condenado un régimen de estancia, relación y comunicación tan amplios que pudieran solaparse con auténticas guardas y custodias compartidas, como puso de manifiesto la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012, al exponer un supuesto de hecho en el que así sucedía, pese a la prohibición

contemplada en el artículo 94 del C.C., cada vez son más los imputados por delitos de violencia sobre la mujer que en los procedimientos civiles solicitan la guardia y custodia compartida y que, si bien la misma es denegada por los jueces, no son pocas las ocasiones en las que se establecen regímenes de visitas tan amplios que «casi se iguala» así el tiempo de las visitas al tiempo de estancia de los hijos con el progenitor custodio. Una nueva perspectiva es determinante, máxime cuando se sabe que los menores, en muchas ocasiones, son utilizados por el agresor para seguir ejerciendo violencia contra la madre con aquello que más le duele.

Resulta chocante que la característica principal, con el criterio a favor del Tribunal Supremo, para la adopción de medidas de protección a menores, sea la excepcionalidad, cuando el propio legislador ha insistido en ellas en la Ley Orgánica 1/2004 (artículos 61, 65 y 66), el Código penal, la LECrim (artículo 544 quinquies), la nueva redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, entre otras modificaciones.

Propuesta.- La solución, para los supuestos de violencia de género, quizá sería optar por ampliar la prohibición de forma genérica al régimen individual de guarda y también al de estancias o visitas e, incluso, a la comunicación del progenitor con el menor, sin que resulte necesario justificar estas medidas, configurando estos supuestos como de peligro o daño automático al menor. Para que tengan lugar las prohibiciones indicadas en este supuesto, se requiere la concurrencia de unos tipos penales determinados: atentar contra la vida, la integridad física o psíquica, la libertad e indemnidad sexual de la pareja o de los hijos, en resumen, que concurra ser investigado en cualquier delito por violencia de género.

Así, al menos, se dejaría abierta la puerta a permitir, aun en tales supuestos de condenas, un régimen de estancias, relación y comunicación del progenitor condenado con el menor, pero “excepcionalmente”, el Juez podría establecer, si lo considerase conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a la concurrencia de los tipos anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos. La acepción indicada en el texto propuesto “excepcionalmente”, habrá de interpretarse conjuntamente o en relación con el interés superior del menor. El carácter excepcional no ha de entenderse en relación a la medida

de estancias, relación y comunicación, sino como inversión de la carga probatoria, debiendo el progenitor probar mediante pericial, testifical, audiencia del menor, documental, etc. que, pese a la condena, el mantenimiento de la relación con el hijo es beneficiosa o conveniente al menor. Si el juez establece dicho régimen de estancias, relación y comunicación, éste debe atender, necesariamente, al interés superior del menor, a los criterios anteriores, sobre el delito cometido, y al riesgo para el menor.), atendiendo al concepto de riesgo del artículo 95.1.2º CP: “Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.” En todo caso en las sentencias en las que se acreditara la habitualidad quedará excluido el régimen de visitas.

Dicho precepto, incluido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, quedaría del siguiente modo:

El Juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Excepcionalmente, una vez valorado el grado de afectación y riesgo de los menores y siempre contando con la voluntad de éstos, establecerá visitas tuteladas a través de los PEF que cuenten con personal con formación especializada en violencia de género y prohibiéndose la mediación familiar.

Una vez recaiga sentencia firme, de ser condenatoria por violencia de género, quedará excluido cualquier régimen de estancia, relación o comunicación del condenado respecto a los menores que dependan de él con la excepción de darse las circunstancias recogidas en el apartado anterior y siempre y cuando no haya habido lesiones graves ni habitualidad”.

10ª Conclusión.- La disparidad de pautas o regulaciones también se evidencia en materia tan sensible como la violencia ejercida sobre los menores. Queda demostrado que los episodios violentos acaecidos sobre la madre respecto del menor, tienen en aquél consecuencias, por ello no es equivocado pretender denegar la posibilidad de otorgar la custodia, o las estancias en favor del padre infractor, sin necesidad de entrar a hacer una valoración de las circunstancias concurrentes al caso. Otro tanto puede decirse, desde la óptica procesal, respecto a los informes técnicos. Esta disfunción provoca que las comparencias del menor y los informes técnicos sean diferentes o atiendan a criterios diferentes en función del lugar o del Juez dirige el proceso. Lo deseable hubiera sido que el legislador hubiera afrontado, de manera inmediata, estas disfunciones, lo que, sin duda, habría mitigado o impedido la profusa regulación territorial en la materia que se aborda, la cual ha generado la implantación de distintas soluciones en función de la ley sustantiva

aplicable al menor o su residencia, en un “abanico legal” y en una práctica judicial que puede constatarse por la falta de unidad de pautas o criterios a la hora de evaluar el interés superior del menor.

Propuesta.- El Estado debería concienciarse sobre la necesidad de regular, de forma unitaria, toda la normativa de protección del menor, así como de implantar las herramientas necesarias para que la evaluación del riesgo sobre el menor sea una realidad, pues poco podrá hacer el Juez, más que pronunciarse, si no cuenta con los medios materiales y humanos adecuados (como sabemos, los equipos psicosociales son insuficientes y, por tanto, están colapsados) que le permitan ser informado respecto a la citada valoración. En los supuestos de violencia de género en los que también se ven afectados los menores hay que regular concretando no dejando mayor espacio a la interpretación que el de la excepcionalidad.

Conclusión final.-

La elasticidad de la pena objeto de este estudio, que deja a la discrecionalidad del juzgador su imposición; la disposición de la pena de prisión, que se configura cuantitativamente entre un mínimo y un máximo temporal para los casos de penas accesorias, sin olvidar la posibilidad de conformidad por parte de la defensa del agresor en los diferentes momentos procesales oportunos, y, posteriormente, la permanente revisión de la pena de prisión; la justicia restaurativa, con la reparación del daño causado a la víctima, en la medida de lo posible y la mediación penal (teniendo en cuenta la prohibición de ésta en los supuestos de violencia de género, prohibida expresamente), con la finalidad de reducir, suspender o sustituir la pena u obtener beneficios penitenciarios, hacen que en la práctica judicial, la aplicación de la pena de privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio sea una excepción y en casos de muy extrema gravedad.

Por añadidura, con respecto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, una vez cesada la causa que la motivó, que al imponerse como pena accesoria suele ser la pena de prisión, se recupera dicho ejercicio de la patria potestad de manera automática, sin juzgar si es conveniente o no, en ese momento su restauración.

Salvo escasísimos supuestos tasados, en los que el mandato de la ley obliga, en caso de probarse la culpabilidad del agresor, el juzgador, haciendo uso de su facultad potestativa,

decide discrecionalmente sobre la privación, inhabilitación o limitaciones al ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia y el derecho a un régimen de visitas, reforzando la independencia del Poder Judicial su discrecionalidad.

Son escasísimos los casos en los que se priva a un progenitor del ejercicio de la patria potestad o se restringe el derecho de visitas, exponiendo a los menores a un peligro del que se supone que el ordenamiento jurídico ha de protegerles. La carencia de la actividad impulsora del Ministerio Fiscal, la dejación en el cumplimiento de las funciones de protección de los menores y la discrecionalidad constatada en la Jurisprudencia, hacen que sea necesaria una reforma legal, que no deje a la suerte del criterio del juzgador la protección de los menores de su agresor, con más exigencias en la fijación de medidas relativas a las protección de los hijos, evitando minimizar las conductas violentas del padre agresor, tratando a los menores como víctimas directas de la situación de violencia. Al detectar el riesgo, han de imponerse las medidas que recoge el Código penal y la ley Integral de violencia de género y no se quede solo en una derivación de la entrega y recogida de los menores en un Punto de encuentro (que en muchas ocasiones tiene formación en materia de mediación familiar y no en violencia de género), valorándose negativamente el empeño de la madre en solicitar la suspensión de un régimen de visitas, con riesgo de que se considere una obstrucción del mismo que puede llevar aparejada la pérdida de la guarda y custodia, aún en los casos en que los menores se niegan a ir con el padre violento.

Los menores que son testigos de violencia son también víctimas directas de la misma que suele ocultarse en un Juzgado cuando se acusa de la existencia de un supuesto síndrome de alienación parental, no adverdado por la Comunidad Científica Internacional, concepto éste último repetido en no pocas resoluciones judiciales.

En cuanto a la actividad judicial encaminada a detectar la posible violencia sufrida por los menores, las periciales psicológicas de los agresores se encaminan a analizar si existe alguna causa modificativa de la responsabilidad criminal, mientras que al examinar a las víctimas, incluso a los menores, el fin no es otro que valorar el grado de credibilidad de las mismas. Los equipos psicosociales adscritos al Juzgado, realizan un informe sobre el grupo familiar, pero, en numerosas ocasiones no entran a valorar la situación de violencia

que pueden estar padeciendo los hijos y raramente recomiendan la suspensión o la limitación del régimen de visitas.

Habría que tomar medidas con modificaciones legislativas incluidas, ya que nuestro ordenamiento jurídico contiene instrumentos que, en teoría, deberían resultar suficientes para proteger a los menores de la violencia, pero en la práctica se constata que no es así.

De no hacerse estas modificaciones legislativas y confiar en las ya realizadas como suficientes, exponer que el éxito de éstas depende, en gran medida, de la concienciación tanto del juzgador como de fiscales y demás operadores jurídicos en favor del interés supremo del menor, protegiéndole de toda violencia, muy por encima de los derechos de su progenitor, aunque, solamente con constatar los datos estadísticos, se puede comprobar que la aplicación de tales medidas en la media nacional, es del todo tristemente insuficiente.

Acabar con una reflexión: Quizás a una madre, víctima de violencia de género, que no se le garantice la seguridad de sus hijos tras la separación o divorcio no dé el paso para denunciar y si lo ha hecho, al ver que los menores van con el que bien conoce como agresor sin su posible protección, sirva como motivo, entre otros, para retirarla. ¿Qué le importa más a una madre que la seguridad y el bienestar de sus hijos?

BIBLIOGRAFIA

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2005. nº 15.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en FARALDO CABANA, P., *Política criminal y reformas penales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ACALE SÁNCHEZ, M. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Editorial: Tirant lo Blanch 1ª Edición 1999
- ACALE SÁNCHEZ, M. “El niño como víctima de los malos tratos en el ámbito familiar” *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 4, 2003, ISBN 84-8373-558-X, págs. 11-38
- ACALE SÁNCHEZ, M. “Víctimas de violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”. *Mujer, violencia y Derecho*. Universidad de Cádiz, 2006 pp. 93 y ss.
- ACALE SÁNCHEZ, M. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Madrid, 2006.
- ACALE SÁNCHEZ, M. “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008
- ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal” en Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, Nº. 7, 2009, pp.. 37-73.
- ACALE SÁNCHEZ, M. “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador” *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, 2009, pp. 65 y ss.
- ACALE SÁNCHEZ, M. “La reforma del delito de quebrantamiento de condena”. *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ALVAREZ GARCIA, GONZALEZ CUSSAC (Dir.). Tirant lo Blanch 2010
- ACALE SÁNCHEZ, M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Ed Tirant lo Blanch, 2013

- ACALE SÁNCHEZ, M^a. Y GÓMEZ LÓPEZ, R.: *Derecho Penal, Género y Nacionalidad*, Granada, 2015.
- ACALE SÁNCHEZ, MARÍA.: *Derecho penal, género y nacionalidad*. Ed. Comares, 2016
- ACUÑA SAN MARTÍN, M. *El derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Dykinson. Madrid, 2014
- ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R. M. *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*. Ed. Hipalex, 2016
- AGUILAR REDORTA, D. “La infancia víctima de violencia de género”, III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, 2009.
- AGUILAR REDORTA, L.; ESCUDERO NAFS, A.; POLO USAOLA, C.; LORENTE ACOSTA, M.; HERNANZ ARANDA, A.; y VITUTIA CIURANA, G.: *Aclaraciones sobre el "síndrome de alienación parental"*. (2007).
- AGUILAR SALDÍVAR, A. *El síndrome de alienación parental y sus implicaciones en el binomio tenencia-régimen de visitas*. Derecho y Cambio Social. Año 6, nº 19, 2009
- ALASTUEY DOBÓN, M del C., ESCUCHURRI AISA, E. “La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español: de la aprobación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género a la reforma del Código Penal de 2015”. *Revista de Derecho Penal* nº 23, 2015 pp. 27-78
- ALBERDI I, MATAS, N. “La violencia doméstica, informe sobre los malos tratos a mujeres en España”, *Colección Estudios Sociales* nº 10, Fundación La Caixa, 2002.
- ALBERTÍN CARBÓ, P. “Psicología de la victimización criminal” en SORIA, M.A. y SAIZ, D. *Psicología criminal*. Pearson educación, Madrid, 2006
- ALCACER GUIRAO, R.: *Trata de seres humanos, persecución penal y protección de víctimas*. Ed. Edisofer, 2016
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, en BENÍTEZ OTÚZAR, F.: *Reforma del Código penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, I, Madrid, 2.
- ÁLVAREZ, P. “Maltrato y abuso sexual en niños y adolescentes”. Eds. Montenegro y Guajardo (Eds.). *Psiquiatría del niño y del adolescente*, 602-615. Santiago. Mediterráneo.2000
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. “La víctima de la violencia de género y la atribución de la vivienda

familiar” *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles y laborales*. Lex Nova. Valladolid 2009

AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE i MESTRE, R. “Violencia sobre las mujeres. Discriminación, subordinación y derecho”. En BOIX REIG, J. / MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords.) *La nueva Ley contra la violencia de género*. Madrid: Iustel. 2005.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. AA.VV. Madrid 2006, pp. 168-169

ARCH MARÍN, M., JARNE ESPARCIA, A., MOLINA BARTOMEUS, A. “Criterios de decisión para las recomendaciones de guarda y custodia de los hijos” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008

ARMENGOT VILAPLANA, A. “De la intervención judicial en relación con la patria potestad” *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*. Nº 116, 2015 p.4

ARRUBARENA, M^a. I, DE PAUL, J. *Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento*. Pirámide, Madrid 1994

ASENSI PÉREZ, L.F. “Violencia de género: consecuencias en los hijos”. Jornadas de la Audiencia Provincial de Alicante: talleres informativos a víctimas de violencia de género.2006.<http://www.psicojurix.com/pdf/JORNADASALICANTEVIOLENCIAGENERO.pdf>

ASENSI PÉREZ, L.F. “Violencia de género: consecuencias en los hijos”. *Revista Psicológica Científica*, 9, 2007 p. 1-11

ASENSI PÉREZ, L.F. “La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género”. *Revista internauta de práctica jurídica*, 2008

ATENCIANO JIMÉNEZ B. “Menores expuestos a Violencia contra la Pareja: Notas para una Práctica Clínica Basada en la Evidencia”. *Clínica y Salud*. 2009

AZZIZ-BAUMGARTNER, EDUARDO; MCKEOWN, LORETA; MELVIN, PATRICE; DANG, QUYNH; REED, JOAN. Rates of Femicide in Women of Different Races, Ethnicities, and Places of Birth: Massachusetts, 1993-2007. *Journal of Interpersonal Violence*, p.1077-1090 Marzo 2011.

BALLESTEROS MORENO, M.C. “Tutela judicial” *Estudios sobre la Ley Integral contra la violencia de género*. ARANDA E. (Director) Dykinson S.L. Madrid 2005, p. 137

BANCROFT, L., with SILVERMAN, J.G. “The Batterer as Parent: Addressing the Impact of Domestic Violence on Family Dynamics “. 2002.

- BARRAGÁN CÁMARA, M. T. *Menores víctimas de violencia de género. Estudio de una propuesta basada en entrevistas a expertos, desde la mediación familiar*. Facultad de Trabajo Social. Universidad de Jaén
- BARRIOS BAUDOR, G. L. (dir.), RIVAS VALLEJO, M. P. (dirs.) *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2ª edición. Ed. Aranzadi, 2014
- BAYARRI, E., EZPELETA, L. Y GRANERO, R. (2011). “Exposure to intimate partner violence, psychopathology, and functional impairment in children and adolescents: moderator effect of sex and age”. *Journal of Family Violence*, 26, p. 535-543. 2011
- BELTRÁN MOLTALVO, L. Séptimas Jornadas Nacionales sobre Víctimas del Delito y Derechos Humanos “seguridad pública”. México 2010. Primera edición: marzo, 2010 ISBN: 978-607-7888-30-7, pp 124 -127.
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. “Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual” *ADPCP*. VOL. LII, 1999
- BERBELL, C. “La violencia doméstica en el mundo”. En AA.VV. *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial. 2005.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 160 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, T. II, Tecnos, Madrid, 1984
- BERROCAL LANZAROT, A. I. “La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 723, 2011, pp. 479-535
- BILBAO BERSET, J. *La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*. Atelier. Barcelona, 2014
- BLANCO CARRASCO, B. “Los Punto de Encuentro Familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores” *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 21, 2008 p. 39-40
- BLASCO, C., SAVALL, SÁNCHEZ Y MARTÍNEZ, M. “Violencia de pareja: Papel del sistema sanitario jurídico y social en la recuperación de la salud integral de la mujer víctima”. Congreso Internacional de Violencia de Género Medidas y Propuestas para los 27. Comunidad Valenciana 2007
- BODELÓN, E. “La custodia compartida desde un análisis de género. Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”. *La custodia compartida a debate*. PICANTÓ NOVALES, M. T./ ALMEDA SAMARACH, E. (Coords.) Dykinson, 2012
- BOIX REIG, J. (dir.), GARCIA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO

LEAL, A., DOVAL PAIS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLLO, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S. *Derecho Penal Parte Especial, Vol. I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal. 2ª edición. Ed. Iustel, 2016*

BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica o de género”. *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9. 2007.

BOLVOBA PASAMAR, M.A, “Delitos de corrupción de menores”, EN ROMEO CASABONA, C.M., *Derecho penal. Parte especial*, Granada 2016, p. 223 y ss

BOLVOBA PASAMAR, M.A, “Los delitos relativos a la prostitución”, en ROMEO CASABONA, C.M., *Derecho penal. Parte especial*, Granada 2016, p. 217 y ss;

BONINO MÉNDEZ, L. “Violencia de género y prevención. El problema de la Violencia Masculina”. boncov@interplanet.es. 2000

BOSCH-FIOL, E. y FERRER-PÉREZ, V.A. “Nuevo mapa de mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI” Universidad de las Islas Baleares. *Psicothema* 2012 Vol.24, nº 4 pp. 548-554

BURBANO, Mª M., PONCE, J.A.” Aspectos médico forenses en los abusos sexuales a menores”. *Fundación Márgenes y vínculos* 2001

CABEDO MALLOL, V.J., RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coords.) *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Tirant lo Blanch, 2016

CABRERA GÁRATE, R. “Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar contemplado en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la víctima de violencia de género” *Revista Jurídica de Canarias*, nº 2, 2006 pp. 15-28

CABRERA MERCADO, R. y CARAZO LIÉBANA, Mª JOSÉ. “Análisis de la legislación autonómica sobre violencia de género”. *Documentos contra la Violencia de Género* nº 5. Ministerio de Igualdad. 2010

CAMPO IZQUIERDO, A.L. “Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica de los Punto de Encuentro Familiar”, *AC*, 2010-I, p.10 y ss.

CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal*, núm.6, 2000 p. 26,

CANTÓN, J., CORTÉS, M.R, JUSTICIA, MD. *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos*. Madrid: Pirámide. 2002

CANTÓN, J., CORTÉS, M.R., JUSTICIA, M.D., Y CANTÓN, D. *Violencia doméstica, divorcio y adaptación psicológica. De la disarmonía familiar al desarrollo de los hijos*. Madrid: Pirámide. 2013

- CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*. Editorial de Derecho Reunidas 1991
- CARMONA SALGADO, C. “La violación como episodio concreto del maltrato doméstico a la luz de la jurisprudencia más reciente”. En *Estudios penales sobre violencia doméstica*. SUAREZ LOPEZ, M.J.; GARCÍA VITORIA, A.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. CARMONA SALGADO, C.; MORILLAS FERNÁNDEZ, D.; OTROS. ISBN: 8484940519. 2006, p. 509-528
- CARMONA SALGADO, C. “Trata de seres humanos para su explotación sexual. Argumentos a favor de una regulación española que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución voluntaria”. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitencia* rio nº 113, 2015
- CARMONA SALGADO, C. “A propósito de la desafortunada reconversión de la falta de injurias en el “delito leve” sobre violencia familiar habitual del art. 173.2 CP (LO 1/2015, de 30 de marzo)” *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo / coord. por BACIGALUPO SAGGESE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., ECHANO BASALDUA, J. I.* 2016, pp. 781-794
- CASADO APARICIO, E., 2012, “Tramas de la violencia de género: sustantivación, metonimias, sinécdoques y preposiciones”, en *Papeles del CEIC*, vol. 2012/2, nº 85, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), Universidad del País Vasco, 2012
- CASAS SÁNCHEZ, J. de D., RODRÍGUEZ ALBARRÁN, M.S. “Valoración médico-forense de la mujer maltratada” *Revista española de medicina legal*. Vol. 36, nº 3, 2010 pp. 110-116
- CASTELLANO ARROYO, M. “Aspectos médico-legales de los malos tratos domésticos”. *Actualidad médica*, T. 86, nº 755, 2000, pp. 87-97
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección, Poder judicial*, 1994, pp. 45-68
- CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte General: Introducción*. Madrid: Tecnos. 2004.
- COBO PLANA, J.A. *Manual de actuación sanitaria, policial, legal y social, frente a la violencia doméstica*. Ed. Masson. Barcelona, 1999
- COOK, R. y CUSACK, S. *Estereotipos de género Perspectivas Legales Transnacionales*. University of Pennsylvania Press, 2009
- CORBALÁN, J., PATRÓ, R. “Consecuencias psicológicas de la violencia familiar: mujeres maltratadas e hijos de hogares violentos”. II Jornadas sobre Mujer y Salud: Interacción de los contextos familiar y laboral. En ORDÓÑEZ, M. P. Y GONZÁLEZ, P. (Eds.) *Revista Clínica de Medicina de Familia*. Murcia. 2003

- CORBALÁN Y PATRÓ, R. En Patró Hernández, R., Limiñana Gras, RM. “Víctimas de Violencia Familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres Maltratadas”. *Anales de Psicología*, Junio, año 2005/Vol.21. Nº 001. Universidad Murcia. España p.11-17
- CORSI, J. “La violencia en el contexto familiar como problema social”. En J. CORSI. *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Paidós. 2003.
- CORSI, J. *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Paidós. 2003
- CUADRADO RUIZ, M^a A., "Housewives on strike", en *HOPE'87 Newsletter*, nº 2, Viena 1992.
- CUADRADO RUIZ, M.A. y REQUEJO CONDE, C. “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2000, p. 1560-1566
- CUADRADO RUIZ, M^a Á., “La posición de garante”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2^a época, nº 6, julio 2000, pp. 11-68.
- CUADRADO RUIZ, M^a Á., "Interceptaciones telefónicas y nuevas tecnologías", en *Cuadernos Jurídicos*, nº 1, Octubre 1992, págs. 66-72
- CUADRADO RUIZ, M^a Á., “Las lesiones” en ZULGADÍA ESPINAR, J, M y MARÍN DE ESPINOSA, E, (dir) *Derecho Penal Parte Especial*, 3^a Ed. Valencia 2010
- CUADRADO RUIZ, M^a Á., “Violence against women. Forced marriages”. The seventh session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era. Paper Collection. Beijing, 2015.
- CUADRADO RUIZ, M.Á. *Cuestiones Penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*. Ed. Dykinson, S.L. 2016
- CUADRADO RUIZ, M^a Á., “El delito de matrimonio forzado” en PÉREZ ALONSO, E., *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 p. 495-515.
- CUBELLS, J.; CASALMIGLIA, A.; ALBERTÍN, P. “El ejercicio profesional en el abordaje de la violencia de género en el ámbito jurídico-penal: un análisis psicosocial”. Universitat Autònoma de Barcelona y Universitat de Girona. *Anales de psicología* vol. 26 nº 1 (enero), 2010, pp. 369-377
- CUENCA SANCHEZ, J.C., «El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación», *La Ley*, 1991 p. 1185.
- CYRULNIK, B. *El amor que nos cura*. Ed- Gedisa, Barcelona.2008

- DE CASTRO MARTÍN, R. “El interés superior del Menor. Análisis del Sistema de protección de menores en el ámbito del Sistema judicial.” Observatorio de la Infancia de Andalucía. Sevilla, 2011
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V. “Acoso y Derecho Penal”. *Eguzkilore*, núm. 25. San Sebastián. 2011
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Torturas y otros atentados contra la integridad moral”. File:///C:/Users/Usuario/Desktop/JOSE%20LUIS%20DE%20LA%20CUESTA%20ARZAMENDI.pdf
- DE LA FUENTE ROBLES, Y. M. y RIOS CAMPOS, P. *Violencia social: Mujeres y Jóvenes*. Universidad de Jaén. Servicio de Publicaciones.
- DEMETRIO CRESPO, E., RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., ACALE SÁNCHEZ, M. Y OTROS *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. Ediciones Experiencia, S.L., 2016
- DE LOS SANTOS Y SANMARTÍN, En EZPELETA, L. *Factores de riesgo en psicopatología del desarrollo*. Ed: Elsevier. 2005
- DÍAZ HUERTAS, J. A. “El maltrato infantil en la historia”. En J. CASADO, J.A. DÍAZ HUERTAS Y C. MARTÍNEZ. *Niños maltratados*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos.1997, p. 10-50.
- DIEZ GARCÍA, H. “Comentario al art. 158 del Código Civil “. *Comentarios al Código Civil Tomo II* (arts. 152 a 360). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) Tirant lo Blanch. Valencia 2013
- DURÁN FEBRER, M. “Análisis Jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. *Revista Artículo 14*. nº 17. Instituto de la Mujer. 2004.
- ECHEBURÚA, E., CORRAL, P. *Manual de violencia familiar*. Editorial siglo XXI. 1998
- ESCUADERO NAFS, A., AGUILAR REDORTA, L, DE LA CRUZ, J. “La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) Terapia de la amenaza” *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. Vol. 28, nº 102, 2008 pp. 285-305
- ESPINOSA BAYAL, M. A. *Las hijas e hijos de mujeres maltratadas: consecuencias para su desarrollo e integración escolar*. Bilbao: Instituto Vasco Mujer. Gobierno Vasco. 2004
- ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- FARALDO CABANA, P. “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de

género”, en MUÑOZ CONDE, F., (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008.

FARALDO CABANA, P. *Los delitos leves*. Tirant lo Blanch, 2016. VICENTE MARTÍNEZ, R. de. *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*. Ed. Bosch, 2015

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ LIÉVANA, G. *Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: el papel del Comité CEDAW en la eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación*. Socio legal Series. Oñati, 2015.

FLORES RODRÍGUEZ, M. “La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores”. *La Ley Penal*, núm. 90, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2012, Editorial LA LEY (edición electrónica)

GARCÍA ÁLVAREZ, C., LÓPEZ CASTRO, R. CURIEL LÓPEZ DE ARCAUTE, A. *Violencia doméstica, aspectos médico-legales*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Universidad de Valladolid. 2006.

GARCIA ALVAREZ, P. *La víctima en el derecho Penal Español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

GARCÍA PRESAS, I. *La patria potestad*. Dykinson, 2013

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. “La orden europea de protección a la luz de la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: emisión y ejecución en España”. *La Ley Unión Europea*, núm. 41, 2016

GARCÍA RUBIO, P. “Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles en la orden de protección”. *La Ley*. Núm. 6041, 2004.

GARDNER, Richard. *Aproximaciones legales y psicoterapéuticas al Síndrome de Alienación Parental*. 1985

GIL ANTÓN, A. M., “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, España, 2015, pp. 275-319

GIL ANTÓN, A. M., “De los delitos contra la intimidad personal y familiar y delito informático, de acuerdo con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 39, España, 2015, pp. 27-57

GIL RUIZ, J.M. “Derechos humanos, violencia de género y maltrato jurídico. Bases para entender el tratamiento integral de la Violencia de Género”. <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/JUANA%20GIL.pdf>

- GISBERT POMATA, M., DÍEZ RIAZA, S. “El tratamiento procesal penal de la violencia de género” En *Violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*. GARCÍA-MINA FREIRE, A. (Coord) Universidad Pontificia de Comillas. Madrid 2010, p. 95
- GÓMEZ NAVAJAS, J. “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 11, 2004, págs.45-87
- GÓMEZ NAVAJAS, J “¿Existe una protección penal adecuada frente a los malos tratos? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 CP”, Análisis jurídico de la Violencia contra las mujeres, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004, págs. 63-119
- GÓMEZ NAVAJAS, J. “La violencia de género a golpe de click“, artículo presentado y premiado con una mención especial por su temática innovadora en el IV CONGRESO PARA EL ESTUDIO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. El impacto de las TICs en la Violencia contra las mujeres [JU1302 H], celebrado en Sevilla durante los días 25 y 26 de noviembre de 2013
- GÓMEZ RIVERO, M^a C., *La responsabilidad penal del médico*. 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- GOMEZ DE TERREROS, I. *Los profesionales de la salud ante el maltrato infantil*. 2^a ed. Editorial Comares. Granada 1997
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.); GÓRRIZ ROYO, E.; MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2^a edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los Punto de Encuentro Familiar y la orden de alejamiento” *La Ley*, 2008-4, D-238, p. 1781-1791
- GONZALEZ ORVIZ, M. E. *Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental*. Ed. Bosch, 2010
- GRACIA FUSTER, E., MISITU OCHOA, G. ”Los malos tratos en la infancia. Lecturas técnicas”. *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1999
- GRACIA FUSTER, E. *Víctimas invisibles de la violencia familiar, el extraño iceberg de la violencia doméstica*. Ed. Paidós, 2002
- GRANADOS PÉREZ, C. *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la Jurisprudencia. Años 1991-2016. Actualizados hasta julio de 2016*. 2^a ed. Tirant lo Blanch. 2017
- GUERRINI, R. *I maltrattamenti al di fuori della famiglia. Art. 572 c.p. e nuove emergenze di tutela*. Siena, 2010

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género”, en HOYOS SANCHO, M. de (Coord.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova 2009, pp. 203-230
- GUILARTE MARTIN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tirant lo Blanch. Valencia 2014
- GUTIÉRREZ ROMERO, F.M. “Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, LA LEY, 2010.
- HERRÁN ORTIZ, A.I., “Nueva perspectiva de la protección jurídica del menor. La experiencia legislativa española” en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*. T.I Parte sustantiva LLEDÓ YAGÜE, F., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (directores). Madrid, DYKINSON, 2011, pág. 468.
- HERRERO HERREO, C. *Criminología parte general y especial*. 3ª. Edición, aumentada y actualizada. Madrid, 2007 Dykinson.
- HIRIGOYEN, M-F. *El maltrato en la vida cotidiana*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2003.
- HIRIGOYEN, M-F. *Mujeres maltratadas*. Paidós, Barcelona, 2006
- HOLDEN, G. W. “Children Exposed to Domestic Violence and Child Abuse: Terminology and Taxonomy”. *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6, p. 151-160. 2003
- HOLT, S., BUCKLEY, H., WHELAN, S. “The impact of exposure to domestic Violence on children and young people: A review of the literature”. *Child Abuse & Neglect*, 32, 2008
- HORNO GOICOECHEA, P. (Coord.) SAVE THE CHILDREN *Abuso sexual infantil: Manual de formación para profesionales*
- HURTADO YELO, J. J. “Dificultades probatorias en la valoración del testimonio de la víctima”. *La Ley*, nº 7260, 2009.
- IGLESIA MONJE, M.I. de la “Alteración del régimen de visitas de los progenitores”, en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, núm 712. Vlex, 2009, pp 925- 931
- IGLESIA MONJE, M.I. de la. Privación de la patria potestad. Incumplimiento de deberes familiares. *Revista crítica de derecho inmobiliario*. Año núm. 81, nº 690, 2005 pp. 1433-1439
- IGLESIA MONJE, M. I. de la “La Ley Orgánica de modificación del sistema de

protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés” *Diario La Ley* Núm 8590, Sección Documento on-line, 24 de julio de 2015

- IGLESIAS SKULJ, A, PUENTE ABA, L.M.: *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Ed. Comares, Granada, 2012
- JIMÉNEZ SOLIS, A. (y cols). “Implantación del programa de violencia doméstica”. *Episteme* nº 12 Año 3, octubre 2007 - 2008.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil I, Parte General, Vol 3º Familia*. Ed. Dykinson, 3ª ed., Madrid, 2005
- LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil I, Parte General, Tomo IV Familia*. Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2009
- LAFONT NICUESA, L. (Coord), BARES BONILLA, P., VILLACAMPA ESTIARTE, C., y otros, *Los Delitos de Acoso Moral: Mobbing, Acoso Inmobiliario, Bullying, Stalking, Escraches y Ciberacoso*. Ed. Tirant lo Blanch, 2017
- LAMO RUBIO, J. “La nueva orden de protección de las víctimas de violencia doméstica instaurada mediante la LO 27/2003”. *Revista de Actualidad Penal* nº 42. 2003.
- LARA AGUADO, ÁNGELES.: *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual*. Ed. Aranzadi, S.A, Navarra, 2012
- LARRAURI PIJOAN, E. “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia”, en LAURENZO COPELLO, P, MAQUEDA ABREU, M.L., RUBIO CASTRO, A. *Género, violencia y derecho*. Valencia Tirant lo Blanch, 2008, pp. 311-327
- LARRAURI PIJOAN, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?” *Revista de derecho penal y criminología*, nº 12, 2003
- LARRAURI PIJOAN, E. “Dogmática y Ley penal”. En LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coords.). *Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons. 2004.
- LAURENZO, P , MAQUEDA, M.L, RUBIO, A. *Género, violencia y derecho* (coordinadoras), Ed. Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2008
- LEEB, R., PAULOZZI, L., MELANSON, C., SIMON, T., ARIAS, I. *Child Maltreatment Surveillance. Uniform Definitions for public health and recommended data elements*. Atlanta, Georgia: Centers for Disease Control and Prevention National. Center for Injury Prevention and Control, p. 3. 2008
- LILA, M. HERRERO, J. “Atribución de la responsabilidad y minimización en hombres penados por violencia contra la mujer: Un instrumento de evaluación” en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la

Universidad de Oviedo, 2008

- LIPSKY, S. / CAETANO, R. *Impact of intimate partner violence on unmet need for mental health care*. 2007. pp. 822 y ss
- LIZANA ZAMUDIO, R. Texto adicional del libro “*A mí también me duele.*” Gedisa Editorial- “Trauma y maltrato en la vida de los niños y niñas víctimas de violencia de género en la pareja”.2010
- LIZANA ZAMUDIO, R. “Las heridas de la violencia”. Artículo publicado en la *Revista Somos* núm. 27. Noviembre de 2012. www.revistasomos.cl
- LÓPEZ FRÍAS, M. J. El derecho a la educación como parte del ejercicio de la patria potestad: Acerca de la educación en casa. Conferencia pronunciada en las II Jornadas sobre la Justicia, Facultad de Derecho Granada 6 de mayo de 2011.
- LÓPEZ FRÍAS, M. J. “La voluntad hipotética del testador en las crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial”. *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*. nº Sep. 2012. Pp. 61-81
- LÓPEZ-SOLER, C. “Las reacciones postraumáticas en infancia y adolescencia maltratada: el trauma complejo”. *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, 13, p. 159-174. 2008
- LÓPEZ-SOLER, C., CASTRO, M., DASET, L., ALCÁNTARA, M., FERNÁNDEZ, V., PRIETO, M. Y PUERTO, J. C. “Consecuencias del maltrato grave en la infancia: conceptualización y diagnóstico de las reacciones postraumáticas complejas”. *Revista Ciencias Psicológicas*, II, p. 103-119. 2008
- LORENTE ACOSTA, M. *El Rompecabezas. Anatomía del maltratador*. Barcelona: Editorial Crítica, 2004
- LORENTE ACOSTA, M. “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la Mujer”. *Revista de Ciencia Penal y Criminología RECPC* 02-07. 2000.
- LORENTE ACOSTA, M. *Mi marido me pega lo normal*. Barcelona: Ares y Mares. 2001
- LORENTE ACOSTA, M.: “Violencia contra la mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”. *Revista europea de Derechos Fundamentales*, nº 19, 2012, pp. 207-208
- LORENTE ACOSTA, M., LORENTE ACOSTA, J.A. *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso*. Comares 1999
- LOUSADA AROCHENA, J.F. “El convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género”. *Aequalitas* nº 35, 2014 pp. 6-15
- LUACES GUTIERREZ, A.I. “Necesidad de una Justicia especializada en violencia de género: especial referencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” *Revista de Derecho UNED* núm. 4. 2009

- LUQUIN BERGARECHE, R. “Los puntos de encuentro familiar como garantía del interés del menor en el ejercicio de Ius visitandi”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2012
- MACÍAS SEDA, J. *Formación en género en los estudios de enfermería: actitud y capacitación para el abordaje de la violencia de género*. Universidad de Sevilla, 2012
- MACÍAS SEDA, J., GIL GARCÍA, E., RODRÍGUEZ GÁZQUEZ, M.A., GONZÁLEZ LÓPEZ, J.R., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. M. Y SOLER CASTELLS, A. “Creencias y actitudes del alumnado de Enfermería sobre la violencia de género”. *Index Enferm* vol.21 no.1-2 Granada ene./jun. 2012
- 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”. *La Ley Derecho de Familia*, 13 de octubre de 2015, La ley 6045/2015
- MAGRO SERVET, V. “El régimen de visitas en la violencia de género”. *Práctica de Tribunales* nº 100 Sección Práctica Procesal, enero-febrero 2013, La Ley 19268/2012
- MAGRO SERVET, V. “La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal”. *Diario La Ley* nº 7012-7013, 2008
- MAGRO SERVET, V. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores. Artículo 416 de la Lecrm. ¿Es necesaria una reforma legal? *Diario La Ley*, nº 6333, 2005
- MAQUEDA ABREU, M.L, “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado: actas del congreso de Derecho Penal y Procesal*, Sevilla, 11 al 15 noviembre de 1996, Sevilla, 1998.
- MAQUEDA ABREU, M^a.L: “¿Es la estrategia penal una solución a las violencias contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007
- MAQUEDA ABREU, M. L. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Boletín de Información y Análisis Jurídico*. nº 21. 2006.
- MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en: QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 1525
- MAQUEDA ABREU, M^a.L: “¿Es la estrategia penal una solución a las violencias contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007.

- MAQUEDA ABREU, M.L, *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Ed. Comares, Granada, 2009;
- MAQUEDA ABREU, M.L, “El nuevo delito de matrimonio forzado”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de Código Penal*, Tarragona, 2014
- MAQUEDA ABREU, M.L: “El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres”, en LAURENZO COPELLO, P., y DURÁN MUÑOZ, R. (Coord.); *Diversidad cultural, género y Derecho*, Valencia, 2014.
- MAQUEDA ABREU, M.L: “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, número 118, mayo 2016.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., “La intervención del derecho penal en los castigos a los hijos: Un análisis comparado” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 01-07 (1999)
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, MORENO TORRES HERRERA, M. R. (Coord), ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. ,RAMOS TAPIA, M. I., ESQUINAS VALVERDE, P. VALVERDE CANO, A. B. 3ª Ed. Tirant lo Blanch, 2016
- MARÍN LÓPEZ, M. J. “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten” *Derecho privado y Constitución* nº 19. 2005
- MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T. “El síndrome de alienación parental. La carreta delante de los bueyes” *Diario La Ley*, nº 7567
- MARTÍNEZ GARCÍA, E “Los procesos por violencia de género: cinco cuestiones procesales y una reflexión” *Mujer y Derecho*. Jornada por la Igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de Valencia, FABREGAS MONFORT, G. (Coord.) Valencia 2011
- MASIP, J. y ALONSO, H. “La evaluación de la credibilidad del testimonio de las víctimas” en LAMEIRAS FERNANDEZ, M., IGLESIAS CANLE, I. (Coords.) *Violencia de género: la violencia sexual a debate*. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 205-234
- MAYORDOMO RODRIGO, V. *Violencia contra la mujer: un estudio de Derecho Comparado*, Madrid, 2005
- MEDINA ARIZA, J.J. *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002
- MONTALBÁN HUERTAS. I. “Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional”. Madrid: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. 2004.

- MONTALBÁN HUERTAS, I. “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”. *Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación*, nº 12. 2007
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. *El quebrantamiento de las penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica*. Indret. Barcelona 2007
- MONTERO AROCA, J. *El derecho de visita en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 94 del Código Civil)*. Tirant lo Blach. Valencia 2002
- MORAL MORO, M. J. “Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral contra la violencia de género”. *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14. Enero 2008
- MORENO, J. M. *Maltrato Infantil*. Madrid: Editorial EOS. 2002.
- MORENO NAVARRETE, M. A. “La privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio” *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, 2016
- MORENO VELASCO, V. “La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas”, en *Diario La Ley*, núm. 7163, año XXX, Ed. LA LEY 2009
- MORILLAS CUEVA, L., “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (Coord.) *La ley integral. Un estudio multidisciplinar*. Madrid: Dykinson. 2009. pp. 20 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial.*, Valencia: Tirant lo Blanch, 20^a ed., 2015.
- MUÑOZ CONDE, F. (Dir.); DEL CARPIO DELGADO, J.; GALÁN MUÑOZ, A. (Coords.), *Análisis de las reformas penales: presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*. 9^a ed. Tirant lo Blanch, 2015
- MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y de género en la Ley Orgánica 1/2004”. En *Estudios sobre la tutela penal en violencia de género*, coord., por Núñez Castro, E. Editorial Tirant, 2010, p. 30 y 31
- MUÑOZ CUESTA, J.; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015
- MUÑOZ MARÍN, A. “La análoga relación de afectividad al matrimonio a efectos procesales penales”. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 184, 2016 pp. 135-140
- MÚRTULA LAFUENTE, V. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Ed. Dykinson, 2016

- NAVARRO VILLANUEVA, C. “La protección del testimonio de la mujer víctima de la violencia de género” en ACALE SÁNCHEZ, M. y DE HOYOS SANCHO, M. (dirs.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid 2010 pp. 475-503
- NISTAL BURÓN, J. “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria” *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 5, 2015
- OCHAÍTA E, ESPINOSA MA. *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: necesidades y Derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*. 2004.
- OLARTE ENCABO, S.: La prostitución voluntaria: ¿Una forma de esclavitud o de ejercicio de libertad personal, de trabajo y de empresa? en PÉREZ ALONSO, E, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, M. del P., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P., “Las víctimas invisibles de la violencia de género”. *Revista Clínica de Medicina de Familia* 5, 2012 pp. 30-36
- ORDOÑEZ SÁNCHEZ, B. “La mediación penal en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos”. *Revista La Ley Penal*. nº 44. 2007.
- ORTUBAY FUENTES, M. *Cuando la respuesta penal a la violencia sexista se vuelve contra las mujeres. Las contradenuncias*. Universidad del País Vasco, 2012
- OTERO GONZÁLEZ, M.P. *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro*. Ed Dykinson, 2015
- PALACIOS, J., MORENO, MC., JIMENEZ, J. “El maltrato infantil: concepto, tipos, etiología”. *Infancia y aprendizaje. Diario para el estudio de la educación y el desarrollo*. Vol. 18. 1995
- PARDILLO HERNÁNDEZ, A: “Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia de género: novedades introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Actualidad Civil*, nº 6, 2006.
- PATRÓ, R. Y LIMINANA, R. M. “Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas”. *Anales de psicología*, 21, p. 11-17. 2005
- PAZ RODRÍGUEZ, J.I. “El llamado Síndrome de Alienación parental. La valoración del daño de las víctimas de la violencia de género”. *Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. 2007
- PEARS, K.C. Y CAPALDI D.M. “Intergenerational transmission of abuse: a two

- generational prospective study of an at risk sample”. *Child abuse and neglect*, 2001
- PEDREIRA MASSA JL. *La infancia en la familia con violencia: Factores de riesgo y contenidos psico(pato)lógicos*. Psiquiatria.com. 2003
- PERAL LÓPEZ, M.C., “El supremo interés del menor. Víctimas de violencia de género”, en CUADRADO RUIZ, (Dir.) *Cuestiones Penales. A propósito de la reforma penal de 2015*. Dykinson, 2016
- PERAL LÓPEZ, M.C. “Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al Régimen de visitas, comunicaciones y estancias“ *Sepin* 2017 (en prensa)
- PERAL LÓPEZ, M.C. “Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de viistas“ , *Revista Actualidad Civil* 2017 (en prensa)
- PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- PÉREZ ALONSO, E, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- PEREZ DEL CAMPO, A. “Los hijos como instrumento de la venganza del agresor”. 2012
- PÉREZ FERNÁNDEZ, F., BERNABÉ CÁRDABA, B. “Las denuncias falsas en casos de violencia de género ¿Mito o realidad? Universidad Camilo José Cela. *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22, 2012 pp. 37-46
- PÉREZ RUFÍAN, M. “El ingreso del progenitor en prisión y sus consecuencias en las medidas paterno filiales” *Revista de Derecho de Familia*, nº 66, 2015, pp. 307-315
- PÉREZ VAQUERO, C. “La jurisprudencia sobre el delirio querulante y otras dos psicopatologías jurídicas”. *Derecho y cambio social*. Publicado 01/04/2015. ISSN: 2224-4131.
- PÉREZ VIEJO, J. y ESCOBAR CIRUJANO, A. (Coords.) *Perspectivas de la Violencia de Género*. Grupo 5, D.L. Madrid, 2011
- POLAINO NAVARRETE, M. “Reforma penal de 2004: La Ley integral contra la violencia de género”. *Revista de la Facultad de Derecho de Sevilla. Crónica Jurídica Hispalense*. nº 3. 2005. p. 316
- POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2016.
- PUEYO, A. ” La predicción de la violencia contra la pareja”. En ECHEBURÚA, FERNÁNDEZ, MONTALVO Y CORRAL (Eds.) *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*. Valencia: Centro R. Sofia 2009.

- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- QUIRÓS, P. “Comparación de las dinámicas familiares en familias que presentan abuso sexual con otros tipos de familia”. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Psicología.2006
http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/quiros_p/sources/quiros_p.pdf
- RAMÓN RIBAS, E. *Violencia de género y violencia doméstica*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. p. 117
- RAMOS MAESTRE, A. “La responsabilidad civil por el incumplimiento del régimen de visitas” *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.) Dykinson. Madrid, 2012, pp. 383-407
- REYES CANO, P. Menores y violencia de género: de invisibles a visibles. *Revista de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 2015 pp. 181-201
- REYES CANO, P. “La patria potestad a examen ante la violencia de género”. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. Vol. 51, 2017, pp. 335-356
- RIVERO HERNANDEZ, F. “La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional” *Derecho Privado y Constitución* nº 20, 2006, pp. 331 y ss.;
- RIVERO HERNANDEZ, F. *El derecho de visita*. Bosch. Barcelona 1997
- ROMEO CASABONA, *Problemas prácticos del consentimiento informado, en Cuadernos de la Fundación Victor Grifols i Lucas nº 5*, Barcelona 2002, p- 114 y ss
- ROMEO CASABONA, C.M., *Derecho penal. Parte especial*, Granada 2016
- ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Comares, Granada, 2016
- ROMERO BURILLO, A.M./ RODRÍGUEZ ORGAZ, C. *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. Aranzadi Cizur Menor Navarra, 2016
- ROMERO COLOMA, A. M. “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2015
- ROSA CORTINA, J. M. de la. *Tutela cautelar de la víctima. Órdenes de alejamiento y órdenes de protección*. Thomson Aranzadi Cizur Menor. Navarra, 2008
- ROSSER, A., VILLEGAS, E., SURIÁ, R. “Intervención con menores expuestos a

- violencia de género”. En Grupo de Investigación en intervención psicosocial con familias y menores. *Guía para profesionales*, 53-56. IPSIFAM. Universidad de Alicante. CEE Limencop, S.L. 2013.
- RUBIO, A, GÓMEZ NAVAJAS, J, GIL RUÍZ, J M. Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos. *Estudios número 18. Instituto Andaluz de la Mujer*. Sevilla 2004
- RUEDA MARTÍN, M.A. *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?* Dykinson,. Madrid, 2007
- RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. “Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, Sala 2ª de 8 de abril de 2006” *InDret* 4/2007
- RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. “La atribución de la custodia compartida en los supuestos de violencia intrafamiliar” *Práctica de Tribunales* nº 100, enero-febrero 2013. *La Ley* 19269/2012
- RUIZ - JARABO QUEMADA, C. y BLANCO PRIETO P. *La violencia contra las mujeres. Prevención y detección*. Ed. Díaz de Santos. Madrid. 2004
- RUIZ VADILLO, E., “Las violencias físicas en el hogar”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N° 326 (1998), p. 2.
- SALAS BAHAMÓN LM. “Transmisión Intergeneracional de La Violencia Intrafamiliar: evidencia para las familias colombianas”. Documento CEDE 2005-47; ISSN 1657-7191 (edición electrónica)
- SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi. 2001.
- SALES I JARDÍ, M. *La vida familiar en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*. Bosch. Barcelona, 2015
- SALVADOR SÁNCHEZ, L. Resiliencia en violencia de género. Un nuevo enfoque para los/las profesionales sanitarios/as. *Journal of feminist, Gender and Women Studies*, núm. 1, 2015
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A.: *Sistema de Derecho Comparado y Global*. Valencia. Tirant. 2011.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, A.D. Régimen de visitas, estancias y comunicaciones entre el progenitor no custodio e hijos menores. Problemas de ejecución. *Revista de derecho de familia. Doctrina Jurisprudencia, Legislación*, nº 48, 2010 pp. 35-58
- SÁNCHEZ MELGAR, J. “La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”. *Revista Sepin*. Agosto 2005
- SANCHO REBULLIDA, F. de A. “La patria potestad”, en *La reforma del Derecho de*

Familia del Código Civil español, fascículo 1, Madrid 1979

- SAN SEGUNDO MANUEL, T. “Separación y divorcio. Medidas de carácter personal”. *Manual de lucha contra la violencia de género*. MARCHAL ESCALONA, A. N. Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2010
- SANTANA VEGA, D. M. “La reforma de las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”. Patria potestad, guarda y custodia. *Congreso IDADFE 2011*, vol. I, LASARTE ALVAREZ, C. (dir.)/ JIMENEZ MUÑOS, F.J. (Coord.) Tecnos, Madrid 2014, pp.145-168
- SASTRE, G. y MORENO, M. *Resolución de conflictos y abandono emocional*. 2002, Barcelona. Gedisa
- SEISDEDOS MUIÑO, A., “Comentario a la sentencia de 30 de abril de 1991”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 26, abril/agosto de 1991
- SENÉS MONTILLA, C. “La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la mujer”. *Diario La Ley*. nº 6371. 2005.
- SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A. “La violencia de género como causa de maltrato infantil” .Publicado en *Cuad. Med. Forense*, 12, p. 43-44, Enero-Abril 2006
- SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A. “Aspectos médicos y forenses de la violencia de género detección y valoración del riesgo”. www.interiuris.org/archivos/45_ASPECTOS_MEDICOS_Y_FORENSE.pdf
- SERRANO HOYO, G. “Sobre la inscripción de la orden de protección, medidas civiles y/o penales, penas y medidas de seguridad en el registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVI, 2008, pp. 103-111
- SILVA CUESTA, A. “La violencia de género tras la reforma penal de 2015”. *Cuestiones Penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*. (Dir./Ed.): CUADRADO RUIZ, M. A.; (Coords.) AOULAD BEN SALEM LUCENA, A.J.; ESPAÑA ALBA, V. Dykinson, S.L. 2016
- SILLERO CROVETTO, B. “Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” *Revista de Derecho de Familia* 54, 2012
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal”. *Nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos (libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López)* 1999, ISBN 84-8151-94-9 p. 209-220
- SORIANO, F. “Promoción del buen trato y prevención del maltrato en la infancia en el ámbito de la Atención Primaria”. *Revista Pediatría, A. P.* 41. 2009.

- SOTORRA CAMPODARVE, M. C. “Protección en el ámbito Penal”. En *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. 2007.
- STRAUS, M. A., Y GELLES, R. J. “Societal change and change in Family Violence from 1975 to 1985 as Revealed by Two National Surveys”. *Journal of Marriage and Family*. 1986.
- SUAREZ RAMOS, A. (Coord.) BORRÁS PRUNEDA, S., FRÍAS ONCINA, I., LLAMAS MARTÍNEZ, M^a V. y VIZUETE REBOLLO, E. *Protocolo andaluz de actuación sanitaria ante la violencia de género*, 2^a ed. Sevilla, Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, 2015
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”. *Revista del Poder Judicial*, 3^a Época, n.º 54. P. 168
- TAMARIT SUMALLA, J. M. *El Estatuto de las Víctimas de delitos* Tirant lo Blanch, 2015
- TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de Stalking*. Ed. Bosch, 2016. DE LA CUESTA ARZAMENDI/ MAYORDOMO RODRIGO “Acoso y Derecho penal” en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º. 25, 2011, págs. 21-48
- TEJEDOR HUERTA, M.A. “SAP y maltrato”. en RODRÍGUEZ, F.J. BRINGAS, C. FARIÑA, F. ARCE, R. BERNARDO, A. (Eds.) *Psicología Jurídica. Familia y Victimología. Colección Psicología y Ley n.º 6. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Coord.), ACALE SÁNCHEZ, M.; GARCÍA RIVAS, N. y otros, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edición, Ed. Iustel, Madrid, 2016.
- TIRADO ESTRADA, J., “Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares Penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. *Revista La Ley*, n.º 4888. 1999.
- TORRES DÍAZ, M.C. “La perspectiva de género como criterio de aplicación jurisprudencial ante la valoración de la intencionalidad del agresor en un contexto patriarcal”. Investigación y Género inseparables en el presente y en el futuro. *IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*. Sevilla, 2012
- TURNER, R. J. Y LLOYD, D. A. “Lefitime traumas and mental health: the Significance of acumulative adversity”. *Journal of Health and Social Behavior*, 36, p. 360-376. 1995
- VALLESPÍN PÉREZ, D. “El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción?” *Práctica de los Tribunales*, 100. 2013

- VAN DER KOLK, B. A., PYNOOS, R. S., CICCETTI, D., CLOITRE, M., D'ANDREA, W., FORD, J. D., LIEBERMAN, A. F., PUTNAN, F. W., SAXE, G., SPINAZZOLA, J., STOLBACH, B. C. Y TEICHER, M. "Proposal to include a developmental trauma disorder diagnosis for children and adolescents in DSM-V". This article is the proposition submitted to the *APA'S DSM-5 committee*. 2009
- VELASCO DE LA FUENTE, P. "Análisis criminológico de la paranoia querulante: hacer del pleito la razón de tu vida". *Criminal-mente.es*, 2016
- VENTURA FRANCH, A. "El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica" *Revista de Derecho Político*, nº 97, 2016 pp. 179-208
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Víctima menor de edad y proceso penal: Especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas". *Revista de derecho penal y criminología*, 2.a Época, n.16 (2005), págs. 265-299
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en derecho penal español", *Cuadernos de Política Criminal*, núm.109, I, Época II, mayo 2013, págs.5-44
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El Delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C./GÓMEZ ADILLÓN, M. J., "Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18-02, 2016, pp. 1-27
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *La delincuencia organizada: Un reto a la política criminal actual*. Ed. Aranzadi, SA 2013
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. "Protección en el ámbito civil". *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y Práctica forense*. RIVAS VALLEJO, P/ BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.) Cizur Menor, Navarra, 2007.
- VILLAVICENCIO, P. Y SEBASTIÁN, J. *Violencia doméstica: su impacto en la salud física y mental de las mujeres*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto de la Mujer. 1999.
- VILLENA CORTÉS, B. "El régimen de visitas y su suspensión". *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. RIVAS VALLEJO, P./BARRIOS BAUDOR, G.L. Aranzadi Cizur Menor, 2007
- WALKER, L. "The battered woman syndrome". *New York: Springer.*, 1984

- WALKER, L. *El síndrome de la mujer matratada*. Desclee de Brouwer. 2012
- WIDOM, C. S. “Motivation and mechanisms in the cycle of violence”. En D. J.Hansen (Ed.), *Motivation and child maltreatment*, (vol. 46), p. 1-37. Lincoln: University of Nebraska Press. 2000
- YUGUEROS GARCÍA, A.J. “Intervención con mujeres víctimas de violencia de género: Educar e informar para prevenir”. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*. Vol. 17 núm. 24, 2015 pp. 191-216
- YUGUEROS GARCIA, A.J. “La protección de los menores víctimas de violencia de género en España”. *Aposta. Revista de ciencias sociales*, nº 70, 2016
- ZAFRA NAVARRETE, J.I. “La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 793-810.
- ZUBIZARRETA ANGUERRA I. *Consecuencias Psicológicas del Maltrato doméstico en las mujeres y en sus hijos e hijas*. Jornada de Trabajo para el profesorado. Proyecto NAHIKO. EMAKUNDE; 2004

FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

FUENTES NORMATIVAS

A) INTERNACIONAL:

Principales instrumentos internacionales, en los ámbitos de Naciones Unidas y europeo, sobre igualdad y violencia contra las mujeres

LEGISLACION DE LA UE

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo

Directiva 2012/29/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se establecen normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2011/220/JHA, del Consejo <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

Directiva 2011/99/EU del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección <https://www.boe.es/doue/2011/338/L00002-00018.pdf>

PARLAMENTO EUROPEO

Resolución del Parlamento Europeo, de febrero de 2006, sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0038+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2009-0098+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea – 2011
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0085+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0126+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre el 57º periodo de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Naciones Unidas: Eliminación y prevención de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0045+0+DOC+XML+V0//ES>.

CONSEJO DE LA UNION EUROPEA

Conclusiones del Consejo de 16 de junio de 2016 sobre Igualdad entre mujeres y hombres
<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/06/16-epsco-conclusions-gender-equality/>

Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica y Violencia de Género, de 11 de mayo de 2011, firmado en Estambul, a iniciativa del Consejo de Europa
http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/default_EN.asp

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf 4.

Council conclusions of 8 March 2010 on the Eradication of Violence against Women in the European Union
http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lisa/113226.pdf

Resolution of the Council OF 10 June 2011 on a roadmap for strengthening the rights and protection of victims, in particular in criminal proceedings
http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/122529.pdf

Council conclusions of 7 March 2011 on European Pact for Gender Equality (2011-2020)
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:155:0010:0013:EN:PDF>

Council conclusions on combating violence against women and the provision of support services for victims of domestic violence (22 November 2012)
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st16/st16382.en12.pdf>

EU guidelines on violence against women and girls and combating all forms of discrimination against them (8 December 2008)
<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16173cor.en08.pdf>

COMISION EUROPEA

Communication from the Commission for a Strengthened Commitment to Equality between Women and Men. A Women's Charter (2010)
http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100305_1_en.pdf

Special Eurobarometer 344: Domestic Violence Against Women (September 2011)
http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_344_en.pdf

Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52010DC0491>

Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aj10036>

European Commission. Employment, Social Affairs and Equal Opportunities: “Opinion on an EU Strategy on Violence against Women and Girls”. Opinion of the Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men (7th December 2010)
http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/opinions_advisory_committee/2010_12_opinion_on_eu_strategy_on_violence_against_women_and_girls_en.pdf

Opinion of the European Economic and Social Committee on “Eradicating domestic violence against women” (2012/C 351/05) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:351:0021:0026:EN:PDF>

EU strategy to measure crime and criminal justice (Action Plan 2006-2010). CONSEJO DE EUROPA Recomendacion Rec (2002) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de la mujer contra la violencia http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/docs/Rec_2002_5_Spanish.pdf

La Carta Europea de los Derechos del Niño. Consejo de Europa. 1992

Recomendación (85) 4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de marzo de 1985, sobre la violencia dentro de la familia, interesa de los Estados miembros

Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización

NACIONES UNIDAS

Recomendación General nº 19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer
http://www.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf

Informe del Secretario General “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra las mujeres”, (A/61/122/Add.1), 6 Julio 2006
https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/61/A_61_122_add1_es.pdf

Resolución adoptada por la Asamblea General (sobre la base de la Tercera Comisión (A/64/433). 64/137. “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer” <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/64/137>

La Resolución aprobada el 18 de diciembre de 2014, 69/56 de la Asamblea General de Naciones Unidas

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo, 2000.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado, de 2 de abril de 2014

Resolución 69/56 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 18 de diciembre de 2014

UNICEF. Informe presentado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de Octubre de 2006 para el Estudio del Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan.

UNICEF y The body Shop International (2006). Behind Closed Doors: The Impact of Domestic Violence on Children. Londres: UNICEF (Child Protection Section) y The

Body Shop International Plc. Consultado on line, agosto 2009:
www.unicef.org/protection/files/BehindClosedDoors.pdf

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas, en su dictamen de fecha 16 de julio de 2014 sobre el caso Ángela González Carreño

Resolución aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457)] 65/228. Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer.
<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/65/228>

Campaña del Secretario General de Naciones Unidas “UNeTE para poner fin a la violencia contra las Mujeres”
<http://www.un.org/es/women/endviolence/documents.shtml>

Comisión de las Naciones Unidas de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 57ª sesión: “Conclusiones convenidas sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer y la niña”, 4 – 15 Marzo 2013, NY
[http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/CSW57_Agreed_Conclusions_\(CSW_report_excerpt\)_E.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/CSW57_Agreed_Conclusions_(CSW_report_excerpt)_E.pdf)

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995
http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf

División para el Adelanto de la Mujer del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: “Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer”, NY, 2010
[http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf)

Observación del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas nº 13 sobre el “Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia” (2011)

Observación del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas nº 14 sobre el “Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial (2013)

B) ESPAÑA

Constitución española de 6 de diciembre de 1978

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

Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección

Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica y Violencia de Género, de 11 de mayo de 2011, firmado en Estambul, a iniciativa del Consejo de Europa http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/default_EN.asp.

Ratificado por España, el 18 de mayo de 2014, publicado en BOE el 6 de junio de 2014, entrando en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf 4.

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Última revisión 6 diciembre 2015

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, con entrada en vigor el 26 de mayo de 1996

La Ley Orgánica 1/1996, del 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal

Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil

Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil

Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el Art. 27 de la LO 1/2004; regulación Renta Activa de Inserción

Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito

El Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, que modifica el sistema de asistencia jurídica gratuita

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 2016, con vigencia desde 15 de octubre de 2015.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS:

Legislación Autonómica en materia de Igualdad y de Violencia de Género

Andalucía:

Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género (BOJA, 18 de diciembre de 2007; BOE, 13 de febrero de 2008

Ley 12/2007 de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía.

Decreto 437/2008, de 2 de septiembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para la igualdad de Mujeres y Hombres.

Decreto 1/2009, de 7 de enero, por el que se regula la elaboración y contenido del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de Violencia de Género.

Decreto 72/2009, de 31 de marzo, por el que se regula la Comisión Institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la Violencia de Género.

Acuerdo de 19 de enero de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2010.

Decreto 298/2010, de 25 de mayo, por el que se crea el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género y se regula su composición y funcionamiento.

Decreto 17/2012, de 7 de febrero, por el que se regula la elaboración del Informe de Evaluación del Impacto de Género

Aragón:

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, aprobó con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.

Ley 4/2007, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón (BOA, 9 de abril de 2007)

Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

Decreto 8/2005, de 11 de enero, del Gobierno de Aragón, de creación de la Comisión Interdepartamental para el seguimiento del Plan Integral para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en Aragón.

Decreto 219/2009, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del Observatorio Aragonés de Violencia sobre la Mujer.

Canarias:

Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género.

Ley 1/2017, de 17 de marzo, contra la Violencia de Género de Canarias, por la que se modifica la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la violencia de Género de Canarias

Cantabria:

Ley 1/2004, de 1 de abril (BOC, 12 de abril), Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas, desarrollada por el Decreto 64/2006, de 8 de junio

Ley 3/1997, de 26 de mayo, de Creación del Consejo de la Mujer de Cantabria

Decreto 64/2006, de 8 de junio, por el que se desarrolla la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

Decreto 26/2009, de 26 de marzo, por el que se creó la Comisión para la Igualdad de Género del Gobierno de Cantabria.

Castilla-La Mancha:

Ley 5/2001, de 17 de mayo (BOC-LM, de 22 mayo), de Prevención de Malos Tratos y Protección a Mujeres Maltratadas, desarrollada por Decreto 38/2002, de 12 de marzo que desarrolla las previsiones contenidas en la misma, sobre todo en lo referente a sensibilización, prevención, asistencia y ayudas.

Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha.

Decreto 38/2002, de 12 de marzo de 2002, de las Consejerías de Bienestar Social e Industria y Trabajo, para la aplicación de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas.

Castilla y León:

Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León

Ley 1/2011, de 11 de marzo, de evaluación de impacto de género en Castilla y León.

Ley 1/2003, de 3 de marzo de Igualdad de oportunidades entre Hombres y Mujeres de las Cortes de Castilla y León. (Título II, Cap. II, art. 23).

Decreto 30/2005, de 21 de abril, por el que se crea y regula el Observatorio de Género de Castilla y León.

Ley 7/2007 de 22 de octubre de modificación Ley 1/2003 de Igualdad de oportunidades entre Hombres y Mujeres de las Cortes de Castilla y León.

Decreto 116/2007, de 29 de noviembre, por el que se regula el ejercicio de acciones judiciales por parte de la administración de la Comunidad de Castilla y León en los procesos penales por violencia contra las mujeres.

Instrucción 9/2008 de la Delegación del Gobierno en Castilla y León sobre ejecución del Plan Autonómico de la Delegación del Gobierno en Castilla y León, de prevención contra la Violencia de Género en el medio rural.

Instrucción 11/2008 de la Delegación del Gobierno en Castilla y León sobre información a las víctimas de Violencia de Género de la situación penitenciaria del agresor.

Cataluña:

Ley 25/2010, del Código Civil catalán

Ley 5/2008, de 24 de abril de los derechos de las mujeres para la erradicación de la violencia machista

Comunidad de Madrid:

Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid

Comunidad Foral de Navarra:

Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, modificada por la Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo.

Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres

Ley Foral 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres.

Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista.

Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Comunidad Valenciana:

Ley 7/2012, de 23 de noviembre, de la Generalitat, Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el Ámbito de la Comunitat Valenciana

Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven

Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Decreto 20/2004, de 13 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se crea el Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana.

Decreto 52/2004, de 2 de abril, del Consell de la Generalitat, por el que se crea el Foro de la Comunidad Valenciana contra la Violencia de Género y Personas Dependientes en el Ámbito de la Familia.

Decreto 73/2008, de 16 de mayo, del Consell, de modificación del Decreto 210/1997, de 10 de julio, del Consell, por el que se creó la Comisión Interdepartamental de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres.

Decreto 94/2009, de 10 de julio, del Consell, de modificación del Decreto 52/2004, de 2 de abril, del Consell, por el que se creó el Foro de la Comunitat Valenciana contra la Violencia de Género y Personas Dependientes en el Ámbito de la Familia.

Extremadura:

Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Extremadura.

Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Galicia:

Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres (Título I, 14 a 19).

Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia.

Ley 7/2010, de 15 de octubre, por la que se suprime el organismo autónomo Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del hombre y la mujer y se modifican determinados artículos de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en Igualdad de las mujeres de Galicia.

La Rioja:

Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja.

País Vasco:

Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, Capítulo VI del Título III, la Violencia de Género

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco

Ley 3/2012, de 16 de febrero, por la que se modifica la Ley para la Igualdad de mujeres y hombres y la Ley sobre creación del Emakunde -Instituto Vasco de la Mujer-.

Decreto 264/2011, de 13 de diciembre, por el que se crea el Observatorio Vasco de la Violencia Machista contra las Mujeres y se regula su funcionamiento y composición.

Comunidad Autónoma del Principado de Asturias:

Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.

Región de Murcia:

Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia.

Ley 11/2016, de 15 de junio, por la que se modifica la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia.

Ley 3/2008, de 3 de julio, de modificación de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia

DOCUMENTOS

Organización Mundial de la Salud. Informe Mundial sobre la violencia y la salud 2016. Publicado en español por la Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud. En referencia al WHO Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1996 (documento inédito WHO/EHA/SPI.POA.)

Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington: OMS. 2002. [URL:www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf)

El Protocolo para la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica fue creado posteriormente por la Comisión para el seguimiento de la implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica

Observatorio de la Infancia. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. “*Maltrato Infantil; Detección, Notificación y Registro de casos*”. 2001

“Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”. Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 48/104.

La Carta Europea de los Derechos del Niño. Consejo de Europa. 1992

SAVE THE CHILDREN. *Informe sobre el estado mundial de las madres*. Madrid: Save the Children España. 2011.

MACROENCUESTA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, 2015. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (Delegación de Gobierno para la Violencia de Género).2015

VII INFORME ANUAL DEL OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2015.

VIII INFORME ANUAL DEL OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2016.

Teléfono ANAR de ayuda a niños y adolescentes. Informe Violencia de Género 2015. Fundación ANAR. www.anar.org

Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, II Informe Internacional “Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadística y Legislación”. 2007

II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016

Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016

Protocolo Básico de Intervención contra el maltrato infantil. Observatorio de la Infancia 2007

Protocolo básico de intervención contra el maltrato Infantil en el ámbito familiar. Actualizado a la intervención en los supuestos de menores de edad víctimas de violencia de género. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2014

Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social (ECOSOC), en su punto nº 14 sobre “Pautas de Justicia en causas relativas a los niños víctimas y testigos de delitos”

Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016), aprobada por el Consejo de Ministros el 26 de julio de 2013.

Observación del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas nº 13 sobre el “Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia” (2011)

Observación del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas nº 14 sobre el “Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial (2013)

GUÍA DE INTERVENCIÓN CON MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Servicio de Coordinación del Sistema Integral contra la Violencia de Género Instituto Canario de Igualdad. Gobierno de Canarias. 2012

La Resolución aprobada el 18 de diciembre de 2014, 69/56 de la Asamblea General de Naciones Unidas

Naciones Unidas CEDAW/C/ESP/CO/7-8 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España

III Informe Internacional sobre la Violencia contra la mujer del Centro Reina Sofía

Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo, 2000.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993

El Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado, de 2 de abril de 2014

Resolución 69/56 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 18 de diciembre de 2014

Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012

Informe de la ONG Save The Children sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas de fecha noviembre 2011

UNICEF. Informe presentado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de Octubre de 2006 para el Estudio del Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan. UNICEF y The Body Shop International (2006). Behind Closed Doors: The Impact of Domestic Violence on Children. Londres: UNICEF (Child Protection Section) y The Body Shop International Plc. Consultado on line, agosto 2009: www.unicef.org/protection/files/BehindClosedDoors.pdf

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas, en su dictamen de fecha 16 de julio de 2014 sobre el caso Ángela González Carreño

Datos y estadísticas anuales 2014, 2015 y 2016 del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial.
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero/>

DEFENSOR DEL PUEBLO 2014. Informe Anual. Madrid 2014

DEFENSOR DEL MENOR ANDALUZ. *Menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia*. DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. Andalucía. Septiembre. 2012

Sistema Viogen. Ministerio del Interior. <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen>

Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer. Año 2016. Madrid (7 y 8 de noviembre de 2016)

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

STEDH Ignaccolo-Zenide contra Rumanía, nº 31679/1996
STEDH 7.08.1996, Johansen v. Noruega
STEDH Nuutinen contra Finlandia, nº 32842/1996
STEDH 17.07.2012, MD y otros v. Malta.
STEDH 11.10.2016. Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España. Nº 23298/12

Tribunal Constitucional:

STC nº 80/2008; 81/2008; 127/2009; 41/2010, 45/2010; 164/2009; 167/2009, 151/ 2009, 152/2009; 153/2009; 154/2009, 165/2009, 177/2009, 179/2009 y 180/2009, 178/2009, 201/2009, 202/2009, 203/2009, y 213/2009
STC 59/2008, de 14 de mayo
STC 176/2008, de 22 de Diciembre de 2008
STC Pleno 45/2010 de 28 de julio
STC Pleno 185/2012, de 17 de octubre
STC Pleno 192/2016, de 16 de noviembre de 2016 de Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011

Tribunal Supremo:

TS Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de Mayo de 2000

STS de 10 de octubre de 1994
SSTS de 18 octubre 1996
STS 2414/1996, de 20 de diciembre
STS de 15 de enero de 1997
STS de 24 de abril de 2000
STS 523/2000, de 24 mayo
STS 5178/2000, de 24 de junio
STS 1208/2000, de 7 de julio
STS 6389/2000, de 7 de septiembre
STS 780/2000, de 11 septiembre
STS nº 568/2001
STS 982/2001, de 6 de junio
STS de 6 de Julio 2001
STS 417/2004, de 29 de marzo
STS 7 de julio de 2004
STS 12 de julio de 2004

STS 998/2004, de 1 de octubre
STS 1162/2004, de 15 de octubre
STS 384/2005, de 23 mayo
STS 10 noviembre 2005
STS 21 de noviembre de 2005
STS 1770/2007, de 31 de enero
STS 131/2007, de 16 de febrero
STS Sala Segunda, 285/2007 de 23 marzo de 2007
STS 28 marzo de 2007
STS 2/2008, de 16 de enero
STS nº 750/2008 de 12 de Noviembre
STS 349/2009, de 30 de marzo
STS Sala Segunda 26 Octubre de 2009, nº 1061/2009
STS 1205/2009, de 5 de noviembre
STS 749/2010, de 23 de junio
STS 730/2010, de 20 de julio
STS de 31 de enero de 2011
STS de 7 de febrero de 2011
STS Sala Primera 54/2011 de 11 febrero
STS de 27 de junio de 2011
STS de 6 febrero 2012,
STS Pleno. Sala Primera, de 18 de diciembre de 2012
STS de 29 de abril de 2013
STS 971/2013 de 11 de diciembre
STS Sala Civil, de 6 junio 2014
STS 515/2015, de 15 de octubre de 2014
STS 1083/2014 de 12 de diciembre
STS de 26 de diciembre de 2014
STS 16 de febrero 2015
STS Sala Segunda, de lo Penal, nº 568/2015, de 30 de septiembre
STS, Sala de lo Penal, de 14 de octubre de 2015 N° 4292/2015
STS 21 de octubre 2015
STS Sala Primera, de 9 de noviembre de 2015, 621/2015
STS Sala de lo Civil 680/2015, de 26 de noviembre de 2015
STS 36/2016, de 4 de febrero de 2016
STS 194/2016, de 29 de marzo

TS Auto Sala de lo Civil N° de Recurso: 117/2015 de 15 de Julio de 2015
TS Sala de lo Civil Auto de 3 de Junio 2015 N° de Recurso: 71/2015
TS Sala de lo Civil, Auto 22 de Abril 2015 N° de Recurso: 35/2015.

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 27/2014, de 14 de abril
STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 77/2014, de 1 de diciembre
STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 3/2015, de 12 de enero.
STSJ Aragón (Sala Civil y Penal) Rec. de Casación núm. 52 de 2016. Sentencia 8 de febrero de 2017, que enmienda así las decisiones del titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Zaragoza (Autos 69/2014) y de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de julio de 2016, 263/2016

Audiencias Provinciales:

SAP Barcelona, Sección 12, de 14 de febrero de 2003
SAP Álava de 29 de septiembre de 2004
SAP Toledo de 19 de abril de 2006
SAP de Albacete, Sec. 2ª, 30 de noviembre de 2006
SAP de Cáceres de 14 de mayo de 2007
SAP Sevilla de 28 de noviembre de 2007
SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, de 28 de febrero de 2008
SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 17 de junio de 2008
SAP Logroño, Sec. 1ª, de 24 de julio de 2008
SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008
SAP de Barcelona de 14 de enero de 2009
SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 29 de octubre de 2009
SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 29 de diciembre de 2009
SAP Pontevedra de 8 de junio de 2010
SAP Málaga, Sec. 6ª, de 8 de julio de 2010
SAP de Valencia, Sec. 1ª, 10 de noviembre de 2010
SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 16 de marzo de 2011
SAP Vizcaya, Sección Cuarta, de fecha 17 de marzo de 2011
SAP Pontevedra, Sec. 1ª, de 5 de mayo de 2011
SAP de La Rioja, Sec. 1ª, 15 de septiembre de 2011
SAP de Alicante de 30 de enero de 2012
SAP de Madrid 14/2012, de 29 de junio
SAP Barcelona 14779/2012, de 6 de noviembre
SAP Ciudad Real, Sección Segunda, de fecha 12 de febrero de 2014
SAP Barcelona, Sec. 12ª, 457/2014, de 9 de julio
SAP Asturias, Sec. 4ª, 210/2014, de 25 de julio
SAP La Rioja, Sec. 1ª, 205/2014, de 28 de julio
SAP Barcelona, Sec. 12ª, 557/2014, de 18 de septiembre
SAP Zaragoza, Sec. 2ª, 409/2014, de 30 de septiembre
SAP Tarragona Secc. 1ª , 320/2014, de 10 de octubre.
SAP Tarragona, Sec. 1ª, 331/2014, de 14 de octubre
SAP Álava, Sec. 1ª, 259/2014, de 23 de octubre

SAP Baleares, Sec. 4ª, 403/2014, de 29 de octubre
SAP Barcelona, Sec. 12ª, 697/2014, de 12 de noviembre
SAP Barcelona, Sec. 18ª, 815/2014, de 9 de diciembre
SAP de Alicante de 16 de diciembre de 2014,
SAP Barcelona, Sec. 12ª, 796/2014, de 18 de diciembre
SAP Valencia, Sec. 10ª, 25/2015, de 19 de enero
SAP Alicante, Sec. 4ª, 20/2015, de 22 de enero
SAP de Guadalajara, núm. 1/2015, de 23 de enero
SAP Madrid, Sec. 22ª, 118/2015, de 3 de febrero
SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 17 de marzo de 2015
SAP Madrid, Sec. 22ª, 275/2015, de 20 de marzo
SAP Zaragoza, Sec. 2ª, 152/2015, de 31 de marzo
SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 2 de abril de 2015
SAP Zaragoza, Sec. 2ª, 187/2015, de 29 de abril
SAP Lugo, Sec. 1ª, de 30 de abril de 2015,
SAP Baleares, Sec. 4ª, 155/2015, de 5 de mayo
SAP A Coruña 3 junio 2015
SAP de Lugo de 9 de junio de 2015
SAP Madrid, Sec. 22ª, de 3 de julio de 2015
SAP Murcia, Cartagena, Sec. 5ª, de 21 de julio de 2015
SAP Madrid, Sec. 22ª, de 11 de septiembre de 2015
SAP de Toledo (Sección 1ª), sentencia de 17 de septiembre de 2015

AP de Jaén, Sección Tercera, Auto 535/16, de 26 de Octubre, Apelación Auto 18 de marzo de 2016 y Auto 10 de junio de 2016, ambos del Juzgado de Instrucción nº 2 Andújar

AP Lleida, Sección Primera, Auto nº 7/17, de 9 de enero de 2017, Apelación Auto, de 9 de diciembre, Juzgado Instrucción nº 1 de La Seu d'Urgell

AP de Jaén, Sección Primera, Auto 32/17, 26 de enero de 2017, Apelación Auto nº 109/2016, 21 julio de 2016 Juzgado de 1ª Instancia nº 3 Andújar

Juzgados de lo Penal. Juzgados de Instrucción. Juzgados de 1ª Instancia.

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante, de 26 de julio de 2012

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Tudela de 23 de marzo de 2015

Auto del Juzgado de 1ª instancia número 24 de Madrid con fecha 29 de abril de 2016

LISTADO DE TABLAS Y GRÁFICOS

Tabla 1. DIVORCIOS JVM 2016 . Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 2. DIVORCIOS JVM 2015 . Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 3. DIVORCIOS JVM 2014 . Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 4. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2016. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 5. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2015. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 6. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2014. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 7. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2013. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 8. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2012. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 9. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De

Seguridad y Protección) 2011. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 10. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2010. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 11. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2009. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 12. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2008. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 13. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2007. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Tabla 14. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección) 2006. Elaboración propia. Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

Gráficos:

Gráfico 1. Medidas Civiles de Protección de Menores (Órdenes de Protección). 2010-2016. Elaboración propia. Fuente: Datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. (9 de marzo de 2017)

Gráfico 2. Medidas Civiles de Protección de Menores (Medidas Cautelares). 2010-2016. Elaboración propia. Fuente: Datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. (9 de marzo de 2017)

Gráfico 3. Naturaleza de las Medidas adoptadas en 2016. Elaboración propia. Fuente: Datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. (9 de marzo de 2017)

Gráfico 4. Medidas Civiles Adoptadas en 2016. Elaboración propia. Fuente: Datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Poder Judicial. (9 de marzo de 2017)

