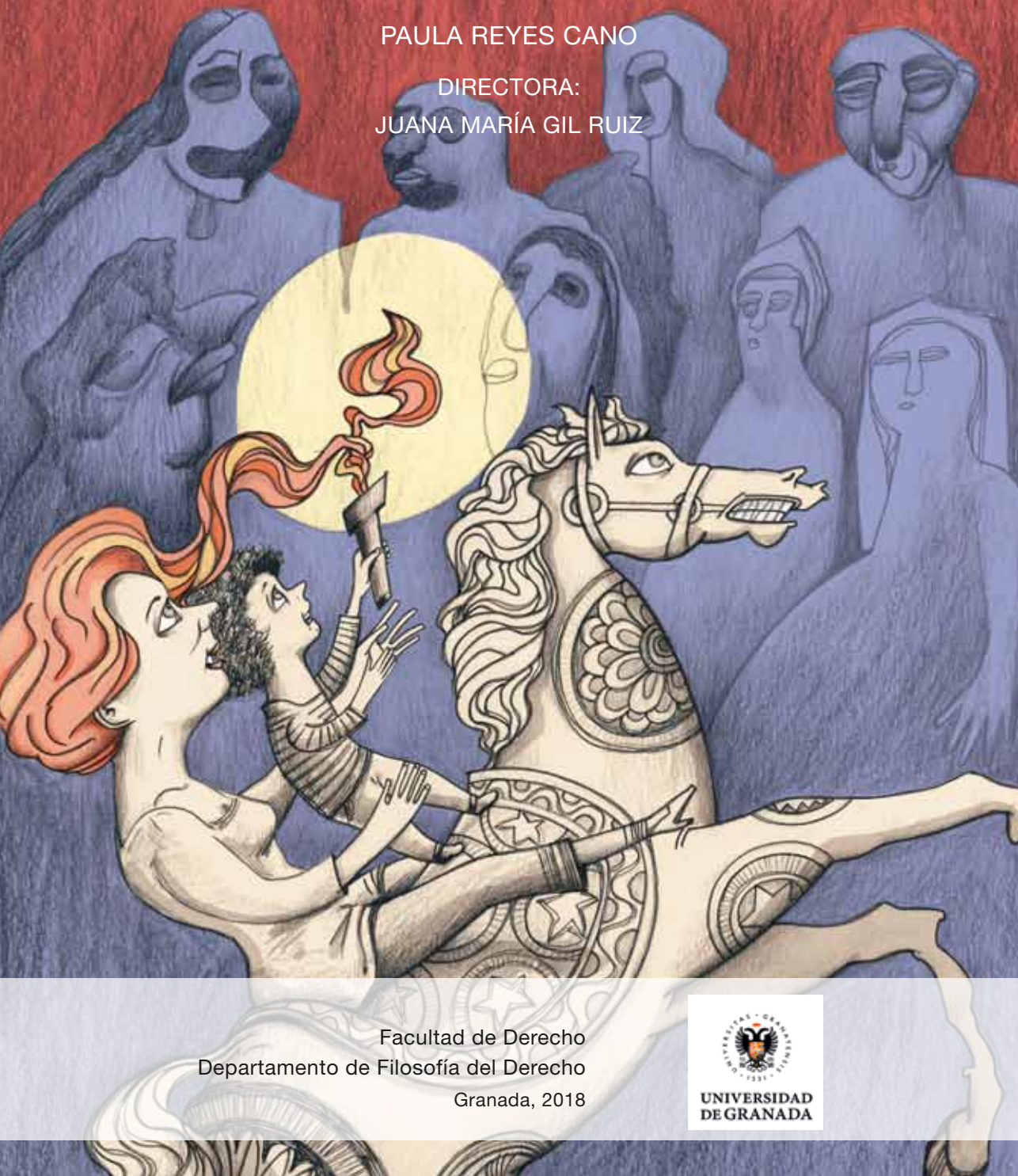


TESIS DOCTORAL

MENORES Y VIOLENCIA DE GÉNERO: NUEVOS PARADIGMAS

PAULA REYES CANO

DIRECTORA:
JUANA MARÍA GIL RUIZ



Facultad de Derecho
Departamento de Filosofía del Derecho
Granada, 2018



TESIS DOCTORAL

MENORES Y VIOLENCIA DE GÉNERO: NUEVOS PARADIGMAS

PAULA REYES CANO

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

DIRECTORA:

JUANA MARÍA GIL RUIZ

Facultad de Derecho
Departamento de Filosofía del Derecho
Granada, 2018



**UNIVERSIDAD
DE GRANADA**

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Paula Reyes Cano
ISBN: 978-84-1306-041-5
URI: <http://hdl.handle.net/10481/54414>

La doctoranda Paula Reyes Cano (26485193A) y la directora de la tesis Juana María Gil Ruiz (26213890P)

Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por la doctoranda bajo la dirección de la directora de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada, octubre de 2018

“La emancipación humana necesita de la
utopía como guía para la acción”

Ana Rubio
Las innovaciones en la medición de la desigualdad
Dykinson 2015

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| AGRADECIMIENTOS | 13 |
| LISTADO DE ABREVIATURAS | 15 |
| LISTADO DE TABLAS | 17 |
| INTRODUCCIÓN | 19 |
| Metodología de trabajo | 23 |
| 1. Objetivos | 31 |
| 1.1. Objetivos específicos | 32 |
| 2. Fases metodológicas | 33 |
| • CAPÍTULO I | 49 |
| UN PASEO POR LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL OLVIDO DE LA INFANCIA | |
| 1. La violencia de género oculta y confusa tras la violencia doméstica | 51 |
| 2. La insuficiente respuesta judicial frente al aumento de las denuncias por “violencia doméstica” | 66 |
| 3. Hacia un nuevo paradigma: conceptualizando la violencia de género | 74 |
| 4. La incorporación confusa de los/as menores como víctimas de la violencia de género en la regulación internacional y europea | 84 |
| 5. A modo de conclusión | 93 |
| • CAPÍTULO II | 95 |
| DIAGNÓSTICO DEL RECONOCIMIENTO PREVIO DE LAS VIOLENCIAS | |
| 1. Las violencias vividas por las mujeres y la infancia | 97 |
| 2. Consecuencias de la violencia de género en los y las menores | 106 |
| 3. A modo de conclusión | 116 |
| • CAPÍTULO III | 119 |
| VALORACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE MENORES ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ¿REALIDAD O FICCIÓN? | |
| 1. Consideración como víctimas directas | 121 |
| 2. Medidas cautelares de la Orden de Protección | 126 |
| 3. Juicios rápidos: marco inadecuado para la protección de los y las menores víctimas | 131 |
| 4. La visibilidad de las violencias vividas por las mujeres y sus hijos e hijas en las denuncias | 135 |
| 5. Inaplicación del delito de maltrato habitual: invisibilidad de la violencia de género | 137 |

| | |
|---|-----|
| 6. La Patria Potestad y el interés superior del menor | 145 |
| 7. La relación del padre agresor con los y las menores | 150 |
| 8. La opinión de los niños y las niñas | 153 |
| 9. Derecho del padre <i>versus</i> interés superior del menor | 156 |
| 10. El impacto en los/las operadores jurídicos de la consideración de los/as menores como víctimas | 158 |
| 10.1. La inaplicación del “fortalecimiento” de la protección establecida en la LO 8/2015 y en la Ley 4/2015 | 158 |
| 10.2. Las violencias silenciadas tras la desprotección de los/las menores | 161 |
| 10.3. Las violencias escondidas tras el delito leve o maltrato ocasional | 164 |
| 11. A modo de conclusión | 170 |
| • CAPÍTULO IV | 175 |
| LA PATRIA POTESTAD A EXAMEN ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO | |
| 1. El patriarcado y la patria potestad | 177 |
| 1.1 El patriarcado y el contrato sexual | 177 |
| 1.2 La patria potestad: del derecho romano hasta la actualidad | 181 |
| 2. El ejercicio de la patria potestad en escenarios de violencia de género | 186 |
| 3. A modo de conclusión | 197 |
| • CAPÍTULO V | 201 |
| LA SUSPENSIÓN DEL “DERECHO DE VISITAS” EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO | |
| 1. El régimen de comunicaciones y estancias | 203 |
| 1.1 Fundamento del régimen de visitas | 203 |
| 1.2 Naturaleza jurídica del régimen de visitas | 207 |
| 1.3 La denegación, limitación y suspensión del régimen de visitas | 211 |
| 2. Discursos jurisprudenciales sobre el fundamento y naturaleza del “derecho de visitas” en entornos de violencia de género | 217 |
| 2.1 Posturas del Tribunal Supremo: “necesidad del mantenimiento de las relaciones familiares” | 217 |
| 2.2. Las “nocivas consecuencias de la separación” | 222 |
| 2.3 El mandato a las madres para que aseguren la presencia del padre violento en la vida de sus hijos/as | 226 |
| 2.4. El derecho del padre <i>versus</i> los derechos fundamentales de los hijos e hijas | 231 |
| 2.5. La violencia de género: circunstancia oculta o irrelevante para la suspensión del régimen de visitas | 236 |
| 3. La construcción del interés de los/las menores en escenarios de violencia de género | 241 |
| 4. A modo de conclusión | 251 |

| | |
|--|-----|
| • CAPÍTULO VI | 257 |
| EN TORNO AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIONES Y ESTANCIAS EN ENTORNOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO | |
| 1. La maternidad natural y social frente a la paternidad inventada | 259 |
| 2. El deber de las madres de asegurar la presencia paterna en la vida de sus hijos e hijas | 266 |
| 3. La necesidad de proteger el “derecho de visitas” a toda costa | 268 |
| 3.1 Los instrumentos jurídicos para proteger el “derecho de visitas” | 271 |
| 4. A modo de conclusión | 281 |
| • CAPÍTULO VII | 285 |
| CÓMO LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PRESENCIA PATERNA NOS LLEVA AL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL | |
| 1.El Síndrome de Alienación Parental | 287 |
| 2. La entrada del SAP en las resoluciones judiciales | 294 |
| 3. Posiciones jurisprudenciales en contextos de violencia de género | 304 |
| 3.1. La modificación de la guarda y custodia a favor del padre por incumplimiento del régimen de visitas por rechazo del menor | 305 |
| 3.2. La modificación de la guarda y custodia por incumplimiento del régimen de visitas motivado por cambio de domicilio de la madre | 308 |
| 4. La utilización del Síndrome de Alienación Parental en escenarios de violencia de género | 311 |
| 4.1 Se otorga la guarda y custodia al padre por quedar acreditada la existencia del Síndrome de Alienación Parental | 312 |
| 4.2. Se otorga la guarda y custodia al padre por el rechazo del menor a la madre | 314 |
| 4.3. No se modifica la guarda y custodia según el SAP argumentado por el padre | 316 |
| 5. La atribución de la guarda y custodia individual y compartida al padre en ambientes de violencia de género | 326 |
| 6. La mirada patriarcal de los informes de los Equipos psicosociales y del Instituto de medicina legal. | 334 |
| 7. A modo de conclusión | 337 |
| CONCLUSIONES | 345 |
| ALGUNOS RETOS PENDIENTES | 363 |
| ANEXO 1 | 367 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 401 |
| - Referencias normativas y documentales | 416 |
| - Referencias jurisprudenciales | 424 |

• AGRADECIMIENTOS

A Fany, mi maestra, por su confianza y aliento, por haberme acompañado e ilusionado a lo largo de este proceso, y haberme mostrado el rumbo en mi nuevo camino.

A las mujeres y a las niñas y niños que quisieron hablar fuerte y claro en estas páginas para que sus voces nunca más sean silenciadas.

A Ana y Estela por haberse rebelado.

A Candela, por haberse rebelado para que acabe.

A Cristina por su ayuda en el análisis estadístico y por su apoyo constante.

A Encarni por estar cuando yo no he estado, por su reconocimiento para que nuestros caminos sigan confluyendo.

A mis otras/os compañeras/os de lucha y de vida, por su ánimo.

A Manu por creer en mí, por mi ausencia.

A Mario por tu paciencia, comprensión y ánimo, para que nuestro vínculo te dé fuerzas en el largo camino de la vida, porque en la búsqueda de la utopía necesitamos muchas personas con tu grandeza.

A mi madre por su apoyo incondicional..., para que no me olvide.

A mi padre por sembrar en mí, antes de irse, la semilla de la perseverancia.

• LISTADO DE ABREVIATURAS

| | |
|--------|--|
| LO | Ley Orgánica |
| ART. | Artículo |
| AEN | Asociación Española de Neuropsiquiatría |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| CP | Código Penal |
| LECrIm | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| CEDAW | Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| PP | Páginas |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| SSAP | Sentencias de la Audiencia Provincial |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| SSTS | Sentencias del Tribunal Supremo |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| SSTC | Sentencias del Tribunal Constitucional |
| REC | Recurso |
| PEF | Punto de Encuentro Familiar |
| SS | Siguientes |
| SAP | Síndrome de Alienación Parental |

• LISTADO DE TABLAS

Tabla 1: Método de investigación

Tabla 2: Evolución de las denuncias por violencia doméstica-género, relacionadas con las reformas legislativas, planes de igualdad/violencia y campañas de sensibilización (1984-2006)

Fase metodológica primera

Tabla 3: Agresiones físicas hacia las madres

Tabla 4: Agresiones psíquicas hacia las madres

Tabla 5: Agresiones física y psíquicas hacia los/las hijos e hijas

Tabla 6: Evolución nacional de la adopción de las medidas previstas en el art. 65 y 66 de la LO 1/2015 (Años 2006-2014)

Tabla 7: Las violencias tras la ruptura

Tabla 8: Evolución nacional de la adopción de las medidas previstas en el art. 65 y 66 de la LO 1/2015 (Años 2015-2018)

Fase metodológica sexta

Tabla 9: Agresiones físicas a las madres

Tabla 10: Agresiones psíquicas a las madres

Tabla 11: Agresiones físicas y psíquicas y psíquicas hacia los/las hijos/as

Tabla 12: Hechos denunciados

Tabla 13: La visibilidad de las violencias en las denuncias

Tabla 14: Las violencias tras la ruptura

• INTRODUCCIÓN

Mi trabajo como asesora jurídica del Centro de Información a la Mujer de la Mancomunidad Río Monachil (Granada) durante los últimos diecisiete años me ha impulsado a la realización de esta tesis doctoral. A lo largo de todo este tiempo he estado muy cerca de las historias de vida de las mujeres y de sus hijos e hijas, de sus padecimientos y de sus luchas. Junto a ellas y ellos me he sentido impotente, por no haber podido evitar lo que podría haberse evitado: la perpetuación de la violencia de género a través de los niños y niñas. Junto a ellos y ellas me he sentido pequeña e insignificante, frente al gigante del patriarcado, cuando ha aniquilado cualquier esperanza de justicia e igualdad en el sistema judicial. He podido vivir en primera persona la invisibilidad de la violencia de género y, en consecuencia, la invisibilidad de todas sus víctimas, así como su silencio obligado. A través de esta tesis he pretendido dar voz a las mujeres y menores, sintiendo la responsabilidad de hacerlo.

A lo largo de estas páginas evidenciaré los distintos obstáculos encontrados en mi práctica profesional en torno a la protección de la infancia víctima de la violencia de género, realizando una reflexión profunda sobre los mismos (desde la teoría feminista y el enfoque de los derechos de la infancia), así como propuestas de nuevos planteamientos. Con la confianza y deseo de que esta investigación arroje luz a los/las operadores jurídicos, a las instituciones y a la sociedad en general, y de que contribuya a avanzar, y finalmente, a alcanzar el derecho de las mujeres y los/las menores a una vida libre de violencia de género.

Mi formación en investigación feminista, adquirida además a través del Máster en Igualdad de Género en el ámbito público y privado¹, me ha permitido lograr métodos y técnicas de investigación social, que me

1. Máster de Igualdad de Género en el Ámbito Público y Privado: especialidad en investigación feminista. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche.

han posibilitado alejarme de la perspectiva de las teorías tradicionales en la observación del fenómeno jurídico, utilizando un enfoque socio-jurídico, más complejo, que tiene como objeto la descripción y comprensión del derecho como fenómeno social.

Esta tesis se ha ido fraguando desde la reflexión diaria en mi práctica profesional, derivada de los diversos obstáculos a los que me he tenido que enfrentar en la intervención con las mujeres que han sufrido violencia de género, y que ansiaban proteger a sus hijos e hijas. Desde el inicio de este proceso, se partió de la definición que establece la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género², cuando en su exposición de motivos describe la violencia de género como: “el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, que se dirige sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. En el ámbito de la relación de pareja, este tipo de violencia persigue el sometimiento de las mujeres, por ello se dirige hacia ellas. No obstante, a lo largo de mi trayectoria, he podido observar que esta violencia se extiende hacia los hijos e hijas para conseguir su objetivo, bien por su exposición a las agresiones físicas y psíquicas reiteradas, por sufrir las agresiones directamente, o por ser utilizados y utilizadas por los maltratadores como instrumentos para seguir ejerciendo violencia hacia sus madres.

En la consideración de que los hijos y las hijas sufren siempre la violencia hacia sus madres, con las consecuencias negativas que esto tiene para su desarrollo como personas, se alzaron voces en el reconocimiento de que son también víctimas. Así lo puso de manifiesto *Save the Children* en los informes realizados en el año 2006 y 2011: “Atención a los niños y niñas víctimas de la violencia de género”, y “En la violencia de género no hay una sola víctima”, en los que se ponía en evidencia el

2. En adelante LO 1/2004.

déficit en los recursos en la atención a los niños y las niñas víctimas de violencia de género, por no ser considerados como tales. Las investigaciones sobre esta problemática comenzaron en el ámbito anglosajón a mitad de la década de los setenta. En el contexto hispanoamericano, y en concreto en nuestro país, esta situación ha sido invisibilizada, centrándose las investigaciones y recursos básicamente en las mujeres víctimas, motivo por el que los estudios son aún escasos, siendo los pioneros hace escasamente diez años (Lizana, 2012: 36-39).

Esta realidad descrita hizo que nos planteáramos, como paso necesario para levantar los cimientos de esta tesis, realizar un recorrido histórico sobre el tratamiento de la violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico, desde la introducción en el Código Penal del art. 425, hasta la promulgación de la LO 1/2004. Este paseo por nuestra legislación pretendía evidenciar como la situación trazada anteriormente, en parte, fue consecuencia de la confusión por parte de nuestro derecho de los conceptos de violencia doméstica y de género, confusión que provocó la ocultación de esta última, negando sus raíces profundas, y situando a las mujeres junto a la infancia, una y otra vez, como seres débiles necesitados de protección. En este marco, conceptualizar a la infancia como víctima de la violencia de género, en tanto que una forma de discriminación basada en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, era irrealizable. Nuestras antecesoras feministas³, desde el informe por parte de la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargada del Estudio de la Mujer Maltratada de 1989, hicieron visible el impacto de la violencia de género en los/as menores; sin embargo, las sucesivas reformas legislativas, centradas en la violencia doméstica, no escucharon sus voces.

3. Este informe se nutrió de información escrita procedente, entre otros, de la Comisión de Malos Tratos, de la Asociación Española de Mujeres Separadas y Divorciadas, y las ponencias de Carlota Bustelo, Directora General del Instituto de la Mujer; Cristina Alberdi, Vocal del Consejo General del Poder Judicial; Alicia Herrera, representante de la Asociación Nacional para la investigación de los Malos Tratos a Mujeres y M^a José Varela, representante del Colegio de Abogados de Barcelona

La sociedad que calificaríamos de adultocentrista y patriarcal ha considerado a los/las menores meros apéndices de sus madres, por lo que es necesario situarlos en el centro de este problema y no en los márgenes, como titulares de derechos y plenos ciudadanos/as. En este sentido, Liebel (2015: 57) entiende por racionalidad adultocentrista aquella “que menosprecia como irracional, inmaduro o carente de valor toda forma infantil de pensar y razonar”. Lerner (1995: 339) define el patriarcado como “la manifestación y la institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y niños de la familia y la ampliación de ese dominio masculino sobre las mujeres en la sociedad en general”.

De esta manera, en palabras de Amorós (2008: 12), es necesaria la conceptualización de este problema para pasar “de la anécdota a la categoría”. Le ha costado mucho esfuerzo al feminismo revelar los malos tratos y asesinatos de mujeres como un tipo específico de violencia que tiene un carácter estructural. “Solo cuando este concepto estuvo disponible y se incorporó al vocabulario público, se volvió tema de debate y se asumió la necesidad de tomar medidas políticas” (Amorós, 2008:12). Ahora nos queda un paso más, dentro de los muchos pendientes; conceptualizar a los y las menores como víctimas de esta violencia estructural que es la violencia de género en el ámbito de la relación de pareja. La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica⁴, y la LO 1/2004 supusieron un avance en la intervención en esta grave problemática, y una mayor seguridad para las mujeres y los hijos e hijas que la sufren. Sin embargo, en ninguna de las dos leyes se conceptualiza a la infancia como víctima de esta violencia, produciéndose en la práctica su invisibilización y, por consiguiente, su desprotección. No obstante, la LO 1/2004 reconoció en su exposición de motivos II, último párrafo, que “las situaciones de violencia contra la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta

4. En adelante Ley 27/2003.

violencia”, y contempló “su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”. De esta manera se inició el camino para la necesaria conceptualización de los/las menores como víctimas de violencia de género, como una forma de discriminación basada en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, que se extiende hacia la infancia para conseguir su objetivo.

De este modo, los y las menores son una pieza más en el entramado de la violencia de género. La sociedad se escandaliza ante el caso más grave, el asesinato de niños y niñas a manos de sus padres, pero no se visualiza la antesala a este dramático final. Con el propósito de poner el foco en esta antesala, consideramos que era necesario realizar un diagnóstico previo, a través de una investigación cuantitativa y cualitativa, con el objetivo de hacer visibles las situaciones de violencia de género vividas por las mujeres, para así visibilizar las violencias a las que habían estado expuestos los/as menores durante la convivencia y tras la ruptura. De esta manera, se podrá entender el impacto negativo que estas vivencias suponen en su bienestar y desarrollo, y comprender por qué son también víctimas de la violencia de género, con la intención de propiciar un cambio de sensibilidades sociales y una adecuada respuesta por parte de la Administración en general y por la de Justicia en particular. En esta línea, la macroencuesta de violencia contra la mujer de 2011, elaborada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, incorporó por primera vez la pregunta sobre la existencia de hijos e hijas expuestos a violencia de género. Según esta, se estima que casi 2 800 000 personas eran menores de edad cuando estaban expuestas a la situación de violencia que vivía su madre. Así mismo, en el año 2013, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad incorporó en los datos estadísticos sobre violencia de género a las víctimas mortales menores de edad, habiéndose contabilizado desde entonces 25 menores

asesinados⁵. Sin olvidar las terribles situaciones en la que se encuentran aquellas personas menores de edad que han perdido a su madre, tras haber sido asesinada por su padre, y ello, después de haber vivido y sufrido durante años las diversas violencias ejercidas por su progenitor⁶.

Para que el diagnóstico previo fuera completo entendimos que era necesario analizar, a través de un análisis cuantitativo, la respuesta que otorgaba nuestro sistema judicial a la infancia víctima de la violencia de género, tras la realización de un examen de los instrumentos jurídicos existentes para su protección. Dicho diagnóstico se consideró indispensable para la realización de un adecuado “tratamiento jurídico-político” (Gil, 2007: 27). Los resultados de esta investigación se adelantaron, por actualidad jurídica y política, con la publicación en el año 2015 del artículo *Menores y Violencia de Género: de invisibles a visibles*, en la prestigiosa Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Dicho estudio, que será mostrado como parte de los resultados de esta tesis, pretendió contribuir a la escasa reflexión sobre la violencia de género y la infancia, justo en el momento en el que se estaba gestando la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia⁷, y acababa de publicarse la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima⁸. Ambas leyes reconocieron a los/las menores que viven en entornos de violencia de género como víctimas, modificando la Ley 8/2015 el art. 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, expresando: “ por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia

5. Dato obtenido de las Fichas estadísticas de menores víctimas mortales por violencia de género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (años 2013 a 17 de septiembre de 2018).

6. 207 menores de edad han quedado huérfanos desde el año 2013 (momento en el que comenzó a contabilizarse). Dato obtenido de las Fichas estadísticas víctimas mortales por violencia de género (años 2013 a 17 de septiembre de 2018).

7. En adelante LO 8/2015.

8. En adelante Ley 4/2015.

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”. Además, la LO 8/2015 realizó una nueva definición del concepto de interés del menor, estableciéndose, entre otros parámetros, el derecho a que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

En el artículo “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, ya poníamos de manifiesto que el reconocimiento de los/as menores como víctimas de la violencia de género, y de las consecuencias para su desarrollo y salud, no había supuesto, además, la incorporación de normas contundentes para su protección distintas a las ya existentes. Por este motivo, aventurábamos que estas modificaciones no conseguirían el objetivo simbólico pretendido si no se resolvía, siguiendo a Rubio (2004: 17), la contradicción entre los valores de los operadores jurídicos y los valores contenidos en estas modificaciones legislativas. Por ello, considerábamos que serían necesarias, partiendo de una reflexión profunda, herramientas jurídicas más contundentes para la protección de sus derechos fundamentales. El paso del tiempo nos confirmó este augurio, por lo que para la realización de la referida reflexión nos planteamos los siguientes interrogantes: ¿qué hay detrás de la ineficacia de estas normas? ¿Qué conflictos existen por parte de los/las operadores jurídicos para su no aplicación? ¿Existen divergencias entre esta norma y otras categorías jurídicas definidas en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Qué oculta la obstinada invisibilización de los/las menores como víctimas de violencia de género?

Para responder a estas preguntas se consideró que era ineludible, además de la realización del diagnóstico previo, efectuar un examen doctrinal y jurisprudencial de las instituciones jurídicas que perviven en nuestro ordenamiento jurídico, y que están impregnadas de la ideología patriarcal. Nos referimos a la Patria Potestad y el “Derecho de visitas”; categorías jurídicas que mantienen viva la autoridad del hombre y del padre, y que chocan de frente con la consideración de la infancia como víctima de la violencia de género. En palabras de Roca (2014: 32), “no

hay ninguna escuela de filosofía del derecho moderna que escape a la necesidad de analizar y dar sentido a un grupo de normas que partiendo de posturas tradicionales, requieren una “limpieza” a fondo, dado que el derecho no debe de ninguna forma basarse en otros criterios que en los principios reconocidos en los diferentes textos fundamentales que están en vigor en nuestro país”.

Las resistencias del legislativo a la eliminación del concepto de patria potestad, en el que confluye toda la ideología del patriarcado clásico y moderno, trae como lógica consecuencia que en contextos de violencia de género los juzgados otorguen por inercia el ejercicio conjunto de la patria potestad tanto al padre como a la madre. La realidad nos muestra las dificultades con las que se encuentran las mujeres que denuncian situaciones de violencia de género para tomar decisiones en asuntos de interés para los hijos e hijas, en temas administrativos, médicos, de cambio de ciudad, por situaciones de riesgo, y ello, por el necesario consentimiento de los padres agresores. A menudo se encuentran con su oposición, pasividad o falta de colaboración, perjudicando gravemente el interés superior del menor. Por otra parte, las posiciones doctrinales y jurisprudenciales aparentemente neutras sobre el fundamento y la naturaleza jurídica del régimen de comunicaciones y estancias en contextos de violencia de género influyen en la construcción del interés del menor y en las resistencias a la suspensión de este derecho en escenarios de violencia de género. De esta manera, se revelará cómo dichas posturas están definidas por intereses patriarcales, en los que predomina paradójicamente el derecho de los padres frente el derecho de los hijos a una vida libre de violencia, amparándose en la presunción de la necesaria relación con el padre para el desarrollo del menor.

La primera parte de esta reflexión, en torno a la categoría jurídica de patria potestad, fue publicada en el año 2017, en el nº 49 de la Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, con el artículo: *La Patria Potestad a examen ante la violencia de género*. El panorama jurídico y político hizo que fuera el momento oportuno para adelantar otra parte de los resultados de esta tesis, con el objetivo de proponer alternativas de

lege ferenda en torno a la suspensión del ejercicio de la Patria Potestad en contextos de violencia de género. De esta manera, tras la ratificación por parte de España, en abril de 2014, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia doméstica y de género - primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra las mujeres y doméstica- y las leyes del año 2015, la Comunidad Autónoma de Andalucía presentó al Gobierno Central un Pacto de Estado para la erradicación de la violencia contra las mujeres. El 15 de noviembre de 2016, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, por unanimidad, una Proposición no de ley por la que se instaba al Gobierno a promover la suscripción de un Pacto de Estado en materia de violencia de género, con la finalidad de seguir impulsando políticas para la erradicación de la violencia sobre la mujer como una verdadera política de Estado. El 13 de septiembre de 2017, tras varios meses de trabajo, el Pleno del Senado aprobó, por unanimidad, el Informe de la Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género⁹. Por otro lado, el Congreso, en sesión plenaria de 28 de septiembre, aprobó sin ningún voto en contra¹⁰ el informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de violencia de género. Ambos informes recogen un conjunto de propuestas de actuación para los próximos cinco años con el propósito de avanzar en la erradicación de las diferentes formas de violencia de género, dando cumplimiento así a las recomendaciones de los organismos internacionales, Naciones Unidas y Consejo de Europa. Su eje 4 establece un conjunto de medidas para intensificar la asistencia y protección de menores víctimas de violencia de género. En dicho eje, se establecen acciones que tocan los cimientos del patriarcado, como la patria potestad y el régimen de comunicaciones y estancias. Dichas categorías han sido objeto de revisión a lo largo en esta tesis, analizando en paralelo

9. Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género. Congreso+Senado.

10. Aunque con siete abstenciones del grupo Unidos Podemos.

las modificaciones propuestas por el Pacto de Estado en este sentido.

A pesar de que la Proposición no de ley aprobada el 15 de noviembre de 2016 establecía que las medidas contenidas en el informe que supusieran la modificación de textos legales vigentes debían de ser remitidas a las Cortes Generales en un plazo no superior a seis meses, transcurrido un año desde la aprobación del Pacto de Estado, la casi totalidad de dichas medidas, ya consensuadas, se encuentran en espera. Para salvar esta situación, el Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado dio luz verde, entre otras, a la medida 147, modificando el art. 156 del Código Civil, añadiendo un nuevo párrafo: “dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos”. Dicho Real Decreto levantó una importante polvareda, así la Asociación de Jueces Francisco de Victoria¹¹ pidió al Gobierno que fuera retirado por “no haber sido meditado, debatido y examinado con la profundidad que requiere una materia de esta importancia”, así como por “no concurrir motivos de urgencia o de excepcionalidad”. Esta Asociación, y otros colectivos que se pronunciaron en contra, obviaron que las medidas contenidas en el Pacto de Estado fueron aprobadas por el Congreso de los Diputados en sesión de 28 de septiembre de 2017, y por el pleno del Senado en sesión de 13 de septiembre. Estas protestas tampoco tuvieron en cuenta que el carácter de urgencia estaba justificado, ya que están afectados derechos tan

11. Información obtenida de www.europapres.es publicado en el 20 de agosto de 2018

relevantes como la vida, la libertad y seguridad personal, la integridad física y psicológica, así como el derecho a la protección de la dignidad personal. De este modo, consideramos que el verdadero motivo de esta indignación es la resistencia a que se remuevan los pilares del patriarcado, principalmente si tenemos en cuenta que la modificación relativa a la patria potestad que establece este Real Decreto solamente excluye la autorización del progenitor para la atención psicológica, precisamente por las consecuencias en la salud mental de su prole, provocadas por sus actos violentos. En este sentido, y como se desarrollará a lo largo de estas páginas, entendemos que el Pacto de Estado debería de haber ido más lejos en cuando a la suspensión de la patria potestad en contextos de violencia de género.

La segunda parte de nuestra reflexión, en torno a la categoría jurídica del “derecho de visitas”, ha sido aceptada para su publicación en el nº 112 (septiembre- diciembre de 2018) de la también prestigiosa Revista Vasca de Administración Pública, a través del artículo: *La vulneración de los derechos fundamentales de los menores en un contexto de violencia de género: una realidad a considerar en las políticas públicas*. En este sentido, dicha publicación se produce también en momento absolutamente necesario, ya que aún está pendiente de aprobación normativa la medida 144 de Pacto de Estado, en la que se establece el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los art. 65 y 66 de la LO 1/2004. Pretendemos con el análisis jurisprudencial y doctrinal en torno al “derecho de visitas” en contextos de violencia de género arrojar luz para la necesaria y urgente modificación del paradigma existente en nuestro derecho y práctica judicial, basado en la presunción que considera necesario para el desarrollo del menor la relación con el padre, aunque se trate de un padre violento o negligente.

Por último, en esta tesis consideramos necesario ahondar en un tema poco estudiado, y en el que es necesario detenerse. Nos referimos a los

deberes que se les imponen a las madres que ejercen la guarda y custodia en relación al derecho del padre de relacionarse con los hijos e hijas, así como las graves consecuencias del “incumplimiento” de dichos deberes, utilizando como elemento clave de análisis el art. 776.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se cuestiona si este precepto fue creado para disciplinar a la persona que ejerce la guarda y custodia sobre las consecuencias de un posible incumplimiento: multas coercitivas, como mínimo y, como máximo, la pérdida de la guarda y custodia. Se verá cómo la práctica judicial, en contextos de violencia de género, reclama a las madres el deber de respetar la relación ente el padre y los hijos e hijas, exigiéndole que sean las mediadoras y transmisoras de la autoridad paterna, siendo determinante su participación en la formación de la imagen del padre. Este precepto abre la puerta a los constructos del Síndrome de Alienación Parental, ya que el sistema judicial atribuye en muchas ocasiones, como causa del rechazo de los hijos e hijas al padre, la manipulación de la madre, independientemente de la conducta violenta o negligente del mismo. Para cerrar esta tesis, se realizará un análisis del tratamiento del Síndrome de Alienación Parental en los Juzgados de Violencia, a través de las sentencias de las Audiencias Provinciales halladas en las que se menciona el término del SAP con el objetivo de analizar el sesgo de género de este constructo.

El trabajo desarrollado se distribuye en siete capítulos. Al final de cada uno de ellos se realiza una conclusión provisional para facilitar la comprensión al lector o lectora, cerrando con las conclusiones finales. En el siguiente apartado, se desarrolla la metodología utilizada para la construcción de los siete capítulos de los que se compone esta tesis, así como los contenidos abordados en cada uno de ellos.

METODOLOGÍA DE TRABAJO

Para el desarrollo de este trabajo, siguiendo a Calvo y Picontó (2017: 15-21), se ha utilizado un enfoque socio-jurídico, que tiene como objeto la “descripción y comprensión del derecho como fenómeno social,

aunando herramientas metodológicas de diversos campos científicos, en particular de las ciencias jurídicas y de las ciencias sociales”. De esta manera, se produce un alejamiento del modelo científico dogmático, “basado en la primacía de los textos y la construcción de un discurso autónomo a partir de la ley”. Este discurso no ha posibilitado la entrada a los planteamientos filosóficos críticos ni a las aproximaciones socio-jurídicas. El enfoque socio-jurídico ha permitido la alianza de las ideas jurídicas o aproximaciones doctrinales al derecho, con los métodos de las ciencias sociales. Desde este planteamiento, esta tesis se ha basado en la investigación empírica, utilizando una metodología cuantitativa y cualitativa, integrando ambas herramientas en función a los objetivos pretendidos.

Por otra parte, en el desarrollo de esta tesis se ha tenido en cuenta la perspectiva de los derechos humanos de las personas menores de edad, tomando como punto de partida la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989. La Convención introdujo un cambio de paradigma, dejándose de considerar a las personas menores de edad como seres únicamente merecedores de protección jurídica por parte de adultos y del Estado, para pasar a ser considerados como verdaderos/as ciudadanos/as, titulares de derechos propios, sujetos de su propia vida y desarrollo. (Villagrasa, 2015: 18; Liebel y Martínez, 2009: 45). Además, la Convención supuso el pleno reconocimiento internacional de los derechos de la infancia y de la adolescencia, que se extendió a un plano regional y estatal. Los principios recogidos en dicho texto se fueron incorporando a las legislaciones internas de casi todos los países que han ratificado esta norma internacional. En España, este reconocimiento se produjo a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de las Legislaciones de las Comunidades Autónomas (Picontó, 2016: 137).

De esta manera, se aborda el fenómeno de la infancia relacionado con la violencia de género en toda su complejidad, investigación empírica que se ha vinculado con la teoría crítica feminista del derecho, atravesando todas las fases del trabajo, para demostrar las ideologías que se

esconden tras las normas y los discursos jurisprudenciales. Siguiendo a Facio (1999: 125-216), se han manejado categorías y métodos que evidencien las relaciones de dominación masculina y subordinación femenina, utilizando como método de análisis la reconstrucción de conceptos jurídicos supuestamente neutros para revelar su verdadera naturaleza androcéntrica, así como para visibilizar las relaciones de poder que oculta. Se cuestionan así las “suposiciones de objetividad, racionalidad y universalidad que subyacen en la concepción liberal del fenómeno jurídico”. Por lo tanto, es necesario “un nuevo examen de los paradigmas e hipótesis que subyacen en la teoría y metodología del derecho para detectar la presencia del sesgo androcéntrico”.

1. Objetivos

El objetivo general es conceptualizar a los/las menores como víctimas de la violencia de género en el ámbito de la relación de pareja, mediante la realización de un diagnóstico previo de las violencias sufridas, necesario para un adecuado tratamiento jurídico político, para después analizar las resistencias a la protección de los/las menores víctimas de violencia de género por el sistema judicial, como sujetos de derecho. Todo ello, indagando en los conflictos existentes entre la LO 8/2015 y la Ley 4/2015, en las que se reconoce a los/las menores como víctimas de la violencia de género, con las categorías jurídicas de patria potestad y “derecho de visitas”.

1.1. Objetivos específicos

- a) Revelar las violencias vividas por las mujeres y sus hijos e hijas, y las consecuencias observadas por las madres en los/las niños y niñas, la protección que reciben por parte de la Administración de Justicia tras la denuncia, así como las violencias vividas en el régimen de comunicaciones y estancias.

- b) Examinar las herramientas jurídicas que los y las operadores jurídicos tienen a su alcance en nuestro ordenamiento jurídico para la protección de la infancia víctima de la violencia de género, y para su participación en este proceso como sujetos de derecho.
- d) Revisar las categorías jurídicas de patria potestad y “derecho de visitas”, analizando los valores que las sustentan desde la teoría crítica feminista.
- e) Analizar cómo influyen los discursos jurídicos, aparentemente neutros, en la construcción del interés del menor, y en las resistencias a la suspensión del ejercicio de la patria potestad y régimen de comunicaciones y estancias en escenarios de violencia de género.
- f) Mostrar las consecuencias para los/las niños/as víctimas de violencia de género del incumplimiento por parte de la madre del deber de asegurar la presencia del padre violento en sus vidas.
- c) Evidenciar la inaplicación de las medidas de protección dirigidas a los/as menores como víctimas de la violencia de género, previstas en la Ley 8/2015 y la Ley 4/2015.

Para el cumplimiento de estos objetivos, el trabajo de investigación se realizó en las siguientes fases.

2. Fases metodológicas

2.1. Primera fase

Para situarnos en el contexto actual, ha sido necesario realizar un recorrido histórico de la evolución del concepto de violencia de género, su ocultación y confusión tras el de violencia doméstica. Este recorrido nos ha permitido descubrir las voces que alertaban, desde 1989, del impacto de la violencia de género en los/las menores, así como las res-

puestas pusilánimes ofrecidas por parte del legislativo nacional para, posteriormente, analizar el concepto de violencia de género en el ámbito internacional y europeo, así como la incorporación confusa (entre el concepto de violencia doméstica y de género) de los/as menores como víctimas. Esta fase será desarrollada en el Capítulo I: *Un paseo por la violencia de género y el olvido de los menores*.

2.2. Segunda fase

Tras el anterior recorrido, se consideró necesario, para poder realizar un adecuado tratamiento jurídico-político, efectuar un diagnóstico del reconocimiento previo de las violencias de género vividas por las mujeres y la infancia (Gil, 2007: 27), la protección que reciben por parte de la Administración de Justicia tras la denuncia, así como las violencias vividas tras el régimen de comunicaciones y estancias. Para la realización de este diagnóstico se han utilizado las herramientas metodológicas cuantitativas y cualitativas que se desarrollarán a continuación:

a. Análisis cuantitativo

Se han analizado 118 denuncias y procedimientos por violencia de género, con el objeto de conocer las violencias vividas por las madres y sus hijos e hijas, las situaciones denunciadas y de qué forma, los procedimientos incoados, las medidas de protección adoptadas por los Juzgados de violencia, así como las condenas dictadas. A su vez, se ha indagado si se mantuvo la violencia en las comunicaciones del padre con los y las menores, y si se tuvieron en cuenta las situaciones de violencia en las sentencias civiles dictadas. Las denuncias correspondían a las presentadas en el período 2011-2013 en la Mancomunidad Río Monachil (Granada).

Para la obtención de los datos cuantitativos he utilizado la información y documentos obrantes en cada uno de los expedientes existentes en el Centro de Información a la Mujer de la Mancomunidad Río Monachil (Granada), es decir: denuncias, resoluciones judiciales penales y civiles e informes de las entrevistas realizadas. Para el tratamiento de los

datos elaboré una base de datos con las denuncias de las víctimas entre el período de 2011 a 2013. Para la creación de la base de datos se siguió como marco de referencia (con modificaciones sustanciales por la adaptación al objeto de estudio) el documento: “Sistema de indicadores y variables sobre violencia de género sobre el que construir la base de datos del Observatorio Estatal de Violencia Sobre la Mujer” (2007).

El proceso seguido fue, en primer lugar, la creación de una plantilla en Excel con las variables objeto de investigación, para la posterior elaboración de un tutorial¹² con los códigos otorgados a las categorías de las variables. En segundo lugar, de manera manual, introduje cada una de las denuncias en la hoja Excel. Este proceso fue un paso previo para traducir las denuncias a un lenguaje informático que pudiera analizarse estadísticamente. Una vez completada la base de datos con las denuncias, se realizó un análisis estadístico univariante mediante distribución de frecuencias por medio del software estadístico Statistical Package for the Social Sciences (SPSS).

Se ha combinado la utilización de estas fuentes primarias con fuentes secundarias, al objeto de comparar los resultados y observar la evolución, en relación con la respuesta otorgada por la Administración de Justicia en la protección de los y las menores víctimas de violencia de género. Para ello se utilizó el documento “La violencia contra la mujer en la estadística judicial de los años 2006 a 2014”, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial.

b. *Análisis cualitativo*

El método cualitativo busca descubrir la realidad social desde dentro, conociéndola a través de las palabras y conductas de los sujetos investigados en su contexto, describiéndola por medio del lenguaje natural (Calvo y Picontó, 2017: 147-148). Este método permite construir realidades sociales alternativas y permite la revisión de métodos y discursos

12. Ver anexo 1.

que dejan fuera gran parte de las distintas formas en las que se manifiesta la opresión de las mujeres. En esta línea se han incluido las voces de las mujeres, niños y niñas, incorporando sus sentimientos, cristalizando las “ideas abstractas en personas de carne y hueso, y en experiencias realmente vividas” (Facio, 1999: 17). La estrategia consiste en, siguiendo a Pitch (2003: 259), tomar en serio las experiencias de las mujeres (y de la infancia) y, a partir de las mismas, hacerlas visibles al Derecho, para crear derechos a su medida. Los niños/as son los más adecuados para proporcionar información sobre su propia situación. La Convención de los Derechos del Niño de la ONU establece claramente que todos los niños y niñas tienen el derecho a hacer que sus puntos de vista sean tomados en cuenta en los asuntos que les afecten.

Se han realizado entrevistas semi-estructuradas a dieciocho mujeres que denunciaron situaciones de violencia de género por parte de sus parejas o exparejas. Se trataba de mujeres con las que se había realizado, o se estaba realizando, una intervención por ser víctimas de violencia de género por parte de su pareja o expareja en el Centro de Información a la Mujer de la Mancomunidad Río Monachil, por lo que ya existía cierto grado de confianza con ellas. Esto facilitó el desarrollo de la entrevista, así como la aceptación de la realización de la misma. Un aspecto que resultó positivo es que ya se tenía un conocimiento previo de las situaciones de violencia y de los procedimientos existentes, por lo que hubo preguntas que no tuvieron que realizarse, al disponer de esta información por la intervención que se estaba realizando desde el Centro de Información a la Mujer, evitando, de esta manera, la victimización secundaria. Además, se efectuaron cinco entrevistas a niños y niñas, con la finalidad de mostrar su opinión sobre la relación con su padre, y sobre cómo les gustaría que se desarrollase, todos ellos, hijos e hijas de las mujeres a las que previamente se había realizado la entrevista. Las entrevistas referidas han sido realizadas por esta investigadora. Para el adecuado planteamiento de las mismas, previamente, se efectuó una revisión bibliográfica sobre las consecuencias de la exposición a la violencia de género para el desarrollo de los/las menores.

Entrevistas a mujeres

Al ser entrevistas formales y semi-estructuradas, no se contaba con una batería de preguntas estandarizadas, pero sí con un guion de variables. La característica de este tipo de técnica es que, aunque se parte de un cuestionario de preguntas previamente elaborado, permite la posibilidad de incluir o eliminar preguntas en función de las respuestas del informante, es decir, abrir el cuestionario (Téllez, 2007: 187-219). Con anterioridad a la realización de la entrevista, se les informó, de forma clara, del objetivo de la investigación, así como de su participación en ella. Se les garantizó la confidencialidad, y se obtuvo el consentimiento informado. Las entrevistas (previo consentimiento) fueron grabadas, lo que permitió la escucha posterior, y permitió atender aquellos detalles que hubieran podido pasar desapercibidos durante la realización de la misma. La grabación permitió la transcripción literal de las respuestas de las informantes, por lo que ha posibilitado darles voz en este trabajo. El objetivo fue conocer con mayor profundidad las violencias que habían vivido, las consecuencias observadas por las madres en sus hijos e hijas, y la relación del padre con los y las menores tras la separación.

Guion de variables:

- Situaciones de violencia de género vividas
- Exposición de los hijos e hijas a la violencia de género
- Violencias hacia los hijos e hijas por parte del padre
- Consecuencias observadas en los/las menores por parte de la madre, por la situación de violencia vivida
- Situaciones de violencia vividas por los/las menores en el régimen de comunicaciones y estancias
- Opiniones y sentimientos de los hijos e hijas en cuanto a la relación con el padre
- Opiniones y sentimientos de las mujeres en cuanto a la protección de sus hijos e hijas

Entrevistas a menores

En el diseño de este trabajo me surgieron preocupaciones en cuanto a abordar con los/las menores las situaciones de violencia de género que habían vivido. Para superarlas ha sido muy valioso el estudio del documento de *Save the Children* “¿así que quiere hacer participar a los niños y niñas en la investigación? Paquete de herramientas para la buena práctica”¹³. Este trabajo plantea que uno de los factores claves es el desequilibrio de poder inherente entre un/una investigador/a adulto y un niño/a. Para evitar esta dificultad, es necesario informar a las personas menores de edad entrevistadas del objetivo de la investigación, de sus derechos como niño/niña, y trasladarles el más absoluto respeto e importancia a sus puntos de vista y opiniones. De este modo, las principales cuestiones éticas que me afloraron fueron las relacionadas con evitar daños a los niños/as, dar información y obtener el consentimiento informado.

Se valoró el daño que se podría causar a los/las niños al contar sus experiencias, frente al beneficio de cuestionar el silencio que rodea la violencia que sufren. El estudio referido de *Save the Children* nos enseña que la participación puede ser una experiencia importante para salir de la victimización, la pasividad y el silencio. Prácticas recogidas en dicho documento ponen de manifiesto: “la gente suele decir que es difícil conversar con los niños y niñas sobre las cosas que podrían hacerlos sentir tristes y solitarios. Como adultos nos preocupa que al discutir experiencias infelices intensifiquemos de algún modo el dolor del niño. Pero esa indeseable situación no es inevitable (...) el apoyo a los niños y niñas para que conversen sobre temas difíciles puede ser también empoderador para ellos” (*Save the Children*, 2004: 16).

Las entrevistas fueron grabadas al igual que las de las madres. En

13. Se basa en gran medida en las experiencias de *Save the Children* en la participación de los niños/as en la Sesión Especial en Favor de la Infancia de Naciones Unidas celebrada en el año 2002, que tuvo por objeto alentar y facilitar la participación de los niños/as en las consultas regionales y de otra índole que serían parte del estudio de la ONU.

cuanto al consentimiento informado, se obtuvo el expreso consentimiento de la madre, además del consentimiento del niño y de la niña individualmente. Para ello, se les garantizó la confidencialidad, se les informó previamente sobre el objetivo de su participación en la investigación, buscando después su elección libre a participar, informándoles de su derecho a no hacerlo, a detener la entrevista en cualquier momento, y a terminarla cuando lo deseen, ofreciéndoles la posibilidad de que su madre estuviera presente durante la entrevista (siendo decidido por dos de ellos/as). Antes de comenzar, se conversó sobre cuestiones generales sobre la vida de los niños y niñas: colegio, actividades, gustos e inquietudes. Al terminar, se le preguntó cómo se habían sentido, y se volvió a tratar los temas del principio, para que sus últimas sensaciones no fueran relacionadas con experiencias violentas vividas.

Las personas menores de edad entrevistadas expresaron de forma tímida sus opiniones sobre la relación con su padre una vez producida la ruptura con la madre, exteriorizando sus sentimientos, la mayoría, con una gran carga emotiva, exceptuando a la persona de 18 años, que habló abiertamente.

Al igual que las desarrolladas a las madres, se trataron de entrevistas semi-estructuradas, con un guion de variables establecidas.

Guion de variables:

- Preguntas generales: edad, curso que estudia, actividades e inquietudes.
- Opinión y sentimientos sobre la relación mantenida con su padre y sobre cómo le gustaría que se desarrollase.

Los resultados de este análisis cuantitativo y cualitativo serán desarrollados en el Capítulo II y III. En el Capítulo II: *Diagnóstico del reconocimiento previo de las violencias*, se evidenciarán las violencias de género vividas por las mujeres y la infancia, así como las consecuencias observadas por las madres en sus hijos/as, comparándolas con los estudios precedentes en la materia. En el Capítulo III: *Valoración de los instrumentos*

jurídicos de protección de los menores ante la violencia de género: ¿realidad o ficción?, basándonos en los resultados obtenidos, se analizan los instrumentos jurídicos existentes en nuestro ordenamiento jurídico para la protección de la infancia víctima de la violencia de género. De esta manera, se realiza un examen de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia y de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en relación a la consideración de los/as menores como víctimas de la violencia de género. En este marco jurídico, se analizan las medidas de protección previstas en la regulación de la orden de protección, los juicios rápidos como instrumento inadecuado para la protección de los/as menores víctimas, el delito de maltrato habitual como delito inaplicado, así como la patria potestad y el interés superior del menor.

2.3. Tercera fase

Se ha efectuado un análisis de las categorías jurídicas que deberían ser los pilares fundamentales para el sostenimiento de la protección de los/las menores víctimas de violencia de género: patria potestad y “derecho de visitas”.

Se ha llevado a cabo una revisión de la categoría jurídica de Patria Potestad definida por nuestro Código Civil. Para este examen se ha efectuado un recordatorio sobre el origen de la Patria Potestad, conectándolo con el nacimiento del patriarcado moderno diseñado a través del Contrato Social de Rousseau, analizando si los valores que cimentaron el nacimiento de esta institución jurídica y su posterior vida se mantienen en la actualidad, estudio que se ha realizado a través de las resistencias de los/las operadores jurídicos en la aplicación de la suspensión del ejercicio de la patria potestad al padre que ejerce violencia de género. Por otro lado, se ha cuestionado la aplicación de las posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el fundamento y la naturaleza jurídica del régimen de comunicaciones y estancias a contextos de la violencia de género, analizando cómo influyen estos discursos cualitativos, aparentemente neutros, en la construcción del interés del menor

y en las resistencias a la suspensión de este derecho en escenarios de violencia de género. Por otra parte, y de una manera descriptiva, se han observado las circunstancias concurrentes para determinar la suspensión del régimen de comunicaciones y estancias del padre agresor con los hijos e hijas, así como si los intereses patriarcales y la racionalidad adultocentrista silencian a los niños y niñas víctimas de violencia de género, negando su derecho a ser oídos y escuchados. Esta fase nos ha permitido construir el Capítulo IV, llamado: *La patria potestad a examen ante la violencia de género*, y el V con la denominación: *La suspensión del “derecho de visitas” en contextos de violencia de género: resistencias patriarcales*.

Para esta tercera fase se han utilizado las siguientes herramientas metodológicas:

a. *Análisis jurisprudencial*¹⁴

Se han examinado en el ámbito de la jurisdicción civil las sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian en materia de suspensión del ejercicio de la patria potestad y régimen de visitas en situaciones de violencia de género, y ochenta y cinco sentencias de las Audiencias Provinciales que resuelven recursos ante decisiones de Juzgados de Violencia sobre la misma materia. El período de estudio de las resoluciones comprende los años 2015 a 2017, haciéndolo coincidir con el año de publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por la que se dota de contenido al interés superior del menor, modificando el artículo 2 de la Ley 1/1996, por la necesaria incorporación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como los criterios de Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño.

14. Para el análisis jurisprudencial realizado en cada una de las fases de la investigación se ha utilizado la base de datos de la ley digital

La disposición transitoria única de la ley, en cuanto a normativa aplicable, establece que los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor a la misma se registrarán por la normativa vigente en el momento de su inicio. Sin embargo, la sentencia número 680/2015 del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015, Recurso 36/2015, mantiene que, aunque el concepto de interés del menor desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, no sea aplicable a los hechos debatidos en la misma, sí es extrapolable como *canon hermenéutico*, haciendo alusión expresa a que el art. 2 de dicha ley 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.

Se ha analizado la influencia que, en el fundamento de las resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales estudiadas, ha tenido la nueva definición del interés superior del menor, desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de que la vida del menor debe desarrollarse en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, como una herramienta más a disposición de los operadores jurídicos. Sin olvidar la previsión establecida en los art. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en los que se establece: “ 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”, “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”.

b. *Análisis del discurso*

El análisis de las instituciones jurídicas y de las resoluciones que las interpretan y aplican se ha realizado a través de la herramienta metodológica del análisis del discurso. Facio (1999: 129), siguiendo a Foucault,

expresa que dicha herramienta consiste en analizar el “microdiscurso del derecho, para entender su macrodiscurso como un fenómeno social abstracto”. De esta manera, “el derecho como micro y macrodiscurso es entendido como el lenguaje autorizado del Estado” y empapado de su poder. Considera que el discurso es la forma cómo se piensa y se actúa sobre un tema; así, el discurso del derecho sería la “forma de hablar, pensar y actuar sobre las mujeres, los hombres y las relaciones entre ambos”. De esta manera, siguiendo a esta autora, se ha prestado atención a las reglas, ideologías, cualidades y comportamientos que la norma reconoce e incorpora y cómo institucionaliza lo que debe ser considerado como cierto, aceptable o natural. Shea (2006: 99) considera la herramienta metodológica del análisis del discurso como una manera de facilitar el cambio social, a través de la identificación de los pensamientos, opiniones y conocimientos que se mantienen en las posiciones subjetivas. Se verá cómo dichas posturas están definidas por intereses patriarcales, en los que predomina el derecho de los padres frente al derecho de los hijos e hijas a una vida libre de violencia, amparándose en la presunción de la necesaria relación con el padre para el desarrollo del menor.

c. Análisis cualitativo

Con el objetivo de incluir en el concepto de ciudadanía a los/las menores, teniendo en cuenta sus puntos de vista, se han realizado nuevamente entrevistas a personas menores de edad, víctimas de violencia de género, siguiéndose el mismo procedimiento utilizado en la fase primera. El objetivo ha sido conocer si se habían sentido partícipes en el proceso de determinación de su interés, en aquellos procedimientos en los que se estableció la forma en la que iban a relacionarse con su progenitor. No se contaba con una batería de preguntas estandarizadas, pero sí con un guion de variables, con el fin de conocer sus opiniones sobre los discursos observados en el análisis de las sentencias. En esta ocasión, las niñas entrevistadas se mostraron mucho más participativas, obteniendo información valiosa que ha permitido tener en cuenta en mayor medida sus puntos de vista e intereses.

Guion de variables:

- Preguntas generales: edad, curso que estudia, actividades e inquietudes.
- Sentimientos y opiniones tras la ruptura de la relación entre madre y padre
- Opiniones y sentimientos sobre la relación con el padre
- Opiniones y sentimientos sobre su derecho a ser escuchados

2.4. Cuarta fase

Se ha realizado una reflexión sobre la maternidad como un hecho natural y social frente a la paternidad inventada, volviendo a la figura de la patria potestad del patriarcado clásico, para conectarla nuevamente con el patriarcado moderno diseñado a través del Contrato Social diseñado por Rousseau y otros teóricos clásicos. En esta ocasión, con el objetivo de poner el foco en el papel otorgado a la mujer como madre, en relación con la posición de poder del padre, convirtiéndola el contrato social y sexual en mediadora y transmisora de la autoridad paterna. Se comprobará cómo estos modelos perduran en la actualidad reforzándose tras la ruptura conyugal, a través de los “castigos” impuestos a las mujeres, y en consecuencia a sus hijos e hijas, por trasgredir el deber de asegurar la presencia paterna en sus vidas. Para ello se realiza una revisión doctrinal y jurisprudencial, nuevamente a través de la técnica del análisis del discurso, con el fin de analizar los deberes que se le imponen a la madres que ejercen la guarda y custodia en relación con el derecho del padre de relacionarse con sus hijos e hijas, así como las graves consecuencias del “incumplimiento” de dicho deber, utilizando como elemento clave de análisis el artículo 776.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se comprobará cómo el ideario de la obligación de asegurar la presencia paterna en la vida de los hijos e hijas converge en el Síndrome de Alienación Parental, analizando si estos discursos se mantienen en resoluciones de las Audiencias Provinciales provenientes de recursos planteados ante resoluciones de los Juzgados de Violencia. Esta fase nos ha permitido cimentar el Capítulo VI denominado: *En torno al incumplimiento del régimen de visitas en entornos de violencia de género.*

2.5. Quinta fase

Se han examinado todas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales procedentes de decisiones adoptadas por los Juzgados de Violencia, en las que se introduce por algunas de las partes, por los informes forenses, o por el juzgador o juzgadora el término “Síndrome de Alienación Parental”, en total 55 resoluciones, con el objeto de confirmar su utilización en escenarios de violencia de género, así como para analizar el sesgo de género de este constructo. Los resultados han sido desarrollados en el Capítulo VII: *Como la obligación de asegurar la presencia paterna nos lleva al Síndrome de Alienación Parental*.

2.6. Sexta fase

Se ha pretendido demostrar el escaso impacto en los/las operadores jurídicos de la consideración de los/las menores como víctimas de la violencia de género, reconocimiento establecido en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima. Para ello, se regresa a la metodología cuantitativa utilizada en la fase primera, analizándose 46 denuncias y procedimientos por violencia de género en los que existían hijos o hijas, correspondientes al período comprendido entre agosto de 2015 a junio de 2018, momento en el que entró en vigor la LO 8/2015. Las denuncias correspondían a las presentadas en dicho período en la Mancomunidad Río Monachil (Granada). Para la obtención de los datos cuantitativos, se ha utilizado la información y documentos obrantes en cada uno de los expedientes existentes en el Centro de Información a la Mujer de la Mancomunidad Río Monachil (Granada), denuncias, resoluciones judiciales penales y civiles, e informes de las entrevistas realizadas, manejándose de nuevo la base de datos creada en la fase 1. El objetivo ha sido conocer en profundidad la situación de violencia de género bajo la que se había producido la desprotección de los/las menores. Se combinó esta fuente primaria con fuentes secundarias, con el fin de comparar los resultados obtenidos con los datos que arroja la estadística elaborada por el Consejo General del

Poder Judicial: “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial”, año 2016 a 2018¹⁵, y con los resultados obtenidos en la fase número 1, antes de la entrada en vigor de la LO 8/2015 y la Ley 4/2015. A pesar de que esta fase se sitúa en el último lugar, por la necesidad para poder realizar el análisis de disponer de denuncias de los años posteriores a las modificaciones operadas en el año 2015, los resultados se mostrarán en el Capítulo III *Valoración de los instrumentos jurídicos de protección de menores ante la violencia de género: ¿realidad o ficción?*

Esta metodología ha permitido formular nuevos paradigmas en la protección de los y las menores víctimas de violencia de género, realizando de forma paralela una revisión de las propuestas recogidas sobre esta materia en el Pacto de Estado contra la violencia de género. En este sentido, Calvo y Pincontó (2017: 1), siguiendo a Strauss y Corbin (1997: 2008), sugieren que “el desarrollo de la teoría es el aspecto culminante de la investigación, pudiendo ser el producto final desarrollado a partir de las representaciones y las relaciones lógicas y conceptuales desarrolladas desde los datos recabados”.

Tabla 1: Método de investigación

| FASES | HERRAMIENTAS METODOLÓGICAS |
|----------------------------|--|
| CAPÍTULO I Primera Fase | Análisis legislativo de la evolución del concepto de violencia de género y su confusión con el de violencia doméstica, desde la introducción del art. 425 en el Código Penal de 1989, hasta la promulgación de la LO 1/2004, observando la representación de la infancia como víctima. Análisis posterior del concepto de violencia de género en el ámbito internacional y europeo, así como la incorporación confusa (entre el concepto de violencia doméstica y de género) de los/as menores como víctimas. |

| | |
|--|--|
| <p>CAPÍTULO II Y III Segunda Fase <i>Diagnóstico previo de las violencias vividas y análisis de los instrumentos jurídicos de protección de menores.</i></p> | <p>Técnicas de recogida de datos cuantitativa: datos primarios 2011 a 2013 (denuncias, resoluciones judiciales penales y civiles, informes de entrevistas realizadas) y datos secundarios 2006 a 2014 extraídos de: “<i>La violencia sobre la mujer en la estadística judicial elaborado por el Consejo General del Poder Judicial</i>”.</p> |
| | <p>Análisis estadístico univariante mediante distribución de frecuencias por medio del software estadístico SPSS.</p> |
| | <p>Revisión bibliográfica sobre las consecuencias de la exposición a la violencia de género de los/as niños/as.</p> |
| | <p>Técnica de recogida de datos cualitativa: entrevistas en profundidad semi-estructuradas (madres e hijos/as).</p> |
| | <p>Análisis de los instrumentos jurídicos existentes para la protección de los/las menores víctimas de la violencia de género</p> |
| <p>CAPÍTULO IV y V Tercera Fase <i>Revisión de la categoría jurídica de patria potestad y del “derecho de visitas”</i></p> | <p>Análisis doctrinal y jurisprudencial</p> |
| | <p>Análisis del discurso</p> |
| | <p>Análisis cualitativo: entrevistas en profundidad semiestructuradas (hijos/as)</p> |
| <p>CAPÍTULO VI Cuarta Fase <i>Revisión de los deberes que se les atribuye a las madres que ejercen la guarda y custodia ante “el derecho de visitas del padre”</i></p> | <p>Análisis doctrinal y jurisprudencial</p> |
| | <p>Análisis del discurso</p> |
| <p>CAPÍTULO VII Quinta Fase <i>Examen de la aplicación del Síndrome de Alienación Parental en escenarios de violencia de género</i></p> | <p>Análisis doctrinal y jurisprudencial</p> |
| | <p>Análisis del discurso</p> |
| <p>CAPÍTULO III Sexta Fase <i>Observación del impacto de la consideración legal de los/las menores como víctimas de la violencia de género</i></p> | <p>Técnicas de recogida de datos cuantitativa: datos primarios 2015 a 2018 (denuncias, resoluciones judiciales penales y civiles, informes de entrevistas realizadas) y datos secundarios 2016 a 2018 extraídos de: “<i>La violencia sobre la mujer en la estadística judicial elaborado por el Consejo General del Poder Judicial</i>”</p> |



CAPÍTULO I

UN PASEO POR LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL OLVIDO DE LA INFANCIA

1. La violencia de género oculta y confusa tras la violencia doméstica
2. La insuficiente respuesta judicial frente al aumento de las denuncias por “violencia doméstica”
3. Hacia un nuevo paradigma: conceptualizando la violencia de género
4. La incorporación confusa de los/as menores como víctimas de la violencia de género en la regulación internacional y europea
5. A modo de conclusión

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO OCULTA Y CONFUSA TRAS LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

La violencia de género en el derecho es un fenómeno relativamente nuevo. Nuestro sistema jurídico y nuestro sistema social, hasta épocas recientes, les han dado la espalda; esto ha supuesto ignorar uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamada en nuestra Constitución. Las luchas feministas, con mucho esfuerzo, fueron situando la violencia de género en el debate político como un problema público; el derecho comenzó a responder (sin conceptualización alguna) con normas de carácter punitivo, para después adoptar mecanismos de intervención que superaron la reacción punitiva, diseñando estrategias de integración social y políticas dirigidas a prevenir las agresiones y proteger a las víctimas (Calvo, 2006: 105-131). Hasta la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, la represión penal en nuestro país de la violencia de género no ha tenido un tratamiento autónomo e individualizado, integrándose en las figuras delictivas destinadas al castigo de la violencia intrafamiliar o doméstica (Prieto, 2016: 115-150). Por primera vez, en la ley se conceptualiza la violencia de género como una forma de discriminación basada en la relación de poder de los hombres sobre las mujeres, iniciándose el camino para la conceptualización de los/las menores como víctimas de esta violencia.

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal¹⁶, tipificó, en el título relativo a las lesiones, el artículo 425¹⁷ que castigaba la violencia física habitual en el ámbito doméstico; se extendía

16. En adelante LO 3/1989

17. “El que habitualmente, y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad, así como los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”.

a cónyuge o persona que estuviera unida por análoga relación de afectividad, así como a los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a la tutela o guarda de hecho¹⁸. Esta regulación excluía la violencia psíquica, quedando fuera la mayor parte de las violencias que se producían en el ámbito doméstico. La exposición de motivos argumentó la introducción de las referidas modificaciones para responder a la “deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a las conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”. Reforma legislativa que claramente venía a referirse a la violencia doméstica, con causas y consecuencias diferentes a la violencia de género, por lo que esta última seguía manteniéndose oculta, volviendo a situar y equiparar a las mujeres y a la infancia como seres frágiles, incapaces de responsabilizarse de sus actos y necesitados de la dirección del cabeza de familia (Gil, 2004: 128).

Previo a esta reforma, en sesión de 5 de noviembre de 1986, la Comisión de Derechos Humanos del Senado tomó el acuerdo de crear, dentro de su seno, la Ponencia de Investigación de Malos Tratos a Mujeres. En este marco, en mayo de 1989 se emitió informe por parte de la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargada del Estudio de la Mujer Maltratada¹⁹, documento que merece ser recuperado de la memoria para situarnos en el contexto actual. En el mismo se aclaraba que el alcance de su objeto no era todo tipo de violencia ejercida sobre la mujer, sino exclusivamente aquella que se ejerce dentro del ámbito familiar. Pretendía contribuir al conocimiento de la situación de malos tratos, a la elaboración de medidas concretas para prevenir dicho fenómeno, y a su tratamiento en los diversos campos: policial, judicial, legislativo, y de servicios sociales; necesarios

18. Reforma que llevó aparejada, en el art. 582, el aumento de la pena para la falta de maltrato sin lesión, cuando los ofendidos fueran ascendientes, el cónyuge o la persona a la que se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores.

19. Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 313 de 12 de mayo de 1989

para paliar las consecuencias. Se establecieron acciones en el ámbito de la investigación, prevención, medios de comunicación, formación dirigida a los/las profesionales, así como medidas de coeducación. El referido informe consideró de gran interés la extensión en todo el territorio nacional de los Centros de Información a la Mujer, como recursos preventivos de la desigualdad entre hombres y mujeres.

A diferencia de la argumentación dada por la exposición de motivos de la LO 3/1989, este informe se alejaba de la consideración de las mujeres y niños/as como seres frágiles y necesitados de protección, situando la causa de los malos tratos que sufren las mujeres dentro del hogar en la “situación estructural de desigualdad real en la que aún se encuentra la mujer dentro de la sociedad”. Llama la atención la aproximación que hizo sobre el impacto de esta violencia en los/las menores, que por su interés se transcribe literalmente: “el fenómeno de la violencia doméstica que sufren las mujeres está, por otro lado, muy relacionado con el que sufren los menores dentro del mismo núcleo familiar o de convivencia. En muchas ocasiones se producen coetáneamente, en otros, los daños para los menores que se derivan de la contemplación del maltrato cotidiano de su madre son psíquicos, con graves consecuencias para su estabilidad emocional y para su aprendizaje de actitudes ante la vida. En cualquier caso, los jóvenes se socializan en un ambiente de violencia. Una violencia que, según la doctrina más reciente en este asunto, se transmite de un miembro de la familia a otro y de generación en generación, haciendo que las víctimas terminen a veces por hacer víctimas a la vez. Las consecuencias de la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico se configuran así como un problema social por su magnitud y sus repercusiones. Dicha violencia tiene consecuencias inmediatas y traumáticas para las víctimas y consecuencias a largo plazo para el desarrollo de las mujeres y niños y para la perpetración de nuevas violencias en el seno de la familia y la sociedad en general”. Este esperanzador informe, no sin algunos desatinos, no derivó, en las posteriores reformas legislativas, en la consideración de esta violencia como causa y consecuencia de la discriminación de las mujeres en nuestra sociedad. De

la misma forma, la visibilización²⁰ del impacto en los/las menores fue fugaz, ya que no propuso medidas concretas en este sentido, por lo que la huella de la violencia de género en los niños y niñas quedó diluida tras las sucesivas confusiones entre violencia doméstica y de género, y la no conceptualización de esta última.

En 1983 la Dirección General de Policía comienza a realizar estadísticas mensuales de denuncias por malos tratos, presentándose una medida aproximada de 15 000 denuncias anuales, desde ese año hasta 1988. En este momento histórico un amplio número de Juicios de Faltas por malos tratos terminaban con sentencias absolutorias, y si eran condenatorias, con mínima multa. De esta manera, se calificaban como falta hechos que podrían ser delitos, o no recaía una calificación sobre acciones que podrían haber merecido una sanción penal. En este estado de cosas, se propuso la necesaria formación en la materia de todos/as los/las profesionales que participan en el proceso judicial²¹.

En La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, no se produjeron modificaciones significativas. El delito de violencia habitual pasó al art. 153, incardinado en el Título III del Libro II del Código Penal dedicado a las lesiones, aumentando los sujetos pasivos²² y exigiéndose el requisito de convivencia. Añadiendo que la pena prevista -prisión de seis meses a tres años- se impondría “sin perjuicio de

20. Este informe se nutrió de información escrita precedente, entre otros, de la Comisión de Malos Tratos, de la Asociación Española de Mujeres Separadas y Divorciadas, y las ponencias de Carlota Bustelo, Directora General del Instituto de la Mujer; Cristina Alberdi, Vocal del Consejo General del Poder Judicial; Alicia Herrera, representante de la Asociación Nacional para la investigación de los Malos Tratos a Mujeres y M^a José Varela, representante del Colegio de Abogados de Barcelona

21. Información extraída del Informe de la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y los Derechos Humanos encargada del estudio de la Mujer Maltratada.

22. Art. 153 del CP: “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder con el resultado que, en cada caso se causare”.

las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”. La falta de lesiones o maltrato se introdujo en el artículo 617.2 del CP que incluyó una agravación de la pena en el supuesto de maltrato de obra sin lesiones, cuando los ofendidos fueran las personas a las que se refiere el artículo 153.

Cuatro años después, se aprueba 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. Fue fruto del I Plan de Acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998: “incluía entre sus medidas determinadas acciones legislativas encaminadas a la modificación del Código Penal y la LECrim para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”²³. Supuso, por un lado, una nueva reforma del art. 153 del CP, introduciendo las relaciones ya extinguidas y la figura de acogimiento, añadiéndose la violencia psíquica, modificándose la cláusula concursal, y esclareciéndose el criterio para aplicar la habitualidad²⁴. Por otro lado, se produjo la inclusión, como pena accesoria en determinados delitos, de la privación de residir en determinados lugares

23. Exposición de Motivos 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.

24. “ El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o hay sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica, concretando los actos de violencia física o psíquica.

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”

o acudir a ellos y la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares que determine el Juez o Tribunal; la posibilidad de aplicar preventivamente la prohibición de aproximación y comunicación a las faltas, con una duración máxima de seis meses, así como el ejercicio de oficio de la acción penal en casos de faltas. Esta ley añadió el artículo 544 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para facilitar la inmediata protección de las víctimas, introduciendo la medida cautelar de distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, que podría acordarse en las primeras diligencias²⁵.

A pesar de estas modificaciones, el tratamiento que desde la Administración de Justicia se daba a este tipo de violencia no difería mucho del escenario descrito diez años antes; las denuncias seguían tramitándose como infracciones leves, adoptándose de manera muy escasa medidas cautelares de alejamiento y protección hacia las víctimas. Esto supuso un riesgo para las mujeres y sus hijos e hijas, que debían de permanecer en el mismo domicilio que el agresor, con una situación de riesgo agravada por haber denunciado, viéndose obligadas a hacer uso de los recursos de casas de acogida. Las sentencias derivadas de los Juicios de Faltas, en su gran mayoría, eran absolutorias y, cuando existía condena, lo era por multa. El fallo tardaba 278 días de media en producirse (Calvo, 2003)²⁶. Esta atmósfera originó una sensación de absoluta impunidad y de riesgo para las víctimas. Posteriormente, y debido a la situación planteada, se produjo un aluvión de reformas legislativas, reforzando la intervención penal.

25. En su exposición de motivos se establecía: “en cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la modificación de sus artículos 13 y 109, junto con la introducción de un nuevo artículo 544 bis, persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias”.

26. A estas conclusiones también llegó la asociación de Mujeres Juristas Themis en el estudio realizado en el que analizó 1039 procedimientos penales, tramitados por los Juzgados de Castilla la Mancha.

La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁷, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, creó un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Esta ley nació principalmente por motivos de seguridad ciudadana, entendiendo necesaria la inmediatez y aceleración en la respuesta penal para garantizarla. La exposición de motivos expresaba: “la tramitación de los procesos penales se prolonga en el tiempo mucho más de lo que resulta necesario y aconsejable; y esta dilación es fuente de ciertas situaciones que han generado en los últimos tiempos una notable preocupación social: los retrasos en la sustanciación de los procesos penales son aprovechados en ocasiones por los imputados para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial y, sobre todo, para reiterar conductas delictivas, lo que genera una impresión generalizada de aparente impunidad de la ciudadanía ante cierto tipo de delitos”.

A través de este proceso se sustancia el procedimiento en tiempos mucho más reducidos que los que hasta ese momento eran habituales, aplicándose a hechos punibles en los que la Policía Judicial detiene a una persona y la pone a disposición del Juzgado de Guardia o que, aun sin detenerla, la ha citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial. Su ámbito de aplicación queda reducido a las siguientes circunstancias: delitos flagrantes, o que aun no siéndolo, se trate de hechos con especial incidencia en la seguridad ciudadana, refiriéndose expresamente la exposición de motivos a aquellos “que repugnan gravemente a la conciencia social, como es el caso de la violencia doméstica”. Además, se exige que las circunstancias del caso permitan presumir que la investigación será sencilla y que podrá terminarse en un breve plazo. El art. 795.2 de la LECrim describe los siguientes delitos objeto de juicio rápido: delitos

27. En adelante Ley 38/2002

de lesiones, coacciones, amenazas, violencia física o psíquica habitual, cometidos contras las personas a que las se refiere el art. 173.2 del CP, hurto, robo de uso de vehículos y delitos contra la seguridad del tráfico. La pieza clave del procedimiento consiste en que toda la fase de instrucción y de preparación del juicio oral se concentre en el Juzgado de Guardia, por lo que parte de la premisa que la investigación de los delitos denunciados por “violencia doméstica” será sencilla. Esta regulación consigue el objetivo pretendido: que las víctimas de la “violencia doméstica” tengan una respuesta rápida. Pero, ¿cuáles son las consecuencias que por el camino ha dejado esta rapidez?, ¿queda garantizado con esta reforma realmente el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva? En este sentido, Del Pozo (2009: 630) evidencia que no puede conseguirse una justicia acelerada a costa de realizar juicios de manera mecánica. Así, el Informe del Consejo General del Poder Judicial a la Proposición de Ley 122/000199, aprobado por el pleno el 5 de junio de 2002²⁸, manifestaba que la reforma debería de haber sido proyectada no solo a una mayor eficacia represiva, sino a garantizar además el derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas, así como atender a los intereses de las víctimas, y mejorar la prevención especial. Por otro lado, advertía que el delito de violencia habitual física o psíquica encontraría dificultad práctica para el enjuiciamiento rápido por las complejidades procesales derivadas de la extensión de la actividad probatoria, por lo que recomendaba la exclusión del ámbito material del procedimiento inmediato. La reforma legislativa no se hizo eco de estas recomendaciones, así que lo único que hubiera podido salvar esta situación es la previsión establecida en el art. 798.2 en la LECrim que posibilita que el Juzgado, en el caso de considerarse insuficientes las diligencias practicadas, ordene la continuación del procedimiento como diligencias previas del procedimiento abreviado.

28. De reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado.

Recuperamos de la memoria algún posicionamiento de los/las representantes de los Grupos Parlamentarios en el Congreso en las Cortes Generales²⁹, la señora Sánchez por el Grupo Parlamentario Catalán³⁰, expresaba: *en la última comparecencia del fiscal general del Estado para la presentación de la memoria nos puso encima de la mesa un aspecto que para nosotros es muy relevante, que es la aplicación de este juicio rápido e inmediato en los supuestos de violencia doméstica, unos datos realmente escalofriantes, y es que en los supuestos de violencia doméstica constitutiva de delito sino de falta, el 70% de los juicios de falta son absolutorios. ¿Por qué absolutorios? Porque tardan tanto en celebrarse que a veces la presión psicológica del agresor sobre la propia víctima determina que no comparezca en el juicio de faltas, que no preste declaración, que se retracte de sus declaraciones. En el ámbito muy concreto, como es el de la violencia doméstica, violencia de género, este enjuiciamiento rápido e inmediato va a permitir que esos supuestos no se produzcan y que en aquellos casos en los que se ha producido una agresión, la misma sea enjuiciada y condenada sin que el transcurso del tiempo acabe determinando una modificación, una ausencia de declaraciones, y por tanto, una situación absolutoria.* Las dilaciones indebidas en la tutela judicial supusieron una alarmante desprotección para las víctimas, porque en la mayoría de las situaciones denunciadas no se adoptaron medidas cautelares de alejamiento. Cabría preguntarse: ¿realmente las absoluciones en los juicios de faltas lo fueron principalmente por la ausencia de declaración de la víctima?³¹ En aquel momento histórico, el legislativo no se detuvo a reflexionar por qué la mayoría de las denun-

29. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente nº 178 (año 2002).

30. Página 8908.

31. El Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (2007) puso de manifiesto que los factores que favorecieron este resultado fueron: ausencia de investigación de los hechos; la instrucción e investigación antes del juicio oral solo estaba previsto para los delitos, ausencia de asistencia jurídica, falta de intervención del Ministerio Fiscal, no reconocimiento médico de las víctimas.

cias se sustanciaban por juicio de faltas, y no lo hizo porque subsistía la idea, fuertemente arraigada en el imaginario colectivo, de que la violencia contra la mujer no tiene tanta gravedad, y que se trata de episodios puntuales, que podían repetirse, o no, en el tiempo, provocados por determinadas circunstancias.

Con esta reforma se introdujo a través del artículo 800.2 de la LE-Crim la regulación del régimen de conformidad en el ámbito objetivo del enjuiciamiento rápido y para los procedimientos por “violencia doméstica”, régimen que como se verá ha traído algunos inconvenientes para las víctimas de violencia de género.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguló la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica³². En su exposición de motivos hace alusión a la violencia de género como manifestación de la violencia familiar (sin conceptualizarla) para, después, referirse a lo largo de todo el texto a las víctimas de violencia doméstica por su situación de especial vulnerabilidad. En dicha exposición se puso de manifiesto que esta iniciativa responde al Informe de la Ponencia sobre la erradicación de la violencia doméstica, constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer³³, que hicieron suya los plenos del Congreso de los Diputados y del Senado. En dicho informe se establecía la necesidad de lograr la coordinación de la jurisdicción civil y penal, ya que se producían disparidades judiciales, tales como acordar el Juzgado de Instrucción la prohibición de comunicación y aproximación, y el civil, la recogida del hijo/a en el domicilio familiar. Resulta significativo que una de las conclusiones de este documento fue la consideración de “los hijos como víctimas invisibles que rodean a la mujer maltratada”, afirmando que: “la violencia educa en el miedo y la sumisión, e incapacita a los niños y niñas para crecer como personas autónomas, (...) interfiere en el proceso de aprendizaje y en el desarrollo de la inteligencia, de los sentidos y la emotividad”. Reconociendo que: “ en numerosas ocasio-

32. Por primera vez se introduce en una ley procesal el concepto de violencia doméstica.

33. 4 de diciembre de 2002.

nes los hijos son utilizados por el agresor como objeto de manipulación y chantaje para conseguir el sometimiento de la mujer”. Tras esta conclusión se estableció la siguiente recomendación: “la protección de los hijos exigirá utilizar adecuadamente las distintas posibilidades que ofrece el Código Civil para suspender o limitar las visitas, privar la patria potestad y exigir el pago de las pensiones alimenticias. Ante el derecho del padre a ver a su hijo/a, debe tenerse en consideración que un padre maltratador nunca es un referente educacional para un hijo/a”. Sin embargo, una vez más, dicha recomendación, no tuvo posterior encaje en la Ley reguladora de la Orden de Protección.

Esta ley supuso un avance importante para las víctimas de violencia de género, ya que permitió que no tuvieran que huir de sus domicilios, o esconderse en casas de acogida, al posibilitar esta reforma la adopción inmediata de medidas de protección durante la tramitación de un proceso penal por delito o falta, mediante una acción integral y coordinada que aunó las medidas cautelares penales sobre el agresor, así como las de índole civil. Se sustituyó el sistema de protección consistente en ocultar a las víctimas en centros de acogida, con las consecuencias añadidas que tenía para ellos y ellas abandonar el entorno donde se había desarrollado su vida, para trasladar la responsabilidad al agresor, a través de la imposición urgente e inmediata de la medida cautelar de prohibición y comunicación hacia la víctima (Delgado, 2004: 39-59).

Las medidas penales consisten en cualquiera de las previstas en la legislación procesal criminal, atendiendo a la necesidad de protección integral de la víctima. En cuanto a las medidas civiles, están previstas para cuando existan hijos/as menores o incapaces, pudiendo consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, el régimen de comunicación y estancia con los/as hijos/as, el de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro concreto o de evitarle perjuicios, con una vigencia limitada en el tiempo (30 días) debiendo ser posteriormente modificadas, ratificadas o dejadas sin efecto por la jurisdicción civil. Esta regulación se encuadró dentro de la previsión que venía establecida

en el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004), en lo referente a las medidas legislativas y judiciales: “regular la posibilidad de que los Juzgados de Guardia puedan adoptar medidas provisionálicas en caso de separación o divorcio, con el fin de hacer efectiva la separación de hecho respecto del agresor y garantizar así la salvaguarda de las víctimas”. Para su adopción es necesario que concurren dos requisitos: indicios de la comisión de un delito o falta³⁴ contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas del art. 173.2 del CP, y que de lo anterior derive una situación objetiva de riesgo. Continuando con la celeridad establecida en la Ley 38/2002, se establece un procedimiento rápido y sencillo para la decisión por parte del órgano judicial, a través de una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de 72 horas desde que es solicitada, ajustándose este instrumento con la tramitación de los juicios rápidos.

La referencia a la posibilidad de adoptar cualquier disposición que el órgano judicial considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro concreto o evitarle perjuicios fue la única alusión que se hizo a la protección de los hijos/as, a pesar de la conclusión de la Ponencia de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer que consideraba a los/as hijos/as como “víctimas invisibles que rodean a la mujer maltratada”. Esto no es de extrañar, si se tiene en cuenta que en este momento aún no se había conseguido conceptualizar la violencia de género como una violencia de carácter estructural, escondiéndose y confundiéndose tras el concepto de 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 trajo nuevas reformas penales, modificando la redacción de los artículos 153 y 173 del CP, y derogando el párrafo segundo del artículo 617, con el fin de que “el tipo delictivo alcanzase todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla con su ob-

34. Antes de 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.

jetivo en los aspectos preventivos y represivos”³⁵. De esta manera, las conductas consideradas como falta de lesiones, si se cometen en el ámbito doméstico, pasaron a considerarse delito; el delito de violencia doméstica cometido con habitualidad fue trasladado al art.173, ubicándose en el Título VII, denominado “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, incorporando un párrafo segundo, y ampliándose el círculo de sus posibles víctimas³⁶. Así las cosas, el anterior art. 153 pasa a ser el art. 173.2, y las faltas del art. 617 y 620.1 pasan al 153³⁷, para ser consideradas delitos menos graves, permaneciendo la vejación injusta de carácter leve del art. 620.2. A partir de esta reforma la regulación de los delitos de violencia doméstica queda dividida en dos preceptos con diferentes ubicaciones sistemáticas, en uno de los cuales se castiga la violencia habitual (art. 173.2 CP) y en el otro (art. 153 CP) la puntual. En ambos preceptos se impone la prohibición de tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador en atención al interés del menor acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Además, se establece un aumento de la pena en su mitad superior si

35. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social.

36. Personas unidas por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, se añade la supresión “de forma estable”, se recogen los hermanos expresamente, y el precepto no se refiere como antes a los hijos, sino más ampliamente a los descendientes, sin necesidad de convivencia con el autor. Se introduce, además, como categoría de posibles sujetos pasivos, la de toda persona amparada en cualquier otra relación por la que se encontrara integrada en el núcleo de convivencia familia del sujeto activo.

37. “El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, 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”.

los actos de violencia se perpetran en presencia de menores, utilizando armas, tuvieran lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las comprendidas en el artículo 48³⁸ del CP, o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En relación con la agravación por producirse el hecho en presencia de menores, la Circular 4/2003 de la Fiscalía General del Estado puso de manifiesto que esta agravación “estriba en la vulneración de los derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo”. De forma tímida se empieza a visibilizar el impacto de la violencia, eso sí, doméstica, en presencia de los/las menores, por medio de una agravación de la pena.

Por esta Ley se inicia un camino por el que se pretendía corregir una práctica judicial desviada que provocaba que cualquier denuncia acabara en falta, sin investigar el carácter crónico de la violencia, hecho que evitó la aplicación del delito de maltrato habitual, considerando la práctica judicial las amenazas de males constitutivas de delito como menos serias si se producían en la pareja, ocurriendo lo mismo con las coacciones (Maqueda, 2006a: 181-182). Lorenzo (2008: 337-339) evidenció: “la conversión de la falta de maltrato en delito vino a consolidar la tendencia a canalizar las denuncias por malos tratos a través del artículo 153 del CP -menos complicado en términos probatorios- y acabó por arrinconar definitivamente el delito de violencia habitual”. Así las cosas, los tribunales siguieron sin investigar las situaciones graves de violencia que quedan latentes detrás de la primera denuncia de malos tratos, gracias a la facilidad que se les ofrece de acudir a la aplicación de un delito de malos tratos físicos o psíquicos ocasionales, consolidando una “inercia judicial perversa y peligrosa para la seguridad de las mujeres” (Maqueda, 2009: 44), así como de sus hijos e hijas.

38. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares que determine el órgano judicial, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado con ellos, la prohibición de comunicarse con la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determina el tribunal.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del CP. Se añade el apartado 2 en el art. 57, a través del cual se otorga carácter obligatorio a la aplicación de las penas previstas en el art. 48.2 para las víctimas reguladas en el artículo 173.2 del CP, incorporándose como pena en el anterior precepto la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancias. El art. 48.2 establece: “la prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a su lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos el régimen de visitas, comunicación y estancias que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”. Este precepto otorgó carácter obligatorio a las penas de alejamiento en los delitos relativos a malos tratos familiares, pero ¿lo hizo para la suspensión del régimen de visitas que en su caso se hubiera establecido en sentencia civil? La exposición de motivos decía: “se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancias de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos y telemáticos”. Por un lado, el artículo 48.2 establece el carácter obligatorio, y por otro, la exposición de motivos le otorga carácter potestativo. La Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado en torno a la aplicación de la LO 15/2003 entendió que se había producido una defectuosa redacción del precepto, por lo que había de optarse por una interpretación del mismo acorde a las circunstancias del autor, del hecho, y respetuosa con el interés del menor. De esta manera, se estableció como criterio que la suspensión del régimen de visitas procedería cuando la pena de prohibición de aproximación se hubiera acordado respecto de los hijos/hijas, atendiendo a las circunstancias del caso.

2. LA INSUFICIENTE RESPUESTA JUDICIAL FRENTE AL AUMENTO DE LAS DENUNCIAS POR “VIOLENCIA DOMÉSTICA”

El objetivo pretendido de aumentar el número de denuncias con estas sucesivas reformas se consiguió, tal como reconocía el II Plan Integral contra la violencia doméstica: “En el I Plan, también se incluían objetivos instrumentales, como la sensibilización de la población en general y las mujeres en particular. El aumento del número de denuncias por malos tratos puede ser un síntoma claro de que se ha prosperado en la consecución del objetivo”. Como se muestra en la tabla 2, se observa un ligero aumento de las denuncias tras la modificación de 1989 para después volver a decrecer hasta la reforma operada en 1998³⁹. Con la modificación de 2002 se consiguió duplicar prácticamente el número de denuncias, para continuar creciendo con la Ley 27/2003. Si bien no se puede atribuir esta consecuencia solamente a las reformas legales operadas, el nacimiento y desarrollo de las políticas de igualdad de género en nuestro país tuvo mucha influencia en este sentido, con la consiguiente creación de recursos y campañas de sensibilización.

La creación del Instituto de la Mujer en diciembre de 1983 fue el punto de partida de las políticas de igualdad de género, nacimiento que posibilitó la aprobación del I Plan de Igualdad para la Igualdad de Oportunidades para las mujeres (1988-1990) y los que le sucedieron, a nivel nacional, autonómico y locales. Dichos planes han sido el principal instrumento de articulación de las políticas de género en España, aprobando actuaciones en diferentes áreas: educación, salud, participación, legislación, empleo, etc., hasta llegar al año 1997, en el que ocurrió el asesinato por todos/as recordado, que marcó un antes y un después, convirtiendo la violencia contra la mujer en verdadero problema

39. El I Plan de acción contra la violencia doméstica ponía de manifiesto que solo se denuncia entre un 5% y un 10% de las agresiones cometidas contra las mujeres.

público (Bustelo et al., 2007: 69-70). El 8 de marzo de 1998 se aprueba el ya referido I Plan de acción contra la violencia doméstica y se publica el Informe del Defensor del Pueblo sobre violencia Doméstica contra las Mujeres. Dicho Informe propuso 51 recomendaciones dirigidas a las Administraciones Públicas, en materia de sensibilización y prevención y, sobre todo, para la mejora de la asistencia a las mujeres, incluyendo a los/las hijos/as como apéndices de las madres para el ingreso en casas de acogida, aunque en el mismo se reconoció el impacto de este tipo de violencia en los/las niños/as.

Las campañas de publicidad institucionales fue un revulsivo para el aumento de las denuncias; se iniciaron en el año 1998, como una de las acciones previstas en el I Plan de acción contra la violencia doméstica, dentro del área de sensibilización y prevención. Dichas campañas estaban relacionadas con la violencia física, y su objetivo principal fue animar a las mujeres a denunciar, utilizando lemas e imágenes impactantes, ofreciéndoles asistencia. El gran problema, como se ha visto anteriormente, es que la respuesta penal no otorgaba la protección que abandonaban los mensajes publicitarios (Fernández, 2008: 15). Se responsabilizaba a las mujeres de solucionar el problema de la violencia de género, a través de la denuncia, sin tener en cuenta las dificultades existentes antes y después de la misma, sin otorgarle importancia a que estuvieran empoderadas para hacerlo⁴⁰. Es decir, se las describe como víctimas que necesitan de asistencia más que como sujetos activos que luchan por sus derechos (Bustelo et al., 2007: 83). El Informe del Defensor del Pueblo sobre Violencia Doméstica contra las Mujeres de 1998 expresaba: “cuando se motive la necesidad de denunciar los malos tratos, habrá que garantizar expectativas positivas de resolución del problema”. En este sentido, Calvo (2006: 105-181) realiza una reflexión importante: “el afrontar las agresiones a las mujeres desde la óptica del Derecho

40. En este sentido, el Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2007 pone de manifiesto que las Campañas Institucionales se dirigieron a convencer a la mujer del “deber” de denunciar, sin ir acompañado este mensaje de la información pertinente.

Penal, esto es, como comportamientos desviados, y limitar las opciones de su visibilización como un problema público a la denuncia de las víctimas, supone una perspectiva excesivamente estrecha y limitada”. Así las cosas, el ⁴¹primer spot publicitario emitido en 1998 concluía con la frase: *denunciemos los malos tratos. Siempre se puede volver a empezar*, el mensaje iba dirigido a las mujeres como a la sociedad, informándose por primera vez del teléfono de ayuda a las mujeres. En 1999 el eslogan utilizado fue: *si ocultas la verdad nadie sabrá que necesitas ayuda. Que no te marque el miedo*. Las dos campañas anteriores se centraron en las mujeres víctimas, mostrando la violencia física de forma explícita, recurriéndose al estereotipo en el que se equipara a una mujer maltratada con una mujer agredida físicamente (Fernández, 2008: 28). Se informaba del número gratuito, además de los recursos existentes de apoyo. El anuncio emitido en el año 2000 merece ser destacado: en el spot se muestra a un niño consolando a su madre que esta postrada en el suelo después de haber sufrido una fuerte agresión. Por primera vez se muestra a la sociedad el impacto de la violencia, no solo en las mujeres, sino también en sus hijos e hijas, pretendiendo generar rechazo hacia los agresores con la siguiente consigna: *los hombres que utilizan la violencia contra las mujeres tienen que saber las consecuencias. La violencia contra las mujeres nos duele a todos, nos duele a todas. la sociedad condena, la ley también* (aunque este último mensaje no coincidía con la realidad).

Bajo el II Plan Integral contra la Violencia doméstica 2001-2004 se realizaron dos anuncios de publicidad, el primero en el 2001 bajo el lema: *recupera tu vida. Habla. Podemos ayudarte*, en el que se informaba del teléfono y de los recursos de ayuda existentes: asistencia jurídica gratuita, asistencia sanitaria y psicológica, 255 centros de acogida, asistencia policial especializada, centros de información, servicios sociales y ONG, así como programas de inserción laboral. El segundo, en el 2002,

41. Este anuncio y los siguientes fueron realizados por el Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

con el mensaje de diferentes voces de mujeres, algunas de ellas populares, “tú no eres la culpable, contra la violencia doméstica no estás sola”, informando nuevamente del teléfono y de los recursos existentes. Los spot publicitarios, excepto el último, situaron la acción en el entorno doméstico y a las mujeres en los roles socialmente asignados de madres y esposas, apareciendo en el inicio del spot “violencia doméstica”, con el correspondiente año de emisión.

El discurso institucional en este momento histórico, como se ha podido comprobar, estaba relacionado con el marco de la violencia doméstica, se ha visto en las reformas legislativas que se han ido analizando, así como en los Planes de Acción contra la violencia doméstica y, de forma muy reveladora, a través de los mensajes de las campañas publicitarias. En este sentido, Maqueda (2006b: 11) afirma “esta confusión de etiquetas a veces interesada, entre violencia de género y doméstica, contribuye a perpetuar la probada resistencia social a reconocer que el maltrato a la mujer no es una forma más de violencia, que no es circunstancial ni neutra, sino instrumental y útil en aras de mantener un determinado orden de valores estructuralmente discriminatorio para la mujer”. Haciendo mías las palabras de Gil (2018: 17) la violencia doméstica “protege la situación objetiva de vulnerabilidad del sujeto pasivo (víctima), proveniente de una particular naturaleza de la relación familiar”, en la violencia de género “se protege a las mujeres de la situación de discriminación y desigualdad social real existente contra ellas (ciudadanas), por el mero hecho de haber nacido mujeres”⁴². El enfoque

42. La Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género realiza una definición de violencia doméstica y de género (2016).

Violencia doméstica: “la que se produce entre ascendientes, descendientes o hermanos, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre menores o incapaces que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o que con él convivan, o sobre otra persona amparada por cualquier relación por la que se encuentren integrados en el núcleo de la convivencia familiar, siempre que no se hallen cometidos contra la mujer por su pareja o expareja varón (bien se trate de matrimonio o de una relación de afectividad análoga)”.

Violencia de género: “la violencia o las diferentes violencias inferidas por hombres contra

de la violencia doméstica hizo que se ocultara la dimensión de género de la violencia contra las mujeres, así como su componente patriarcal transformando la violencia en un concepto neutral. La consecuencia se pudo observar en el impacto que tuvo este enfoque en las medidas, que se dirigieron principalmente a las mujeres, y escasamente a las estructuras de dominación (Bustelo et al., 2007: 85), estableciéndose medidas asistencialistas y escasamente de prevención (Bodelón, 2008: 289).

Comenzó a observarse el cambio con el II Plan Integral contra la violencia doméstica 2001-2004; en su diagnóstico establecía que la violencia contra las mujeres es “causa y efecto de la discriminación que padecen todas las mujeres en todos los ámbitos de la vida social y privada”. En consecuencia, con este diagnóstico, el Plan afirmaba que las medidas de intervención deben ir encaminadas a “erradicar la violencia, mediante la prevención de los actos violentos, a través de una educación basada en la igualdad y no discriminación por razón de sexo, a sancionar las conductas violentas, como otra forma preventiva por su fuerza persuasiva, y a paliar los efectos que los actos violentos producen en las víctimas”. Aunque en el desarrollo del Plan no existía argumentación alguna en cuanto al impacto de la violencia de género en los/las menores, se establecía como medida legislativa: “estudiar los mecanismos oportunos para hacer más eficaz la posibilidad legal de suspender el régimen de visitas y comunicación del agresor respecto de sus hijas e hijos”, así como la incorporación en el art. 153 del Código Penal de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento en los casos de violencia física o

mujeres por el mero hecho de ser mujeres y constituye manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales. Es una de las manifestaciones paradigmáticas de la discriminación ancestral de las mujeres y supone una clara vulneración de sus derechos humanos. La más relevante, cuantitativamente, tiene lugar en el ámbito de convivencia o relación familiar, muy especialmente en el ámbito de la pareja o expareja. Ésta tiene en común con la violencia doméstica, exclusivamente en el ámbito o lugar en el que se desarrollan sus manifestaciones más numerosas. No guarda relación con situaciones de vulnerabilidad vinculadas con un déficit de capacidad jurídica de debilidad biológica (que explica la violencia contra los menores o contra ascendientes)”

psíquica, cuando el interés del menor lo aconseje. La primera medida se articuló, como ya se ha señalado, a través de la Ley Orgánica 15/2003, por la que mediante el art. 57.2 del CP se otorgó carácter obligatorio a la aplicación de las penas previstas en el artículo 48.2 para las víctimas reguladas en el art. 173.2 del CP, añadiendo a dicho precepto la suspensión respecto de los hijos del régimen de visitas, comunicación y estancia, que en su caso, se hubiera reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. Sin embargo, como se ha visto, la Fiscalía General del Estado adoptó una interpretación absolutamente restrictiva del precepto. La segunda se materializó a través de La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. No obstante, como se verá, esta pena ha sido prácticamente inaplicada desde su nacimiento.

Por otra parte, en cuanto a las medidas asistenciales y de intervención social se estableció como acción a desarrollar la creación de los “Puntos de Encuentro, donde se lleven a cabo las visitas de padres y madres a menores en los casos de separación y divorcio con antecedentes de violencia doméstica, atendidos con personal cualificado que emita informes a los tribunales competentes”.

Tabla 2: *Evolución de las denuncias por violencia doméstica-género, relacionadas con las reformas legislativas, planes de igualdad/violencia, y campañas de sensibilización. 1984-2006*

| AÑO | DENUNCIAS | Reformas Legislativas, Plantes de Igualdad y Violencia. Otras actuaciones | Campañas de sensibilización |
|------|-----------|--|---|
| 1984 | 16070 | Creación del Instituto de la Mujer en 1983 Apertura de la primera casa de acogida y creación de los Centros de la Mujer | Campañas de información de los derechos de las mujeres ante los malos tratos por el Instituto de la Mujer |
| 1985 | 15308 | | |
| 1986 | 17039 | I Plan de Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (1986-1990) | Campañas de información de los derechos de las mujeres ante los malos tratos por el Instituto de la Mujer |
| 1987 | 15209 | | |
| 1988 | 14711 | | |
| 1989 | 17738 | Informe de la Comisión con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargado del estudio de la mujer maltratada Creación de 113 Centros de la Mujer desde 1983 y 31 Casas de Acogida | |
| 1990 | 16080 | | |
| 1991 | 16946 | | |
| 1993 | 15908 | II Plan de Igualdad de oportunidades (1993-1995) | |
| 1995 | 16122 | La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. | |
| 1996 | 16378 | | |
| 1997 | 17488 | III Plan de Igualdad de oportunidades 1997-2000 (área dedicada a violencia) | |
| 1998 | 19535 | Informe del Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica contra las mujeres I Plan de acción contra la violencia doméstica (1998-2000) | “Siempre se puede volver a empezar” |
| 1999 | 21680 | | “Que no te marque el miedo” |
| 2000 | 22407 | | “La violencia contra las mujeres duele a todos” |

2. La insuficiente respuesta judicial frente al aumento de las denuncias por “violencia doméstica”

| | | | |
|------|-------|--|---|
| 2001 | 24158 | II Plan Integral contra la violencia doméstica 2001-2004 | “Recupera tu vida. Habla. Podemos ayudarte” |
| 2002 | 47165 | Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal | “Tú no eres la culpable, contra la violencia doméstica no estás sola” |
| 2003 | 56854 | Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección | |
| 2004 | 67171 | LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad, ciudadanía, violencia doméstica e integración social de los extranjeros LO 15/2003, de 25 de noviembre, modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. IV Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres 2003-2006 | |
| 2005 | 72098 | Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. | “Contra los malos tratos gana la ley” |
| 2006 | 80751 | | “Contra los malos tratos gana la ley” |

Fuente: Datos extraídos del Informe de la Comisión con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargado del estudio de la mujer maltratada (1989), y en el Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (2007).

3. HACIA UN NUEVO PARADIGMA: CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Desde 1991 las organizaciones agrupadas en la Red Estatal de Organizaciones Feministas contra la Violencia de Género publicaron cada año propuestas para contribuir a la erradicación de la violencia de género en España. En 1993, el Congreso Estatal de Mujeres Abogadas emitió un comunicado en favor de una Ley Integral contra la Violencia de Género, como un instrumento para combatir las agresiones desde una perspectiva integral, exigiendo el derecho de las mujeres a vivir sin violencia, y estableciendo obligaciones específicas que el Estado debía cumplir para garantizar este derecho. Esta propuesta, con muchas dificultades, vio la luz catorce años después, con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, aprobada unánimemente por el Congreso, tras un complejo y polémico⁴³ trámite parlamentario y posterior desarrollo, siguiendo a esta otras leyes autonómicas contra la violencia de género⁴⁴.

Elevar a la categoría de Ley Orgánica la voluntad legislativa para eliminar la violencia de género significó “reconocer el derecho fundamental de las mujeres como ciudadanas a poder vivir en paz” (Gil, 2007: 15). Con la promulgación de esta ley pudimos vivir, con esperanza e ilusión, cómo se produjo un significativo incremento de la conciencia social colectiva ante esta grave vulneración de los derechos humanos, hecho necesario para provocar una transformación y cambio social. Este aumento de conciencia social ante la violencia de género duró lo que el patriarcado tardó en rearmarse, con más firmeza que nunca. Ante este nuevo avance para la eliminación de la desigualdad entre hombres y

43. La propuesta originaria de Ley Orgánica Integral fue presentada por el PSOE el 10 de diciembre de 2001, aunque finalmente no prosperó.

44. En Andalucía, la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, modificada por la Ley 7/2018, de 30 de julio por la que se amplía el concepto de violencia de género y de víctimas.

mujeres, se crearon nuevas estrategias para frenarlo en seco: el mito de las denuncias falsas basado en el de la escasa credibilidad de las mujeres; el interés del menor como pretexto para seguir ejerciendo el control hacia las mujeres, argumentando la necesaria presencia del padre en la vida de los/las niños/as, así como la supuesta equivalencia entre el padre y la madre; la guarda y custodia compartida; el síndrome de alienación parental, etc. Así, aunque esta ley supuso un avance en la subjetividad jurídica política de las mujeres, las reacciones ante este adelanto evidenciaron la fragilidad de dicha construcción jurídica (Torres, 2016: 196).

La LO 1/2004 conceptualizó la violencia de género en el ámbito de la relación de pareja. En su exposición de motivos dejó claro que no se trataba de un asunto privado, afirmando que “es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”. En palabras de Bodelón (2008: 276) “esta ley supuso un punto de partida para una reflexión sobre la violencia de género y un derecho no androcéntrico”.

Gil (2007: 25-43) manifiesta que esta ley trajo consigo un avance en relación con la reforma operada en el año 2003, al definir la violencia de género como una forma de discriminación basada en la relación de poder de los hombres sobre las mujeres, expresando: “la reacción legislativa sólo puede ir, pues, en la línea de una acción positiva capaz de volatizar la subordinación estructural, y de conseguir la eliminación de cualquier discriminación en sentido amplio”. De esta manera, entiende que del concepto de violencia de género se infiere el deber de diligencia del Estado, como garante del orden y la paz social, tal como se regula en su art. 1, al expresar que a través de “esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas”, situando esta norma dentro de los postulados del derecho antidiscriminatorio. La consideración de la violencia de género como forma de discriminación es de suma importancia porque se transforma en un problema político de nuestra democracia, convirtiéndose en la expresión más evidente de las relaciones asimétricas de poder que dificultan el disfrute y el ejercicio de los derechos de igualdad, y por tanto de ciudadanía (Torres, 2016:

180). Por primera vez se habla de “derechos de las mujeres víctimas de violencia de género”, desde la consideración de la vulneración de sus derechos fundamentales (Bodelón, 2008: 289), y “como sujetos políticos con problemas, intereses y experiencias no recogidos en el discurso hegemónico dominante” (Barrère, 2008: 31).

La exposición de motivos de la LO 1/2004 declara: “los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución”. Por ello, el marco constitucional prevé la acción positiva en el art. 9.2 con la finalidad de conseguir una igualdad sustancial: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y política”.

El objeto de la ley se define en el art. 1 cuando formula: “la presente Ley tiene por objeto actuar con 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”. Por lo tanto, se define un tipo específico de violencia de género, y no un concepto extenso, tal como establece la normativa internacional en la que se apoya.

Se enfoca la violencia de género -dentro del ámbito de la relación de pareja- de un modo integral y multidisciplinar, dando cabida a aspectos preventivos, educativos, asistenciales y de atención a las víctimas, y proporcionando “una respuesta integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, poli-

ciales y jurídicos responsables de las pruebas y de la aplicación de la ley”⁴⁵

Se produce así un distanciamiento del modelo anterior basado principalmente en medidas asistencialistas y de intervención del derecho penal, como un problema de violencia doméstica, que limitaba su visibilización como asunto público a la denuncia de las víctimas. Sin embargo se verá cómo las campañas institucionales se resistieron a abandonar totalmente el mensaje del “deber” de denunciar de las mujeres. Con la publicación de la LO 1/2004, podemos observar en la tabla 2 cómo se produce un incremento importante de las denuncias, consecuencia del mensaje de confianza en la ley y en el sistema judicial que se fraguó con la publicación de la misma. Se lanza una campaña publicitaria⁴⁶ con el lema “contra los malos tratos gana la ley”, que tuvo como finalidad informar sobre el cumplimiento y aplicación de la Ley Integral en la lucha contra la violencia de género. El anuncio mostraba la respuesta inmediata y eficaz de la ley, y el sistema judicial, ante una mujer que decidió denunciar, situando la escena fuera del ámbito doméstico, posicionando a la mujer como sujeto de derechos y no como objeto de protección. Sin embargo, la campaña de 2007 presentando el teléfono 016 vuelve a instar a la denuncia, poniendo nuevamente el foco en la muerte, la impotencia, la asistencia y la protección (Fernández, 2008: 32).

Así, se establecen medidas de sensibilización en el ámbito educativo, en el ámbito de la publicidad; reforzando una imagen que respete la igualdad y dignidad de las mujeres, y en el sanitario, para optimizar la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas, en coordinación con otras medidas de apoyo. Se disponen medidas de asistencia a las víctimas, reconociendo el derecho a la información, a la asistencia jurídica gratuita (asumiendo una misma dirección letrada todos los procedimientos), social y de apoyo económico. Se reconoce la asistencia social integral a las mujeres víctimas como a sus hijos e

45. Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género.

46. Campaña emitida por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

hijas, estableciéndose que “los servicios sociales de atención a la mujer deberán de contar con personal específicamente formado para atender a los/las menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género” (art. 19.5). Este derecho está en consonancia con el reconocimiento que se establece su exposición de motivos, afirmando que “las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, considerándolos víctimas directas o indirectas. La Ley también contempla su protección, no solo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”. A lo largo de esta investigación se comprobará de qué manera se ha garantizado dicha protección. Save the Children⁴⁷ evidenció que el sistema de protección de la mujer no contemplaba a los niños y niñas como víctimas de la violencia de género, comprobando cómo los recursos existentes se encontraban descoordinados⁴⁸, siendo insuficientes para atender a las necesidades de los niños y niñas, así como ineficaces. Así mismo, puso de manifiesto la utilización de un enfoque generalizado de protección y atención a los/las niños/niñas a través del apoyo a sus madres y no a través del apoyo psicosocial específico adaptado a sus características y necesidades, afirmando que los/las niños y niñas son tratados como objetos de protección y no como sujetos de derechos.

Se crean los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Estos Juzgados conocen de la instrucción, y en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas (separación, divorcio, guarda y custodia, etc.), de forma que unas y otras, en la primera instancia sean objeto de tratamiento

47. Informes: “Atención a los niños y niñas víctimas de la violencia de género” (2006) “En la violencia de género no hay una sola víctima” (2011).

48. Organismos en materia de derechos de las mujeres y en materia de protección a la infancia.

procesal ante la misma sede. Se regulan por la propia LO 1/2004 nuevas medidas de protección que podrá adoptar el Juez o Jueza de Violencia, medidas que no estaban previstas con anterioridad en la LECrim, y que se incorporan en los artículos 63 a 69: protección de datos y las limitaciones de publicidad; medidas de salida de domicilio; alejamiento o suspensión de las comunicaciones, suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, suspensión del régimen de visitas, suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas. Lo que se pretendía es que los asuntos penales y civiles que puedan derivar de una situación de violencia de género fueran objeto de tratamiento en la misma sede, procurando así la inmediata protección de las víctimas y evitar el peregrinaje a los distintos órganos judiciales. En relación con los hijos e hijas se extiende la competencia del Juzgado de Violencia cuando de manera simultánea se haya cometido un acto de violencia sobre la mujer, por lo que su protección es indirecta (Planchadell, 2018: 540).

Se establece la especialización de los Juzgados de Violencia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Fiscalía, Juzgados de los Penal⁴⁹, secciones dentro de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, esta especialización a todas luces sigue siendo insuficiente, como se verá a lo largo de las páginas de esta tesis. Se crea la figura del o la Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, encargado/a de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en este aspecto, así como una sección equivalente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia, y de las Audiencias Provinciales, a las que se adscribirán Fiscales con especialización en la materia. De esta manera, los/

49. Se adiciona un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 89 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “a fin de facilitar el conocimiento de los asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberá especializarse uno o varios Juzgados en cada Provincia, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley”. En la actualidad existen más de 500 órganos judiciales especializados, 106 Juzgados de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas, y con servicios de guardia en Barcelona, Madrid, Valencia y Sevilla, y 355 con competencias compartidas (Datos extraídos de la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, 2016).

las fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas⁵⁰ cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia, además de intervenir en los procesos civiles de nulidad, separación, o divorcio, o que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos. Se modifica el artículo 87 bis en la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Por otro lado, la disposición adicional segunda de la LO 1/2004 estableció la creación de unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género⁵¹. La Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004 establece: “La creación de estas unidades responde a la necesidad de alcanzar el diagnóstico de la violencia de género partiendo de una concepción global que permita superar informes sobre hechos o cuestiones aisladas”⁵². El Informe sobre los problemas de interpretación y aplicación de la LO 1/2004⁵³ entendió imprescindible la constitución de las referidas unidades en todos los territorios, integradas por equipos multidisciplinarios e interdisciplinarios del ámbito de la medicina forense, psicología y del trabajo social. El objetivo de dichas unidades es emitir informes integrales que incluyan el diagnóstico de la violencia, la valoración del hecho, las lesiones sufridas, el clima violento, el riesgo de nuevas agresiones y su posible entidad, las medidas adecuadas para la protección de las víctimas, la existencia de agresiones sexuales y la valoración de los hijos e hijas.

50. Antes de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995.

51. “El Gobierno y las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de justicia organizarán en el ámbito que a cada una le es propio los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género”.

52. Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género 2016. Consejo General del Poder Judicial

53. Elaborado por el grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial 2011.

La formación se encuentra prevista en el art. 47 en el que se establece: “el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses”. Así mismo, el art. 20 prevé formación específica para los/las letrados del turno de oficio en esta materia. Recordemos que las medidas formativas se establecieron desde el I Plan de Acción contra la violencia doméstica.

Como es sabido, las reformas de naturaleza penal son las que más polémica han causado, la ley en su exposición de motivos expresa: “desde el punto de vista penal la respuesta nunca puede ser un nuevo agravio para la mujer”. Se incluyen, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementa la sanción penal cuando la lesión, o el maltrato de forma ocasional, 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 (art. 148.4.5 y art. 153.1⁵⁴ del CP) así como de todo aquel que despliegue las mismas conductas sobre una persona especialmente vulnerable con la que conviva.

Se incorporó un tipo agravado con estos mismos sujetos pasivos para el delito de amenazas y coacciones (art.171.4.5 y art. 172.2 del CP), ampliándose así la consideración de delito a todas las amenazas - antes ya lo estaban las leves con armas- y coacciones leves. Introduciéndose

54. “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que este o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios 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 para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”

en estos dos últimos la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, así como la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad cuando el juez lo estime adecuado en atención al interés del menor. La agravante de la pena en su mitad superior cuando se perpetre en presencia de menores, tenga lugar en el domicilio común 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 se extiende también para el delito de coacciones y amenazas.⁵⁵

La falta de apoyo parlamentario de estos tipos agravados por parte de los sectores más conservadores forzó a incluir en el tipo a las personas especialmente vulnerables con las que conviva, enmascarándose nuevamente bajo una referencia más amplia que las equipara con la violencia doméstica (Maqueda, 2006b: 11). (Laurenzo, 2008: 358) ha evidenciado que la creación de estos tipos específicos, supuso y está suponiendo, un importante recelo para los encargados de aplicar e interpretar la ley, ante su valoración de que esto supone un privilegio para las mujeres en relación con las víctimas masculinas, dejando en la penumbra el maltrato sistemático que sufren las mujeres y sus hijos e hijas.

Maqueda (2006a: 182) vaticinaba “la vía elegida no permite eludir el fundado temor de que ese desviado proceder judicial se repita y que los casos de denuncia de malos tratos -físicos y psíquicos- vayan todas por la vía de los nuevos delitos sin indagar la verdadera entidad de las conductas o su habitualidad, dejando sin contenido la infracción verdaderamente relevante del artículo 173.2. C.P”. La negativa a la aplicación de la tutela reforzada de las mujeres en estos preceptos radica en la negativa a aceptar la violencia de género como un problema estructural que necesita un abordaje propio y diferencial a la violencia doméstica (Prieto, 2016: 115-150). Maqueda (2007: 23) expresa que la nueva regulación relegó a un segundo plano la figura jurídica del maltrato

55. Estando prevista esta agravante en los art. 153.3 (maltrato), 171.5 (amenazas), 172.2. (coacciones), 173.2.2 (maltrato habitual)

continuado, fundamento último de la Ley Integral, centrando sus esfuerzos en aplicar la agravante de género a las agresiones ocasionales, entendiendo que dicha agravante cobraría sentido para el maltrato sistemático en que consiste la violencia de género y no para las agresiones puntuales.

Gil (2007: 45) ya aventuraba que “erradicar la violencia de género exige algo más que trabajar desde la educación, o que atajar los episodios puntuales de violencia desde las instancias sanitarias, psicosociales, económicas, laborales y jurídico-penales. Se demanda restituir a las mujeres el estatus de ciudadanía y el reconocimiento de su voz propia”. Más de trece años después nos encontramos con ese paisaje; la aplicación “a medio gas” de la ley integral por parte de los poderes públicos, así como su interpretación bajo ideas estereotipadas sobre el papel del hombre y la mujer en la sociedad (Peramato, 2015: 26) ha hecho que sigamos sin atajar la raíz del problema. Los/las operadores jurídicos no reconocen la voz de las mujeres, tampoco la de sus hijos e hijas que viven y sufren las violencias de género. Esta ley ha sido y sigue siendo muy cuestionada, habiéndose producido a lo largo de este tiempo numerosas resistencias y obstáculos para garantizar a las mujeres y sus hijos e hijas una vida libre de violencia de género. El derecho a la vida y a la integridad física y moral están previstos en nuestro texto constitucional como derechos esenciales, en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, bajo el rótulo “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, derechos “sin cuyo reconocimiento el sujeto jurídico/político carece de relevancia jurídico/constitucional” (Torres, 2016: 173).

4. LA INCORPORACIÓN CONFUSA DE LOS/AS MENORES COMO VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA REGULACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA

En su exposición de motivos, la LO 1/2004 expresa que pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales proporcionando una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres, haciendo alusión expresa a las siguientes normas internacionales: IV Conferencia Mundial de 1995 de la Organización de Naciones Unidas, 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 mujer, etc. Si bien las principales normas internacionales establecen una definición de violencia de género más amplia, en la que se incluyen los diferentes tipos de violencia, no solo la que se produce en el ámbito de pareja.

Al igual que en nuestro país, a nivel internacional el movimiento de mujeres y la crítica feminista provocó normas y tratados internacionales para la eliminación de la discriminación por razón de género. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979 (CEDAW) define el concepto de discriminación contra la mujer, condenando todos los Estados Partes la discriminación en todas sus formas, responsabilizándose a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. En su art. 5, se exige a los Estados a tomar las medidas adecuadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias, y de cualquier otra índole, que están basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. La Convención ya hacía referencia, en este mismo artículo, al “reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y muje-

res en cuanto a la educación y desarrollo de sus hijos”, entendiéndose que “el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación del Convenio se creó un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer. Fue este, tras la III Conferencia Mundial de la Mujer de Nairobi en 1985, en la Recomendación General n° 19 de 1992, el que incorporó la violencia contra la mujer como forma de discriminación, llegando a la conclusión de “que los informes de los Estados Partes no siempre reflejaban de manera apropiada la estrecha vinculación entre la discriminación contra la mujer, la violencia contra la mujer, y las violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales”. El Comité determinó que la violencia de género podría infringir determinadas disposiciones de la Convención, incluso si no se mencionaba en ella de forma directa la violencia de género. De esta manera, dispuso que los Estados partes podrían ser responsables de los actos privados si no actuaban con la diligencia debida para prevenir las violaciones de derechos, investigar o castigar los actos de violencia, así como de indemnizar a las víctimas. El párrafo 6 de la Recomendación estableció: “el artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que le afecta de forma desproporcionada”. Tal como afirma (Barrère, 2008:33) esta afirmación generó y genera confusión. Entendiendo esta autora que la Convención pretendía introducir, a través de la referencia a desproporción, otra categoría de violencia: la violencia doméstica, que afecta de forma desproporcionada a las mujeres, pero también puede afectar a los hombres.

En el ámbito de las Naciones Unidas la visibilización del impacto de la violencia de género en la infancia también se produce tímidamente. La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993 reconoce que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la domi-

nación de la mujer y a su discriminación. La Declaración colocó a la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos que impide a las mujeres gozar de sus derechos y libertades. La define 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 produce en la vida pública como en la vida privada”. En su art. 4 establece la necesidad de evitar la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación. Además de esforzarse en garantizar a las mujeres y, “cuando corresponda”, a sus hijos: “asistencia especializada, con servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica”. Refiriéndose así la Declaración de Naciones Unidas a los/las hijos/as en entornos de violencia de género como apéndices de las madres, sin conceptualización alguna como víctimas.

La ya referida IV Conferencia Mundial de la Organización de Naciones Unidas, celebrada en Beijing en 1995, reconoció que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, suponiendo una violación y menoscabo del disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Reitera el concepto de violencia contra la mujer de la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, alertando además de los costes sociales, sanitarios y económicos para la sociedad en general. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing establecía una serie de circunstancias por las que la violencia contra la mujer se agravaba, perdurando aún muchas de ellas: “las presiones sociales, como la vergüenza a denunciar ciertos actos; la falta de acceso de la mujer a la información, asistencia letrada o protección jurídica; la falta de leyes

que prohíban efectivamente la violencia contra la mujer; el hecho de que las autoridades públicas no pongan el suficiente empeño en difundir y hacer cumplir las leyes vigentes; y la falta de medios educacionales y de otro tipo para combatir las causas y consecuencias de la violencia”.

En el ámbito de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, La Observación general n° 13 de 2011 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, tampoco conceptualiza la exposición de la infancia a la violencia de género como una forma de violencia específica, refiriéndose a la “exposición a la violencia doméstica” como una expresión de violencia mental. Considerando a los niños expuestos a violencia en situación de vulnerabilidad potencial, refiriéndose entre otros a los que son víctimas y testigos de actos de violencia en el hogar⁵⁶. Considerando una violación de los derechos del niño por las instituciones y el sistema: “no aprobar o revisar disposiciones legislativas o de otro tipo, no aplicar adecuadamente las leyes y otros reglamentos y no contar con suficientes recursos y capacidades materiales, para detectar, prevenir y combatir la violencia contra los niños”. Afirmando que también se produce una vulneración del derecho del niño a no sufrir violencia cuando los profesionales ejercen sus responsabilidades si tener en cuenta el interés superior, sus opiniones o los objetivos de desarrollo del niño.

La Recomendación general n° 35 adoptada en el año 2017 por el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre la violencia por razón de género contra la mujer⁵⁷, visibiliza los escenarios en los que los/las menores son utilizados para perpetuar la violencia de género, cuando en el punto 31 establece: “los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos

56. punto 72.g.

57. Por la que se actualiza la recomendación General n°19

humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño”. A la que le precedió la Comunicación nº 47/2012, de 30 de julio de 2014, tras la denuncia presentada por la madre de la hija asesinada por el padre en el régimen de comunicaciones y estancias⁵⁸. El Comité realiza la recomendación al Estado Español de tomar las 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 visitas relativos a los hijos, para que el ejercicio de los mismos no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de violencia.

En el marco de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres de 16 de septiembre de 1997 la vinculó “al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso o político” y consideró “que la violencia por razones de sexo no sólo refleja el desequilibrio en las relaciones de poder que existe en nuestra sociedad, sino que también supone un obstáculo enorme a los esfuerzos que se están realizando para superar las desigualdades entre hombres y mujeres”. Esta Resolución afirma que “la violencia contra las mujeres en el hogar y en la sociedad afecta directa e indirectamente a los niños y a menudo puede crear un ciclo de violencia y abusos que se perpetúa de generación en generación (..) y que tiene unos efectos perjudiciales y duraderos en la salud mental y emocional de los niños”. Por esta razón, instó a los Estados miembros a que establecieran una “legislación específica fuera del Código Penal, con el objeto de proteger a las víctimas de la violencia por razones de sexo, por ejemplo en el ámbito del Derecho de familia, estableciendo procedimientos simplificados de divorcio, en lo que se refiere a la custodia de los hijos y la compensación económica”. Además, se manifiesta la “preocupación por el hecho de que a menudo no se preste atención al vínculo que existe entre la violencia en el hogar

58. Comunicación que será desarrollada en el Capítulo V

y la protección de los niños y por el hecho de que muchas mujeres se vean expuestas a abusos continuos a raíz de resoluciones judiciales que permiten los contactos entre un cónyuge o excónyuge violento y sus hijos”, instando a los Estados miembros a que investiguen sobre el impacto de esta violencia en los niños y niñas. Esta resolución realizó una adecuada contextualización del impacto de la violencia de género en los/las menores, encuadre que se desdibujó en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica

En el año 2009 se creó el Comité de expertos ad hoc para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (CAHVIO) con el objetivo de desarrollar un instrumento legal vinculante sobre la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, con el mandato de tener en cuenta la situación de los niños y niñas como víctimas y “testigos” de esta violencia, tal como establecen la Resolución 1714/10 y la Recomendación 1905/2010. La Resolución 1714/10 del Consejo de Europa reconoció que la exposición de los niños a la violencia contra su madre en el hogar es una forma de abuso psicológico que tiene consecuencias potencialmente graves. Esta resolución afirmó que se requiere una acción específica con respecto a los niños que son testigos de la violencia doméstica, siendo a menudo no reconocidos como víctimas del impacto psicológico de esta violencia; ni como posibles futuras víctimas; ni como elementos de una cadena de reproducción de la violencia. La recomendación 1905/2010 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa afirmó que deben reforzarse las acciones específicas para abordar estas situaciones en los diferentes ámbitos de actuación y decisión, teniendo en cuenta el impacto de este tipo de violencia en los niños y niñas.

Por su parte, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 se refiere a la necesidad de especial apoyo y protección a las mujeres víctimas de violencia por motivos de género y sus hijos, debido al elevado riesgo de victimización secundaria, de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia. Define

el concepto de violencia por motivos de género: “la violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado”. La necesidad de especial apoyo y protección también se recoge en el Considerando K de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014.

Finalmente, el 6 de junio de 2014 el Boletín Oficial del Estado publicó el Instrumento de ratificación del 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 de 2011, entrando en vigor el 1 de agosto de 2014. Este Convenio es de una gran importancia, al ser el primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y doméstica, teniendo capacidad para influir en las legislaciones internas de los países firmantes, así como para controlar los avances e incumplimientos. Se amplían como delito otras formas de violencia contra la mujer: violencia física, psicológica, violencia sexual (incluida la violación, mutilación genital femenina, matrimonio forzado, acoso sexual, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzosos. La ⁵⁹Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial reconoce la importancia de la ampliación del concepto de violencia de género, que dará lugar a que en el futuro se amplíen las competencias de los Juzgados de Violencia.

Establece, en materia de prevención, la obligación de las partes de tomar “las medidas necesarias 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 inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y de los hombres”. El Preámbulo señala que

59. 2016

“aspira a crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica”, “reconociendo que la realización de jure y de facto de la igualdad entre hombres y mujeres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra la mujer”. Además, parte de reconocer la violencia contra la mujer como una manifestación del desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre, por el que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación. Sin embargo, este marco acorde el moderno Derecho antidiscriminatorio (Gil, 2015:1474) se desdibuja con la confusión de conceptos que posteriormente desarrolla: “violencia contra la mujer”, “violencia doméstica” y “violencia contra la mujer por razones de género” y, sobre todo, se genera confusión cuando reconoce que “las mujeres y las niñas están más expuestas que los hombres a un elevado riesgo de violencia basada en el género”, apartándose de esta manera del concepto de violencia de género como una forma de discriminación sufrida por las mujeres (Ventura, 2016: 196). Recordemos que nuestra LO 1/2004 considera que la violencia de género es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, tratándose 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.

El Convenio define 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 impliquen o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluida las amenazas a realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, en la vida pública o privada”. Entendiendo por violencia contra la mujer por razones de género “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de forma desproporcionada”, distinguiéndola de la violencia doméstica, como: “todo acto de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar entre cónyuges o parejas de hecho antiguos y actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya

compartido el mismo domicilio de la víctima”. Este concepto también difiere de la definición dada por nuestra legislación de violencia doméstica, reconociendo a su vez que “la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada y que los hombres también pueden ser víctimas de la violencia doméstica, admitiendo que los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia”.

Así las cosas, el Convenio de Estambul está reconociendo que los niños son víctimas de la violencia doméstica, violencia que según su definición sufren las mujeres de manera desproporcionada, pero que también pueden sufrir los hombres. Este reconocimiento no sitúa a los menores como víctimas de la violencia de género, como una violencia que persigue el sometimiento de los hombres sobre las mujeres, y que se extiende hacia los hijos e hijas para conseguir su objetivo, bien por su exposición a las agresiones físicas y psíquicas reiteradas, por sufrirlas directamente, o por ser utilizados por los maltratadores como instrumentos para seguir ejerciendo violencia hacia sus madres. De esta manera, el Convenio de Estambul no visibiliza a los/las menores como víctimas de la violencia de género, la consecuencia que de ello deriva, en palabras de Ventura (2016) “es que la dispersión metodológica y conceptual acaba siendo uno de los motivos que dificulta la erradicación de la violencia: si el concepto de partida es erróneo, su regulación jurídica y las medidas fácticas que se adopten no van a ser efectivas”. De igual modo, esta confusión terminológica supone la desactivación del componente destructor del moderno Derecho antidiscriminatorio, originando un paso atrás en la lucha por la erradicación de la discriminación estructural de la violencia de género (Gil, 2015:1474; Ruiz, 2018: 256). En este sentido, nuestra normativa nacional, a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia establece un concepto mucho más acertado de los/las menores como víctimas de la violencia de género.

Finalmente, en el Considerando X de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión

del Consejo relativa a la celebración por la Unión Europea del Convenio de Estambul⁶⁰ vuelve a referirse a la violencia doméstica cuando afirma: “... que los menores no tienen que verse expuestos directamente a la violencia para ser considerados víctimas, ya que la violencia doméstica también genera consecuencias traumáticas en quien la presencia”

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este recorrido histórico realizado hasta ahora ha sido necesario para levantar los cimientos de esta tesis. La confusión, entendemos interesada, por parte de nuestro derecho en torno a los conceptos de violencia doméstica y de género provocó la ocultación de esta última, negando sus raíces profundas, y situando a las mujeres, una y otra vez, como seres débiles necesitados de protección. En el decorado que se ha descrito conceptualizar a los/las menores como víctimas de violencia de género, como una forma de discriminación basada en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, era irrealizable. Nuestras antecesoras feministas, desde 1989, ya hicieron visible el impacto de la violencia de género en los/las hijos e hijas; sin embargo, las sucesivas reformas legislativas, centradas en la violencia doméstica, no escucharon sus voces. Tan solo la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se hizo eco, incorporándose como pena obligatoria la suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias en los delitos relativos a malos tratos familiares. Sin embargo, los resquicios interpretativos, amparados en la exposición de motivos de la ley que expresaba “la posible suspensión”, hizo que este precepto quedara vacío de contenido, tal como ha ocurrido con la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

El cambio de paradigma con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el que

60. Por propuesta de Decisión del Consejo (COM (2016) 0109)

se define la violencia de género como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, permitió que se reconociera que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, considerándolos víctimas directas o indirectas, estableciendo su derecho a la asistencia y a la tutela de sus derechos, dotando a los Juzgados de violencia de medidas anteriormente inexistentes para su protección: la suspensión del régimen de visitas, de guarda y custodia y la suspensión del ejercicio de la patria potestad. No obstante, estas medidas han tenido una gran resistencia a su aplicación por parte de los/las operadores jurídicos. De cualquier modo, aunque no reconociese a los/as menores como víctimas directas, lo cierto es que LO 1/2004 inició el camino para su consideración como tales.

La confusión entre el concepto de violencia de género y doméstica no solo se ha detectado en el ordenamiento jurídico español, también en el ámbito internacional, principalmente en el europeo, paradójicamente con la norma de mayor trascendencia por su carácter vinculante en el ámbito europeo. Esta confusión tiene como consecuencia la no conceptualización de los/las menores como víctimas de violencia de género, como una violencia que persigue el sometimiento de las mujeres a los hombres, y que se extiende hacia los/las hijos para conseguir su objetivo. Si el concepto es erróneo, su regulación jurídica, así como las medidas que se adopten para erradicar esta lacra social no serán las adecuadas, además de ser ineficaces.



CAPÍTULO II

DIAGNÓSTICO DEL RECONOCIMIENTO PREVIO DE LAS VIOLENCIAS

1. Las violencias vividas por las mujeres y sus hijos e hijas
2. Consecuencias de la violencia de género en los y las menores
3. A modo de conclusión

1. LAS VIOLENCIAS VIVIDAS POR LAS MUJERES Y SUS HIJOS E HIJAS

Con la investigación cuantitativa realizada se ha pretendido averiguar las violencias vividas por las mujeres y sus hijos e hijas. Es decir, las violencias ejercidas hacia las mujeres por su pareja o expareja, que incluyen un comportamiento habitual (no incidente aislado) perpetrado por el varón con el objetivo concreto y definido de ejercer control y lograr el poder sobre la mujer, que tiene su causa en las desigualdades sociales generadas por el sistema patriarcal imperante en nuestras sociedades (Ferrer, 2007: 67-80).

Walker (2012: 145-169) describió esta violencia como cíclica, acuñando la teoría del ciclo de la violencia, en la que afirmaba que existen tres fases relacionadas con dicho ciclo: la acumulación de la tensión, acompañada de un incremento de peligro, el incidente de maltrato grave, y el arrepentimiento cariñoso. Este ciclo comienza después del periodo inicial y más intenso de la relación en la que el maltratador expresa un excesivo interés por la vida de la mujer acompañado de un componente cariñoso y protector, así como de control sobre su vida.

Durante la primera fase, el agresor expresa descontento y hostilidad, pero no de forma extrema ni explosiva, comenzando los insultos y las demostraciones de violencia. En esta etapa, la mujer tratará de calmarlo, haciendo lo necesario para complacerle y así evitar un incremento de la violencia, comenzando a experimentar confusión y angustia. En la fase de explosión o maltrato grave se produce una descarga incontrolada de las tensiones acumuladas en la primera fase, en la que se pueden producir distintos tipos de agresiones: verbales, físicas, sexuales, o ambientales (rotura de objetos), que pueden dejar a la mujer gravemente conmovida o lesionada. El hombre observa que la violencia funciona. En la tercera fase el agresor puede pedir disculpas por los episodios de violencia, o mostrarse amable o arrepentido, aunque culpando a la mujer por lo sucedido. En este periodo se produce una ausencia de tensión o violencia, aunque no vaya acompañada de conductas de arre-

pentimiento cariñoso, suponiendo esto un refuerzo para la mujer, y una esperanza de cambio. Sin embargo, poco después aparecerán de nuevo situaciones de tensión que harán volver a empezar el ciclo de la violencia, y así, una y otra vez (Walker, 2012: 156-157).

Cuando germina el primer ciclo de la violencia, la probabilidad de que ocurran episodios de mayor virulencia, por hechos insignificantes, es cada vez mayor, tendiendo la última fase a desaparecer. El maltrato se incrementa en frecuencia y severidad, encontrándose la mujer con el paso del tiempo como menos recursos psicológicos para salir de la situación. De esta manera, cuanto más tiempo permanezcan las mujeres en la relación abusiva, las consecuencias psicológicas serán cada vez más graves, no percibiendo que están dentro del ciclo, negando o minimizando la violencia y responsabilizándose de la misma por no haber podido controlarla (Ferrer, 2007: 82-83). De esta manera, esta violencia tiene graves problemas de salud en las mujeres, así como en sus hijos e hijas. El ciclo de la violencia descrito se desarrolla dentro de una estrategia del agresor, en la que previamente ataca los elementos de identidad pasada, las fuentes de apoyo externo, así como los elementos de identidad presente, produciéndose así un aislamiento y encarcelamiento en la relación violenta (Lorente, 2016: 200)

Lizana (2012: 59-69) nos muestra cómo los niños y niñas pasan por cada etapa anteriormente expuesta, reaccionando con diferentes conductas para hacer frente a la violencia. Así, en la fase de tensión, perciben el clima emocional que se instala entre su padre y madre, creándose un ambiente de angustia, ansiedad y miedo, que amenaza la vida cotidiana, y que puede dar lugar a una explosión de violencia. En esta fase, pueden presenciar insultos, menosprecios, interrogatorios sobre las conductas o movimientos de la madre, etc. En el estallido de violencia, los/as niños y niñas tienen posibilidad de presenciar el episodio directamente o percibirlo a través de los gritos, llantos, la rotura de objetos, exponiéndose a una situación de carácter traumático, aumentándose los niveles de ansiedad y miedo. Aunque no perciban el episodio violento, sí advertirán las consecuencias emocionales en sus madres. En la tercera

fase, el “perdón” del padre, culpabilizando a la madre, los envuelve en una gran confusión, que se refuerza por la esperanza de cambio debida a la actitud atenta del padre, o no violenta, en la que puede tener un acercamiento afectivo a los/las hijos/as con el objetivo de fortalecer el mensaje de que ha cambiado. Sin embargo, poco a poco irán descubriendo que el ciclo de la violencia se repite una y otra vez, desapareciendo con bastante frecuencia la tercera fase una vez cronificado, ya que al haberse instalado el terror en las vidas de la mujer e hijos/as, el agresor ya no necesita manipular para cumplirse los objetivos de control y dominio. Así, la situación se convierte en extrema, no existiendo ninguna esperanza de cambio.

El conocimiento de las violencias vividas se obtuvo a través del análisis cuantitativo de los 118 expedientes de mujeres que denunciaron violencia de género y, de manera más profunda, a través del análisis cualitativo, mediante la realización de las entrevistas.

De los expedientes estudiados, 197 hijos/as se encontraban en entornos de violencia de género; de estos, 144 eran nacidos/as de la relación violenta, encontrándose en el momento de la presentación de la denuncia 3 mujeres embarazadas. En un 30,2%, la pareja no había tenido descendencia. Sin embargo, solo un 15,3% de las mujeres que denunciaron no tenían hijos ni hijas, siendo la media por cada mujer de uno o dos nacimientos. En cuanto a las edades, el dato más significativo es que el primer hijo/a de la relación, en un 58% de los casos, tenía entre 0 y 5 años y el segundo, en un 53%, entre 6 y 18 años. En lo que se refiere al sexo del primer hijo/a, en el 62,2% de los casos era varón, por el 36,5% de las ocasiones en las cuales era mujer. Respecto al sexo del segundo hijo/a, se muestran porcentajes prácticamente idénticos.

En cuanto a la relación víctima y agresor, casi en el 40% de los casos eran cónyuges y un 26,3% pareja. En un 28,8% eran expareja y en un 5,1% excónyuges. En el 34,3% de los casos, la duración de la relación de violencia se prolonga de uno a cinco años, mientras que en el 22,9% llega de los 5 a los 10 años. A su vez, también es reseñable que el 10,5% de las denuncias la duración de la violencia llega a más de 20 años.

En las siguientes tablas se muestran las situaciones de violencia que sufrieron las mujeres y sus hijos e hijas, divididas en agresiones físicas y psíquicas⁶¹.

Las violencias descritas en la tabla siguiente se producen en un 60% muchas veces (más de seis), teniendo lugar en un 22,9% de forma puntal (una o dos veces). Durante las violencias físicas sufridas por la madre, en un 29,8% de los casos había un hijo/a presente de la relación y en el 22,1% había dos, no teniéndose en cuenta para este cálculo los datos de las mujeres que no tenían descendencia. En un 11% de los casos fue presenciada por un hijo/a de otra relación. Cuando se habla de “hijos/as presentes”⁶², se hace referencia a que percibieron las agresiones sufridas por su madre. En cuanto a la frecuencia, en un 56% estuvieron presentes muchas veces, y solo en un 26,3% una o dos veces.

Tabla 3: *Agresiones físicas hacia las madres*

| | |
|-------------------------|-------|
| Recibió golpes | 76,5% |
| Recibió pellizcos | 4,7% |
| Recibió patadas | 23,8% |
| Recibió mordeduras | 5,7% |
| Recibió tirones de pelo | 25,1% |
| Cogerla del cuello | 29,1% |
| Fue escupida | 7,3% |
| Intento de atropello | 2,1% |

61. Las agresiones sexuales no han sido mostradas, ya que es un dato que aún se encuentra invisibilizado en las denuncias y en las manifestaciones de las víctimas ante los recursos de igualdad.

62. Según lo establecido en la unificación de criterios en el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Supremo, de fecha 20 de marzo de 2018, la “presencia de menores” no puede interpretarse en el sentido de restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena violenta.

| | |
|---|-------|
| Recibió empujones | 78,8% |
| Cogerla fuertemente con la intención de tirarla por un barranco | 6,7% |
| Intimidarla con el puño en la cara | 11,8% |
| Sufrió lesiones | 72,8% |
| Utilizó arma y/o instrumentos | 23,4% |
| Agresiones físicas estando embarazada | 24,4% |

Fuente: Elaboración propia

En la siguiente tabla se observa cómo en el 97% de los casos analizados la frecuencia de la violencia psíquica es de muchas veces (más de seis). La presencia de los hijos/as durante la violencia descrita en la misma asciende a 95,7%, nacidos de la relación un 83,5% de los niños y de las niñas presentes. En cuanto a la frecuencia en la exposición, en un 97,3% estuvieron presentes muchas veces.

Tabla 4: *Agresiones psíquicas hacia las madres*

| | |
|---|-------|
| Agresiones psíquicas estando embarazada | 56,5% |
| Presencia rotura de objetos | 78,6% |
| Oposición a aumento educativo/profesional | 47,2% |
| Exigencias de obediencia | 96,5% |
| Amenazas con causarle un mal a un hijo/a | 3,50% |
| Denuncias de la persona maltratadora | 4,7% |
| Agredió o intimidó a otras personas | 41,7% |
| Aislamiento de familiares y amigos | 87,5% |
| Sufrió vigilancia | 70,8% |
| Control de su persona | 88,9% |

| | |
|------------------------------|-------|
| Desvalorizaciones | 98,1% |
| Humillaciones | 99,1% |
| Utilizó armas o instrumentos | 21,3% |
| Amenazas de muerte | 81,3% |
| Insultos | 100% |

Fuente: Elaboración propia

Los resultados obtenidos del análisis cuantitativo han revelado que, hasta el momento de la presentación de la denuncia, los niños y niñas permanecieron expuestos y expuestas a las violencias descritas en la Tabla 3 y 4, de uno a cinco años, en un 36%, y de cinco a diez años, en un 28%.

A través de las entrevistas a las mujeres hemos podido conocer, con mayor profundidad, los escenarios violentos vividos por los niños y niñas:

...el día que yo le dije que no aguantaba más, que me quería separar me dijo algunas cosas como: << las casas de madera arden más rápido>> y estaba la niña delante, aunque era muy pequeña.... (E-1)

Hasta me amenazó en el hospital, en la habitación donde estaba la niña con el suero puesto, <<ríete que te queda poco, le voy a contar a la niña lo hija de puta que eres para que no te quiera>>. O sea, no tiene ningún tipo de respeto ni de reparo. Él no le tiene miedo absolutamente a nada. (E-1)

Un día me acuerdo de que me dejó toda la cara morada y mis hijos vieron cómo su padre me pegaba. También mi hijo se acuerda de cómo su padre me cogió del cuello, y de cómo me arrastró, diciéndome: <<lo mejor que podía pasar era verte muerta>>, esto no se le va de la cabeza. El niño dice que no va a ser como su padre. Lloraban al principio, pero después ya se encerraban en su habitación. El niño cogía a la niña y se encerraban en su habitación. Sí, o se ponían en el salón y subían el

volumen de la televisión, o yo misma me encerraba en una habitación cuando lo veía así. (E-2)

Mi chica lo vio todo, desde bebé siempre ha estado presente, las veces que he intentado irme, las veces que me ha pegado, era muy chica, y con el cuento de que era muy chica, pensábamos que no se daba cuenta. Cuando sufría agresiones, la niña se escondía..., bueno de bebé lloraba...una vez él rompió un vaso, ella estaba en el sillón se echó al suelo, intentó irse mientras él me estaba pegando, la niña se cortó el piececillo, le tuvieron que poner puntos. (E-14)

Mis hijos lo han presenciado todo, los insultos, las amenazas, las agresiones, él nunca se ha cortado...En una ocasión me escupió en la cara, diciéndome que era una asquerosa, estando el niño presente. (E-18)

Ha visto peleas, arrebatos, el día que vino su padre gritando e insultando a la casa de mis padres y entró con una azada. (E-11)

En la siguiente tabla mostraremos las agresiones producidas hacia los niños y niñas por el padre, divididas también en agresiones físicas y psíquicas. Un 25,9% de los/las hijos/as fueron agredidos físicamente, de ellos un 17,5% eran nacidos/as de la relación. En casi la mitad, la frecuencia de la violencia física es muchas veces, en un 28,6% pocas veces (de dos a cuatro), y en casi una cuarta parte de forma puntual. Un tercio de los/las hijos/as fueron agredidos/as psíquicamente, de los cuales un 22,3% eran nacidos/as de la relación. En el 68% de los casos la frecuencia de la violencia psíquica fue muchas veces (más de seis).

Tabla 5: *Agresiones físicas y psíquicas hacia los/las hijos e hijas*

| | |
|---|-------|
| Recibió golpes | 23,3% |
| Recibió pellizcos | 2,5% |
| Le retorció los brazos | 1,2% |
| Le cogió de las orejas fuertemente | 1,2% |
| Recibió patadas | 2,5% |
| Recibió empujones | 9,2% |
| Recibió tirones de pelo | 1,3% |
| Sufrió intento de estrangulamiento | 2,5% |
| El hijo/a recibió insultos | 27,5% |
| El hijo/a recibió amenazas | 17,1% |
| El hijo/a sufrió detenciones | 1,3% |
| Contra el hijo/a utilizó armas y/o instrumentos | 1,3% |
| Cogerla fuertemente con la intención de tirarla por un barranco | 6,7% |
| El hijo/a recibió humillaciones | 24,1% |
| El hijo/a recibió desvalorizaciones | 21,1% |
| El hijos/a presencié rotura de objetos dirigidos a él/ella | 11,1% |

Fuente: Elaboración propia

Así nos lo cuentan las madres en las entrevistas realizadas:

...la niña desde siempre le ha tenido mucho respeto al padre, mucho miedo, la mirada que tenía siempre era de miedo. No le ha pegado nunca, pero el trato psicológico ha sido brutal. (E-1)

...sí, cuando se portaba mal le gritaba, y yo le decía que no les gritase. Al niño una vez lo pateó, pero le dije que eso no lo hiciera, y a la niña

una vez que no quiso comer le pegó con la cuchara y le rompió el labio, sangrándole. Todavía se acuerda de eso. Si el niño se equivocaba en algo le decía: <<es que estas tonto, es que no sirves>>, pero cuando tenía que jugar con ellos jugaba. (E-2)

Al niño le ha dado un bofetón de vez en cuando, pero también grita e insulta a los niños, al mayor le dice: << gilipollas, no llores, que eres un maricón, la próxima vez te parto la cara >>, se sale de sus casillas, y después se muestra cariñoso, hasta que vuelve a estallar otra vez, lo mismo que hace conmigo. Mis hijos le han preguntado a mi madre si su padre los odia. Cuando mis hijos tienen algún problema en el colegio les dice <<que tienen que partirle la cara a los compañeros>>. (E-18)

El padre antes le decía a la niña que: << eres una puta como tu madre >>, y he guardado muchas cosas que mi familia no sabe, los niños lo han pasado muy mal, él les han dado pellizcos y les ha pegado, sobre todo al niño, a mí me pegaba con la mano abierta para no dejar señales y al niño lo voleaba. (E-12)

Todos los hijos e hijas de las dieciocho mujeres entrevistadas estuvieron presentes cuando la madre era insultada, humillada, amenazada, golpeada, cuando su padre cogía a la madre fuertemente del cuello, o cuando daba golpes a las cosas. Vieron las lesiones, escucharon los gritos, percibieron la tensión y la amenaza, así como el sufrimiento de su madre. Padedieron en un 44% agresiones directas por parte del padre.

2. CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS Y LAS MENORES

La terminología utilizada para nombrar esta realidad es y ha sido ambigua y diversa, contribuyendo esto a su negación y minimización. En un principio, se hablaba de hijos e hijas de mujeres maltratadas, se les consideraba apéndices de la situación de las madres, no aportando nada esta terminología sobre la situación y las experiencias que vivían. Posteriormente, surgió el concepto de niños y niñas testigos, esta definición omite si la violencia tiene un impacto para ellos y ellas, ya que su única acción es presenciar la violencia de su padre hacia su madre. Más tarde se utilizó el de niños y niñas expuestos y expuestas a violencia de género, considerándose un avance, ya que a través de esta expresión se reconoce que están ante algo que puede ser peligroso o dañino (Lizana, 2012: 36-38). Este concepto se refiere a todos los hijos e hijas que viven en un hogar donde su padre o la pareja de su madre es violento contra la mujer (Aguilar, 2009:3); se incluyen aquellas situaciones en las que, tras la separación, siguen viviendo en alguna medida situaciones de maltrato: interacción abusiva durante el régimen de visitas, manipulación, etc. (Cunningham y Baker, 2007).

Diversas investigaciones han concluido que estos niños y niñas presentan más conductas agresivas y antisociales. También suelen presentar una menor competencia social y un menor rendimiento académico que los de familias en que las que no se da la violencia, además de promedios más altos en medidas de ansiedad, depresión y síntomas traumáticos. A largo plazo, el efecto más importante es que este tipo de situaciones constituye un modelo de aprendizaje de conductas violentas dentro del hogar (Patrón y Limiñana, 2005: 11-17; Walker, 2012: 369; Lizana, 2012: 113-151). Los problemas son aplicables al patrón descrito en

menores que sufren agresiones directas (Sepúlveda, 2006: 153)⁶³.

Aguilar (2009:7), siguiendo el trabajo de Wolak, pone de manifiesto que la exposición a esta violencia genera en los niños y niñas alteraciones físicas (retraso en el crecimiento, bajo peso al nacer, trastornos en la conducta alimentaria, regresiones, enfermedades y síntomas sicosomáticos, incremento de enfermedades infecciosas), problemas emocionales (ansiedad, ira, depresión, aislamiento, trastornos del apego, síndrome del estrés postraumático), problemas cognitivos (retraso en el aprendizaje del lenguaje y el desarrollo verbal, retraso en el desarrollo cognitivo, alteración del rendimiento escolar), problemas de conducta (violencia hacia los demás, hiperactividad, rabietas, toxodependencias), y problemas sociales (escasas habilidades sociales, retraimiento, trastornos de la empatía). Aguilar (2015: 45) alerta sobre la exposición materna a estresores psicosociales durante el embarazo, como la conducta violenta por parte de la pareja, originando efectos negativos en el desarrollo físico y neurológico fetal e infantil, incluyendo alteraciones en el desarrollo fetal y motor, disfunciones en el rendimiento cognitivo y otros trastornos emocionales. En este sentido, en las violencias descritas anteriormente, en un 24,4% las mujeres sufrieron agresiones físicas estando embarazadas, y en un 56,5%, psíquicas.

En el análisis cualitativo de la investigación realizada, como se explicó anteriormente, uno de los objetivos que se pretendían fue conocer en profundidad las violencias vividas por las mujeres y sus hijos e hijas, así como las consecuencias observadas por las madres en los niños y niñas. Con este fin se realizaron dieciocho entrevistas semi-estructuradas a mujeres que denunciaron situaciones de violencia de género por parte de sus parejas o exparejas. Los resultados obtenidos, en cuanto a las consecuencias que las madres observaron en sus hijos e hijas por la exposición a la violencia, coinciden con las investigaciones precedentes. La mayoría de las mujeres percibieron alteraciones en los niños y ni-

63. A la misma conclusión llega la Organización Mundial de la Salud, en el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud.

ñas, teniendo en cuenta que pueden minimizar o no ser conscientes de las consecuencias sufridas por sus hijos e hijas. Relatan cómo muestran conductas agresivas, estando en la mayoría de las ocasiones los niños y niñas expuestos y expuestas a situaciones severas de violencia. Otras alteraciones que expresan son: depresión, problemas académicos, inmadurez, déficit de atención, hiperactividad, trastornos de comportamiento, retraso en el aprendizaje del lenguaje, rabietas y lloro continuo en los de menor edad. Así lo narran:

Mi niña grande es muy fuerte, de ellas estoy aprendiendo, me tapan las cosas. Es una niña de sobresalientes, pero llora y se mete en el cuarto de baño, lee muchos libros. La chica no va bien en los estudios, la está viendo el psicólogo. Ahora las dos se relacionan bien, antes estaban siempre solas. La pequeña ha estado en un logopeda, con cinco años no hablaba nada, decía cinco palabras. Una niña que se ha visto diferente y encima todo lo que ha estado pasando. Tenía rabietas muy fuertes, daba golpes, no quería entrar con el logopeda, ya no le pasa. (E-4)

Yo creo que la niña tiene lo mismo que el padre, tiene reacciones muy agresivas, no te lo puedes ni imaginar, te tira lo primero que tiene en la mano, a quién pille por delante, de manera muy violenta. Como le lleges la contraria en lo más mínimo te lanza lo que pille, después cuando le regañas se pone a llorar. Un día tiró un vaso de cristal grueso, y se quedó incrustado en la pared, se veía el ladrillo, eso fue esta navidad, yo estaba delante, lo tiró hacia mí, pero me quite. (E-14)

Antes de separarme, la profesora me decía que el niño tenía la atención muy dispersa. Después de la separación el niño ha mejorado mucho, ha mejorado la concentración, hace deberes, se abre a la hora de ir al parque, antes no quería ni hablar con los niños, y estaba muy triste. (E-13)

La niña cuando nació estaba muy nerviosa, no comía, no dormía, yo no sé si tiene que ver con lo que yo pasé en el embarazo... Ahora está

bien, va bien en el cole, es cabezona y flojilla, algunas cosas me recuerdan al padre, los genios, las caras, la niña quiere hacer lo que le dé la gana. (E-6)

Aguilar (2009:7) muestra que todas las alteraciones difieren en sus características según: la edad, el género, el nivel de desarrollo, la forma, frecuencia y severidad de la violencia, el tipo de intervención judicial, la comunicación paterno-filial, la acumulación de factores estresantes, así como la presencia de factores de protección o resilientes. Los factores de protección son aquellos que interactúan con las diferentes fuentes de riesgo, reduciendo la posibilidad de las consecuencias negativas para los niños y niñas expuestos a situaciones de riesgo (Aguilar, 2009:10). En las entrevistas realizadas, las mujeres expresan que se produce una mejora en los niños y niñas cuando no hay comunicación con el padre agresor o esta es escasa:

Mis hijos están bien, tienen una vida normal..., yo intento hacerle la vida lo más feliz posible. Mi hija no le tiene miedo a su padre. Los niños no tienen comportamientos violentos y la relación entre ellos es muy buena. Él nunca se ha preocupado por ellos, nunca ha tenido interés en verlos. (E-9)

A mi hija le han diagnosticado un trastorno de comportamiento, hiperactividad y falta de concentración, tiene un tratamiento de anfetaminas terapéuticas. Cada vez que la niña se va con el padre me insulta a través de ella. Tiene un carácter muy difícil, va buscando pelea desde que se levanta, yo veía que se me estaba escapando de las manos. Se hace pis en la cama. La niña me dice <<vete a la mierda>> Desde que le presenté al padre la demanda reclamándole la pensión aún está peor. Está presenciando violencia también con la nueva pareja que tiene. El padre estuvo fuera un tiempo, la niña mejoró mucho, y en los estudios también, ahora que lo ve otra vez, está peor. (E-8)

En la guardería me han dicho: <<el fin de semana que está contigo el niño viene como una balsa de aceite, tranquilo, el fin de semana que el padre está con él, viene chillando, tirando sillas, arrancado los percheros, como un animal>>. A partir de que empezó a irse con el padre, me comenzaron a decir en la guardería: << me lo cuentas y no me lo creo, metiste a un niño y ahora tenemos otro diferente>>. “Tiene un carácter..., el fin de semana que yo lo tengo, se va suavizando, te escucha cuando le hablas. En la semana que le toca a él, y se va el martes, jueves y fin de semana, esa semana es horrible, de caprichoso, de patear, de llorar por todo. (E-8)

Los niños se liberaron, salen de la tensión y del medio. En el colegio no bajaron el nivel, lo mantuvieron, e incluso lo subieron. Somos personas normales, desaparece el miedo, la tensión. (E-7)

Uno de los factores de protección más importantes es la existencia de un vínculo o apego seguro con la madre u otras personas que se ocupen del niño o la niña (Aguilar, 2009:11). Sin embargo, la mujer víctima, como consecuencia del maltrato por parte de su pareja, puede padecer síntomas psicológicos y físicos, derivados de dicha situación, que puede llevar a una disminución en sus habilidades de manejo eficaz de los hijos e hijas. (Sepúlveda, 2006: 154). La Organización Mundial de la Salud pone de manifiesto la existencia de consecuencias físicas (lesiones abdominales, fibromialgia, moretones, síndrome de dolor crónico, discapacidad, trastornos del aparato digestivo, síndrome del colon irritable, fracturas, mengua de las funciones físicas), sexuales y reproductivas (trastornos del aparato genital, esterilidad, complicaciones en el embarazo, aborto espontáneo, disfunción sexual, enfermedades de transmisión sexual, embarazo no deseado), psíquicas y del comportamiento (abuso de alcohol y otras drogas, depresión y ansiedad, trastornos de los hábitos alimentarios y del sueño, sentimientos de vergüenza y culpabilidad, fobias y trastornos por pánico, inactividad física, baja autoestima, trastornos por estrés postraumático, trastornos psicósomá-

ticos, comportamiento suicida y daño autoinfligido). Recientes estudios han demostrado que la violencia de género en las relaciones de pareja provoca secuelas neuropsicológicas graves de las víctimas en memoria, aprendizaje y flexibilidad cognitiva (Marín, 2017: 130).

Lizana (2012: 170-187) argumenta que la violencia daña la marentalidad, entendida como el vínculo afectivo con los hijos e hijas que implica cuidados, límites y diversos esfuerzos. El hombre que maltrata entiende que atacar la marentalidad constituye un elemento central para someter a la mujer, se trata de un área de la que las mujeres que sufren violencia sacan un apoyo por el hecho de relacionarse de forma positiva y enriquecedora, por eso es frecuente que la acuse de ser mala madre o que cause daño a los hijos e hijas para luego responsabilizarla. A pesar de ello, las madres prueban diversas maneras de resistir y buscan elementos que ayuden a ellas y a los niños/as a soportar el daño, consiguiendo establecer vínculos y apegos cercanos con sus hijos e hijas. En este sentido, las mujeres entrevistadas expresan cómo los efectos perjudiciales en sus hijos e hijas se mitigan cuando tienen un apego seguro con ellas, no dándose en todos los supuestos, por las consecuencias que la violencia sufrida por las mujeres ha tenido en su salud física y psicológica.

...si no me la das a la niña te la voy a quitar porque tú estás loca, lo voy a demostrar en un psicosocial y al final me quedará yo la custodia entera para mí ...Es que estaba muy débil, creía de verdad que me quitaba a la niña. Y si yo me había separado porque no era un buen padre y encima me quitaba a la niña... madre mía. (E.1)

Después de que él se fuera, me dijo: <<para mí mejor que estuvieras muerta, es lo mejor que harías por nosotros, por tus hijos y por mí>>. Entonces me tomé pastillas y pensaba: <<sí es verdad, lo mejor que yo haría por mis hijos y por mí es estar muerta>>. Y no me importaba nada. <<Si no valgo nada, no soy nada>>. Me aislé de todo el mundo, no hablaba ni con mi familia, me llamaban y no le contestaba, llegaba

de trabajar, no comía, me sentaba, era un mueble al lado de mis hijos. Le llevaba yo a los niños para que los viera, pero se alejó de ellos. Yo me iba a trabajar y me pasaba el día llorando en mi trabajo. Y me repetía: <<todo lo hice mal, mis hijos se quedaron sin padre por mi culpa>>, yo no sabía si en realidad era una mala madre y me repetía lo que él me decía: <<soy una mala madre, por mi culpa él se fue, por mi culpa dejó a mis hijos, por mi culpa me abandonó>>. Hasta que un día, cogí y me mire al espejo, y dije: <<no, si no lo hago por mí tengo que hacerlo por mis hijos>> Les dije que lo sentía mucho, que los había abandonado y que no iba a volver a pasar y que las cosas iban a cambiar. Empezaron a salir las cosas, comenzamos a salir los tres, nos íbamos al cine, conversábamos, empezamos a dejar las cosas atrás, por mis hijos, porque ellos valen más que cualquier cosa. (E-2)

Yo no le demostraba la tristeza, podía estar mal, pero me desahogaba cuando estaba sola, la atendía bien, yo decía: <<mi niña no tiene que presenciar nada>>. (E-10)

Yo siempre me he mantenido, los niños necesitan un pilar seguro, si yo no se lo hubiera dado, mis hijos hubieran fracasado aunque no hubieran visto a su padre, es muy importante que cuidemos nuestra autoestima, hay veces que queremos enseñarles cosas a los niños, y lo que tenemos que hacer es aplicarlo a nosotras. Necesitan que su madre les de seguridad por encima de todo. (E-7)

La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre, supone una experiencia traumática. Se produce la destrucción de las bases de su seguridad, quedando los niños y niñas a merced de sentimientos como la indefensión, el miedo, o la preocupación, ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a repetirse, todo lo cual se corresponde con una ansiedad que puede llegar a ser paralizante (Sepúlveda, 2006: 160).

Mi niña y yo nos orinamos encima aquella noche, aquellos golpes en la puerta, aquellas patadas, me iba a matar, rompió macetas, se enganchó a la reja con la cara desquiciada. (E-4)

Me separé cuando la niña tenía 6 meses; delante de la niña había golpes, porrazos, tenía un trauma, no podías dar una palma, un porrazo, porque la niña se echaba a llorar. Durante el embarazo pasé muchos malos ratos, embarazada llegó a cruzarse con el coche por la autovía. Durante los seis meses que convivimos vio cómo me pegaba, rompía muebles..., la niña (seis meses) estaba despierta al lado mía, la niña lloraba, pero no fue la única vez, era tan chica. (E-6)

Como ya se argumentó, la exposición a la violencia de género no puede identificarse solo con presenciar las fases de explosión donde se producen los abusos más patentes y las agresiones más evidentes. Los niños y niñas conviven con “estructuras familiares basadas en el poder, donde el varón por el mero hecho de serlo, ejerce la autoridad, el dominio y coloca en situación de sumisión y obediencia a la figura materna o al resto de los miembros de la familia” (Luzón et al., 2011: 10). Lorente (2004: 184) expresa: “el maltratador integra a los hijos e hijas en la estrategia de aislamiento y control que desarrolla sobre la familia, y convierte el hogar (...) en un bosque de bonsáis, donde cada uno de los miembros ve cortada de manera sistemática todas las iniciativas y empresas que podrían contribuir al desarrollo de su personalidad apartándolos del apoyo social”

Así lo expresa una de las entrevistadas cuando dice: *teníamos que hacer las tres lo que él quisiera. (E-11)*

Como ya se ha hecho referencia, ellos y ellas también viven el ciclo de la violencia descrito por Walker (2012: 151-170), es decir, pasan por cada una de las fases que lo componen de forma repetida y cronificada: acumulación de tensión, explosión y luna de miel o reconciliación (Lizana, 2012: 59-65).

Él llegaba de trabajar, estaba irritado por algo del trabajo, lo pagaba con nosotras, si estaba enfadado conmigo, lo pagaba con su hija, <<dame el móvil que te lo voy a mirar>>, la tienda del espía la teníamos las veinticuatro horas abierta, era un sin vivir, por qué has hecho esto, y el otro... Ya estaba harta de aguantar todo esto, de ser una esclava, de levantarme por las mañanas y desear que terminará el día. (E-11)

Mi grande es la que más ha podido ver, se daba cuenta porque se iba a la cama a llorar, me decía: <<mamá, ya llega papá>>. (E-4)

Teníamos una situación de miedo, me hablaban por símbolos, hoy tranquilos o no, se había creado un lenguaje de complicidad entre nosotros para evitar situaciones. (E-7)

Cuando la madre se arma de valor y se produce la ruptura, el sufrimiento no termina, ya que el agresor utiliza a los y las menores para seguir ejerciendo violencia hacia ella, siendo los hijos e hijas el nexo más seguro, y a veces el único, para continuar con el control y el dominio sobre la mujer.

Yo no iba a imaginar que me hiciera daño con mis hijos, pensaba que era un buen padre, jamás en la vida iba a pensar que iba a utilizar a los niños como los utiliza para hacerme daño, yo pensaba que era un buen padre, porque todo se lo daba. (E-3)

Sepúlveda (2006: 161) evidencia que una de las consecuencias a largo plazo es la transmisión intergeneracional. Los niños y niñas que crecen en escenarios violentos aprenden e interiorizan creencias y valores negativos, entre los que se encuentran los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como el uso de la violencia como medio de resolver los conflictos. Afirma que los estudios realizados mantienen que la tendencia es que las niñas se identifiquen con el rol materno, asumiendo comportamientos de sumisión, pasividad y obediencia, y los niños con el rol paterno, asumiendo posiciones de

poder y privilegio, siendo esto también consecuencia de la socialización diferencial de género. El factor de riesgo más importante para ejercer violencia es haberla vivido durante la infancia (Lorente, 1999: 87).

Mis niños han visto de su padre los insultos: <<eres gilipollas, no vales para nada, dónde vas a ir tú, no tienes nada, aquí mandan mis cojones>>. También han visto cómo me zarandeaba, o me agarraba del cuello. Un día vieron cómo me puso el ojo morado, me sacó de la cama del pelo, me dio puñetazos, tortas en la cara. El niño mayor y la niña decía: <<que los dejéis ya>>, eso fue al final. El niño de 13 años me dice ahora: <<ojalá mi padre aquella noche te hubiera matado>>, ya no me duele tanto, me duele porque es mi hijo, va a fracasar, cuando tenga una pareja va a hacer lo mismo, me duele en ese sentido, antes me lo decía y me hinchaba a llorar, ahora me pongo fuerte. Hay veces que escucho al niño y escucho al padre, parece que lo tengo allí, <<si tú no tienes nada, si no estás trabajando>>, en el mismo tono de desprecio y de asco, cuando le conviene algo, es igual que meloso que su padre, en la forma de hablarme y de despreciarme, es exactamente lo mismo. La niña de 12 no me habla, me chilla, me exige, como si ella fuera la madre, ella me ordena, además tengo que darle el norte de cómo van las cosas, hay veces que me doy cuenta y otras no. El pequeño es más llevadero, aunque está haciendo cosas del mayor, si le regañas, se vuelve a darte el golpe, no me insulta, pero para echar su malestar fuera rompe cosas. No saben compartir, se relacionan gritando, empujan.. (E-8).

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

El conocimiento en profundidad de las situaciones de violencia de género denunciadas y vividas por las mujeres ha permitido hacer visibles las violencias a las que han estado expuestos y expuestas sus hijos e hijas.

El 96% de los niños y niñas de los expedientes analizados estuvieron presentes cuando su madre era agredida por su padre, instaurándose de esta forma la violencia en sus vidas, de forma cotidiana. Así, un 30% presenciaron golpes, patadas, tirones de pelo, empujones, vieron cómo su padre cogía a su madre del cuello, las lesiones causadas, etc., y un 96% presenciaron mayoritariamente: insultos, humillaciones, amenazas de muerte, rotura de objetos, percibieron la tensión y la amenaza en el entorno, así como el sufrimiento de su madre. Resaltando que un 36% de los casos analizados también sufrieron agresiones directas. Sin olvidar que estos niños y niñas conviven con estructuras familiares donde el varón, por el mero hecho de serlo, ejerce la autoridad, el dominio y coloca en situación de sumisión a la figura materna y a los hijos e hijas, aprendiendo e interiorizando los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como el uso de la violencia como medio de resolver conflictos.

A través de la voz de las madres, se han podido conocer los problemas emocionales, cognitivos, de conducta y sociales, que ha originado en los niños y niñas la vivencia de estas violencias durante tiempo prolongado, y cómo estos problemas se mitigan cuando no hay comunicación con el padre agresor o esta es escasa, actuando la no comunicación como un importante factor de protección.

Los estudios realizados y los datos cuantitativos y cualitativos que se muestran dejan claro que los niños y las niñas son víctimas de esta realidad, son víctimas de la violencia de género. Esta forma de definir el problema conlleva el reconocimiento de su sufrimiento y daños, así como las causas de este sufrimiento: la violencia de género en la pareja

(Lizana, 2012: 41). La consideración de víctimas nos ayuda a mostrar la violencia que estos niños y niñas están sufriendo y nos dota de una primera herramienta para avanzar en su protección.



CAPÍTULO III

VALORACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE MENORES ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ¿REALIDAD O FICCIÓN?

1. Consideración como víctimas directas
2. Medidas cautelares de la Orden de Protección
3. Juicios rápidos: marco inadecuado para la protección de los y las menores víctimas.
4. La visibilidad de las violencias vividas por las mujeres y sus hijos e hijas en las denuncias.
5. Inaplicación del delito de maltrato habitual: invisibilidad de la violencia de género.
6. La Patria Potestad y el interés superior del menor
7. La relación del padre agresor con los y las menores
8. La opinión de los niños y las niñas
9. Derecho del padre *versus* interés superior del menor
10. El impacto en los/las operadores jurídicos de la consideración de los/as menores como víctimas
 - 10.1. La inaplicación del “fortalecimiento” de la protección establecida en la LO 8/2015 y en la Ley 4/2015
 - 10.2. Las violencias silenciadas tras la desprotección de los/las menores
 - 10.3. Las violencias escondidas tras el delito leve o maltrato ocasional
11. A modo de conclusión

1. CONSIDERACIÓN COMO VÍCTIMAS DIRECTAS

En el Capítulo I se vio como la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género supusieron un avance en la intervención en esta problemática, y una mayor seguridad para las mujeres y los hijos e hijas que la sufren, aunque en ninguna de las dos leyes se reconoce a los niños y niñas como víctimas, produciéndose en la práctica su invisibilización y, por consiguiente, su desprotección. Sin embargo, la LO 1/2004 reconoce en su exposición de motivos II, último párrafo, que las situaciones de violencia de género afectan también a los y las menores, que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia, y contempla su protección no solo para la tutela de los derechos de los/las menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer. A pesar de su no reconocimiento como víctimas directas, la LO 1/2004 inició el camino para su consideración como tales.

Como se adelantaba en el capítulo anterior, Save the Children en los informes realizados en el año 2006 y 2011: “Atención a los niños y niñas víctimas de violencia de género” y “En la violencia de género no hay una sola víctima”, puso en evidencia el déficit en los recursos en la atención a los niños y las niñas víctimas de violencia de género, por no ser considerados como tales. En el año 2008, el Ministerio de Igualdad lanzó una campaña contra la violencia de género bajo el lema “ante el maltratador tolerancia cero”, cuyo objetivo fue el rechazo y el aislamiento social del agresor, siendo el inicio de un cambio de modelo, en relación con los mensajes institucionales anteriores⁶⁴, aunque con algunas “recaídas” hacia el modelo anterior. La campaña consistía en tres

64. Analizados en el Capítulo I.

anuncios publicitarios con los siguientes eslóganes: “cuando maltratas a una mujer dejas de ser hombre”; en el que se pretendía un rechazo frontal de la sociedad hacia el maltratador; “no se te ocurra ponerme la mano encima”, en el que se situaba a las mujeres en una situación de empoderamiento frente al agresor, como ciudadanas y sujetos de derechos. Sin embargo, el tercer anuncio, producto de las inercias anteriores, lanzaba el lema: “mamá, hazlo por nosotros, actúa”, volviendo a responsabilizar a las mujeres de la solución a la violencia de género. De esta manera, se transmitía la percepción de que, si la madre “actuaba”, los hijos e hijas vivirían libres de violencia. Nada más lejos de la realidad.

En el año 2011 el IV Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer publicó en el Capítulo II un Informe sobre la infancia víctima de la violencia de Género⁶⁵, informe cuyo objetivo último fue conseguir la visibilización de los/las niños/as como víctimas de esta violencia, para la creación y puesta en marcha de recursos de intervención. De forma paralela, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en colaboración con Save the Children, realizó la campaña denominada: “en la violencia de género no hay una sola víctima”. Esta campaña pretendía visibilizar ante la sociedad las consecuencias para los hijos e hijas de la exposición a la violencia de género; avance decisivo en el discurso institucional que nos acercó a las reformas legislativas que posteriormente se produjeron.

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 dispusieron el impulso, adopción, actualización y aplicación de protocolos y otras medidas para mejorar la atención e intervención en los casos de maltrato infantil, incluyendo los/las menores como víctimas de la violencia de género. En la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia se establecía, como tercer objetivo,

65. Elaborado por el Grupo de menores del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

la atención a los menores y a las mujeres especialmente vulnerables a la violencia de género. Dentro de este objetivo general se encontraban tres objetivos específicos en materia de menores: comunicación, servicios socioasistenciales, sanidad, seguridad y justicia. Una de las medidas previstas fue la actualización del “Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil”, adaptándolo a los casos de violencia de género. En el año 2014 se produce dicha actualización, incorporando la consideración de las personas menores de edad como víctimas de violencia de género en dicho contexto, considerándola una forma de violencia contra la infancia diferenciada de otras formas.

Este proceso culminó con la publicación el 23 de julio de 2015 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección de infancia y la adolescencia⁶⁶. En su exposición de motivos se reconoce, como una forma de violencia ejercida sobre los y las menores, aquella que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Así mismo, evidencia que afecta a los y las menores de muchas formas: condicionando su bienestar y su desarrollo, causándoles serios problemas de salud, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer, y favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas. Afirma: “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”.

A través de esta ley se modifica el apartado dos del artículo uno de la LO 1/2004, en el siguiente sentido: “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”. El reconocimiento de los y las menores como víctimas de la

66. Modificación prevista en el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016. Aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013.

violencia de género y de las consecuencias en su desarrollo y salud, no ha supuesto, además, la incorporación de medidas contundentes para su protección distintas a las ya existentes.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia⁶⁷ establece en su exposición de motivos: “ se introduce como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en el entorno familiar, de género...” “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”.

Por otra parte, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su exposición de motivos, “visibiliza a los menores que se encuentren en un entorno de violencia de género y de violencia doméstica, para garantizarle el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral”. En este sentido, en el art. 10 de la referida ley con el título: “Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo”, se establece: “Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Título I y III de esta Ley”⁶⁸.

En su art. 1 realiza una definición del concepto de víctima directa e indirecta. Se entiende por víctima directa: “a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios

67. En adelante Ley 26/2015

68. Refiriéndose el Título 1 a los derechos extraprocerales comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal. El Título III aborda cuestiones relativas a la protección y reconocimiento de víctimas, así como las medidas de protección específicas.

económicos directamente causados por la comisión de un delito”. Define como víctimas indirectas a aquellas cuyo perjuicio se corresponde con un delito de resultado de muerte o desaparición de la víctima directa. Tendríamos, por un lado, la víctima como sujeto pasivo del delito, y por otro, los terceros más perjudicados directamente en los delitos con resultado de muerte, o también con la desaparición de una persona (Manzanares, 2014). Dentro de este concepto de víctima directa se encuadrarían los y las menores que viven en entornos de violencia de género, por todas las alteraciones que la exposición a la violencia supone para su desarrollo, superando así el concepto de víctima indirecta que establecía la LO 1/2004, para los y las menores que no sufrían agresiones directamente.

Sin embargo, y a pesar de este reconocimiento, la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito tampoco fortalece el marco de protección de los y las menores ya existente. Por otra parte, se echa de menos en una distinción conceptual entre menores víctimas de violencia de género y menores víctimas de violencia doméstica, ya que, como ya se ha referido, se trata de dos conceptos que hacen referencia a realidades diferentes, con causas y consecuencias muy distintas. La violencia doméstica es aquella que se produce entre los miembros del núcleo familiar o de convivencia, pudiendo ser sujetos pasivos y activos tanto hombres como mujeres; la violencia de género es aquella que recoge las diferentes violencias que se infieren por los hombres hacia las mujeres por el mero hecho de ser mujer, constituyéndose como una manifestación de las relaciones de poder que históricamente han sido del dominio del varón sobre la mujer. Los y las menores son víctimas porque son una pieza más en el entramado para conseguir su objetivo de dominación hacia la mujer, en el ámbito de la relación de pareja.

Partiendo de la valoración positiva del reconocimiento de los y las menores como víctimas de la violencia de género, cabría preguntarse si esta modificación por sí sola ha supuesto realmente su protección, o por el contrario se les ha visibilizado como víctimas solo a los efectos de prestarles asistencia. Se recuerda que el art. 19 de la LO 1/2004 ya

reconocía el derecho a la asistencia social integral de los niños y niñas que se encontrasen bajo la patria potestad o guarda y custodia de las mujeres víctimas, para lo cual se establecía que los servicios sociales deberían de contar con personal específicamente formado para atender a los y las menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos.

2. MEDIDAS CAUTELARES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

La LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia no establece medidas que refuercen la protección ya existente, previa a su entrada en vigor, hacia los y las menores, salvo su consideración de víctimas directas; reconocimiento que nos da una primera herramienta para trabajar en la necesaria y urgente protección. Así, dicha ley modifica el art. 61 de la Ley 1/2004, según dice en su exposición de motivos: “para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los jueces”, en los procedimientos relacionados con la violencia de género, de pronunciarse sobre la pertinencia de la adopción de las medidas establecidas en los art. 64, 65 y 66 de la LO 1/2004, refiriéndose estos respectivamente a la salida del domicilio, alejamiento, suspensión de la patria potestad o la custodia de menores y suspensión del régimen de estancia, relación o comunicación con los menores. Esta modificación supone un recordatorio, porque el art. 61 ya establecía la obligatoriedad de que el órgano judicial se pronunciase sobre la pertinencia de su adopción. No ha cambiado nada, se sigue dejando a la apreciación y valoración judicial la adopción de medidas de protección hacia los y las menores víctimas de violencia de género.

En la práctica, la ponderación o valoración sobre la pertinencia de las medidas establecidas en el art. 65 y 66 de la LO 1/2004 se traduce en una anecdótica aplicación de las mismas como se puede observar en

la tabla 6.⁶⁹ Resultados muy semejantes arrojan los 118 procedimientos analizados en el análisis cuantitativo y cualitativo, ya que únicamente se acordó la suspensión del régimen de visitas en un 0,84%, no estableciéndose en ningún supuesto la suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia. Llama la atención que los padres violentos, en el procedimiento de divorcio posterior a la denuncia, solicitaron la guarda y custodia exclusiva en un 14,3% y la compartida en un 8,6%, esta última a pesar de la prohibición expresa establecida en nuestro Código Civil, en el artículo 92.⁷⁰

Tabla 6: *Evolución nacional de la adopción de las medidas previstas en el art. 65 y 66 de la LO 1/2015*⁷¹.

| Año | Suspensión del régimen de visitas | Suspensión de la patria potestad | Suspensión de la guarda y custodia | Protección del menor para evitarle un perjuicio |
|------|-----------------------------------|----------------------------------|------------------------------------|---|
| 2006 | 4,00% | 0 | 7,00% | - |
| 2007 | 6,08% | 3,04% | 0,40% | 0,5% |
| 2008 | 3,44% | 0,28% | 7,80% | 0,56% |
| 2009 | 3,00% | 0,30% | 8,00% | 1% |
| 2010 | 2,90% | 0,30% | 7,00% | 1,1% |
| 2011 | 3,40% | 0,20% | 7,10% | 0,7% |

69. En el estudio estadístico del Consejo General del Poder Judicial sobre las medidas civiles y penales otorgadas en aplicación de la Ley 1/2004 entre los años 2005 y 2010, se extraen los siguientes datos: de las 470 706 denuncias presentadas en este periodo, se adoptaron por los Juzgados de Violencia sobre la mujer un total de 428 726 medidas penales, frente a 104 533 civiles, de estas, 5346 consistieron en la suspensión del régimen de visitas, 544 lo fueron por suspensión de la patria potestad, 11 052 por suspensión de la guarda y custodia y 900 relacionadas con la protección al menor.

70. Aspecto que será tratado en el último capítulo.

71. Hay que tener en cuenta que durante este periodo de las denuncias presentadas se admitió de media un 23% de órdenes de protección en relación con las denuncias presentadas.

| | | | | |
|------|-------|-------|-------|------|
| 2012 | 3,10% | 0,40% | 7,10% | 0,9% |
| 2013 | 3,00% | 0,30% | 6,70% | 1,2% |
| 2014 | 3,00% | 0,30% | 5,70% | 1,3% |

Fuente: Elaboración propia de los datos extraídos de los Informes Estadísticos sobre violencia de género del Observatorio del Consejo General del Poder Judicial (2006 a 2014)

La consideración de víctimas directas como sujeto pasivo del delito debería conllevar, al menos, (al igual que ocurre con las mujeres víctimas) la valoración inmediata por parte del Juez o Jueza de la adopción de medidas de alejamiento y comunicación del padre agresor hacia los hijos e hijas, medidas que rara vez se acuerdan por el órgano judicial, salvo que se hayan producido agresiones directas a los y las menores, principalmente físicas. Así nos lo muestran los datos analizados, ya que de las 118 denuncias estudiadas, solo en tres casos se acordó medida de alejamiento hacia los y las menores, habiéndose producido agresiones directas hacia ellos/as en dos de los casos en los que se acordó.

Algo más significativa es la modificación que la LO 8/2015 realiza del art. 65 y 66 de la LO 1/2004, en el sentido de que en el caso de que el Juez o Jueza no adopte algunas de las medidas de suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los y las menores, deberá de pronunciarse en todo caso en la forma en las que se ejercerá, adoptando 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. Esta modificación no supone una protección extra a la ya prevista, pero sí se está obligando en todos los casos al Juez o Jueza a detenerse sobre la situación del menor víctima y sobre la forma que el inculpado por violencia de género va a ejercer sus derechos/obligaciones relacionados con la patria potestad, admitiendo la posibilidad de realizar un seguimiento sobre su evolución. Podría haber supuesto una mejora en la protección de los y las menores si el órgano judicial hubiese asumido las consecuencias que suponen para los/las niños/as y madres vivir en entornos de violencia de género.

Las medidas referidas a los art. 64, 65 y 66 podrán adoptarse al amparo de la orden de protección regulada en el art. 544 ter o en el ámbito de una orden de alejamiento del artículo 544 Bis de la LECrim. Medidas que, como ya se ha reseñado, no tienen un carácter automático, ya que su adopción está sujeta a la apreciación y valoración del órgano judicial.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección, en su exposición de motivos establecía: “pretende, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil”. Como ya se hizo referencia en el Capítulo 1, las medidas cautelares penales que el Juez o Jueza puede adoptar son cualquiera de las previstas en la legislación procesal criminal y las de carácter civil: atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancias con los hijos e hijas menores, el régimen de prestación de alimentos, y cualquier otra que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

La Orden de Protección es una resolución judicial que se adoptará en el caso de que existan indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de las personas comprendidas en el art.173.2 del CP, y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima. Cuando el Juzgado recibe la solicitud, realizada normalmente mediante la formulación de denuncia ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, convoca a una audiencia urgente a la víctima, agresor y fiscal, celebrando la audiencia en un plazo de 72 horas. Este es el tiempo que tiene el Juzgador o Juzgadora para valorar la adopción de las medidas de protección hacia la mujer y los y

las menores víctimas de la violencia de género.

La Ley 4/2015 modifica el apartado 7 del art. 544 ter de la LECrim, obligando al Juez o Jueza en el caso de la existencia de menores o personas con la capacidad judicialmente complementada que conviva con la víctima a pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas civiles: atribución del uso de la vivienda familiar, determinación del régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación o estancia con los y las menores, régimen de prestación de alimentos, o cualquier otra medida que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o evitarles un perjuicio. La anterior redacción no establecía esta obligación, siendo la víctima la que puede solicitarlas o el Ministerio Fiscal en el caso de que existan hijos e hijas menores.

Así mismo, la Ley 4/2015 introdujo un nuevo art. 544 quinquies en la LECrim, precepto novedoso, ya que prevé la adopción de medidas a fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del CP. Las medidas que el Tribunal podrá adoptar de forma motivada son: suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores; suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento, establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección de apoyo sobre el menor o la persona con la capacidad judicialmente modificada; suspensión o modificación del régimen de visitas con el no conviviente o con otro familiar. A diferencia de lo establecido en el art. 544 ter, en este caso no existe una limitación temporal, de manera que una vez concluido el procedimiento, el tribunal, valorando el interés de la persona afectada ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas.

Por otro lado, el artículo 544 ter 7 permite la adopción de las medidas del art.158 del CC, en el seno de una Orden de Protección, aunque también pueden acordarse en un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria. El art. 158 fue modificado a través de la Ley 26/2015 de 28 de julio, estableciendo la posibilidad de adoptar, además de las medidas

que ya estaban previstas⁷² las siguientes: la prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, o establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático. Se estableció que el órgano judicial debía garantizar que el/la menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Estas medidas pueden adoptarse en cualquier procedimiento civil o penal, o en un expediente de jurisdicción voluntaria. Cabe la posibilidad de que se deniegue la orden de protección por el órgano judicial y se adopte las medidas relativas en los mismos previstas en el mencionado artículo, por apreciar una situación de urgencia para los hijos/as menores⁷³.

En este capítulo se mostrará cómo estas modificaciones no han otorgado una mayor protección a los/las menores víctimas de violencia de género.

3. JUICIOS RÁPIDOS: MARCO INADECUADO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS Y LAS MENORES VÍCTIMAS

En los procedimientos analizados, las denuncias por violencia de género se tramitan, en la mayoría de las ocasiones, a través de las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido, reguladas en el artículo 795 de la

72. Las necesarias para asegurar la prestación de alimentos y proveer las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por quien estuviere obligado; las apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda; las necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas. En general, las disposiciones que se consideren oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

73. Situación prevista en la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2016).

LEcrim. Como ya se ha hecho referencia, este procedimiento supone la simplificación y reducción de los plazos y trámites previos a la celebración del juicio, previéndose para los delitos cuya investigación se presuma sencilla y rápida. En gran parte de las ocasiones las Diligencias Urgentes se inician por delitos de maltrato ocasional o falta⁷⁴/delito, aunque en las denuncias las mujeres expresen situaciones de maltrato habitual vividas durante mucho tiempo. Así no los muestran los resultados obtenidos en el análisis cuantitativo: en un 69% las mujeres denunciaron la existencia de un maltrato habitual, relatando que había sido presenciado por sus hijos e hijas en un 45% de los casos. Un 12,71% denunció agresiones directas hacia los niños y niñas de forma habitual. A pesar de ello, un 77,8% de los procedimientos iniciados se tramitaron como Diligencias Urgentes por delito de maltrato puntual; de estos, un 19,7% lo fueron por Juicio de Faltas, y tan solo un 21,3% se tramitaron por Diligencias Previas.

Los resultados obtenidos arrojan un porcentaje más elevado de procedimientos iniciados por Diligencias Urgentes que los publicados a nivel nacional en el informe estadístico sobre violencia de género del Consejo General del Poder Judicial, en el año 2014⁷⁵. Según este, un 29,54% de los procedimientos iniciados se tramitaron como Diligencias Urgentes, un 48,45% como Diligencias Previas, aunque terminaron en Procedimiento Abreviado una cuarta parte. De delitos instruidos solo un 10,5% lo fue por delito de maltrato habitual del art.173 del CP, y un 63,4% por delito de maltrato ocasional del art.153 del CP.

La violencia de género que sufren las mujeres y sus hijos e hijas, como se ha descrito anteriormente, no es ocasional, sino cíclica; antes de los insultos o los golpes, en la mayoría de las ocasiones, se produce el aisla-

74. Antes de 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.

75. Los informes estadísticos sobre violencia de género del Consejo General del Poder Judicial de los años 2006 a 2013 arrojan resultados muy similares.

miento, control y dominio para continuar con situaciones de menosprecio, exigencias de obediencia, etc. Es posible que no haya tenido lugar ningún episodio de agresión física y ello porque el maltratador ha podido conseguir su objetivo de control y dominio con las conductas anteriores.

El procedimiento de Diligencias Urgentes por Juicio Rápido tuvo un efecto positivo, ya que fraguó en la sociedad una sensación de que se estaba apostando por la persecución del delito desde el momento inicial, aumentando así la confianza de las víctimas en la justicia. Al contrario de lo que ocurría anteriormente, la denuncia no caía en el olvido; ya no se producía demora alguna, al tramitarse de forma muy breve, con la obtención de la sentencia en pocos días (Del Pozo, 2009: 628), confianza que fue aumentado con las posteriores reformas, orden de protección, juzgados especializados, etc. Sin embargo, trajo consigo algunos inconvenientes que perduran en la actualidad, y que se hacen más evidentes cada día. La rapidez del proceso puede perjudicar a las víctimas, ya que muchas veces no entienden lo que sucede y apenas tienen tiempo de informarse; cuando reaccionan ya tienen una sentencia absolutoria o condenatoria (Del Pozo, 2009: 654). Estas situaciones se agravan cuando no cuentan con asistencia letrada antes de la presentación de la denuncia, o no ha recibido asesoramiento por algún centro especializado en la atención a las víctimas. La falta de información previa y la celeridad del proceso hacen que se lleguen a resultados profundamente insatisfactorios para las mujeres que han dado el difícil paso de presentar denuncia, cuando tras haber asumido lo ocurrido, se dan cuenta de que sus años de sufrimiento han quedado reducidos a un episodio de violencia, que para ellas solo fue la gota que colmó el vaso.

Escenario que se empeora con las sentencias de conformidad que en enjuiciamiento rápido puede dictar el Juzgado de Violencia, si acusado y víctima están de acuerdo, reduciéndose la pena solicitada por el Ministerio Fiscal en un tercio. En muchas ocasiones las víctimas aceptan las conformidades, sin comprender bien que está ocurriendo, para evitar perjuicios al agresor y para terminar cuanto antes con el procedimiento penal. Cuando pasa el tiempo, y sus sentimientos de culpa, pena y de-

pendencia se van diluyendo, las mujeres comienzan a tomar conciencia de lo ocurrido, de los efectos de la violencia para ellas y para sus hijos e hijas, y de que esta no ha terminado, que continúa a través de los niños y niñas. Es en este momento cuando se percata de sus dificultades para protegerlos y protegerlas, y de que no están recibiendo la protección adecuada. Así nos lo muestran los resultados de los procedimientos analizados; el Juzgado de Violencia sobre la mujer dictó en un 41% sentencias de conformidad por delito de maltrato ocasional del artículo 153.1, y en un 33% también del artículo 153.3 (en presencia de menores). Llama poderosamente la atención que en un 46% de los casos se dictaron sentencias de conformidad por falta, hecho que sorprende teniendo en cuenta que en un 69% se denunciaron situaciones de maltrato habitual, y que en nuestro Código Penal la única conducta que en el momento de análisis de los datos no estaba tipificada como delito en las situaciones de violencia de género eran las injurias y vejaciones.⁷⁶

La sentencia de conformidad genera otra consecuencia negativa, como es la no adopción en muchas ocasiones de orden de protección a favor de la víctima, ya que esta tiene su razón de ser como medida instrumental que se mantiene durante la tramitación de un proceso, que si ya está finalizado, con sentencia que firme, no se cumple con el principal requisito para su adopción (Del Pozo, 2009: 665)⁷⁷. Esto no lo muestran los resultados obtenidos, ya que de las denuncias presentadas se acordó orden de protección en un 28,7%, teniendo en cuenta que en un 17% no fue adoptada porque no lo solicitó la víctima, y en un 57% porque se dictó sentencia de conformidad por el Juzgado de Violencia.

76. Antes de 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.

77. Art. 544 ter, apartado 11 de la LECrim: “en aquellos casos que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por algunas de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

Datos que coinciden con los datos nacionales: se acordó orden de protección, en el periodo comprendido entre los años 2006 a 2015, una media de un 20% del total de las denuncias presentadas.⁷⁸

La investigación de la violencia de género en la relación de pareja entraña una mayor complejidad, no pudiendo ser sencilla y rápida, por lo que las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido resultan poco idóneas para recabar las pruebas suficientes que permitan fundamentar un eventual fallo condenatorio por maltrato habitual del órgano encargado del enjuiciamiento. Las Diligencias Previas serían el cauce procedimental más adecuado para conseguir diligencias de investigación y otros informes que puedan resultar útiles (Gavilán, 2012). En este mismo sentido (Miranda, 2009: 457) concluye: “la tramitación por la vía de los Juicios Rápidos sólo permite (...) constatar probatoriamente esa punta del iceberg, pero se muestra incapaz para hacer aflorar al exterior lo que subyace debajo de ella y comprobar su realidad”.

4. LA VISIBILIDAD DE LAS VIOLENCIAS VIVIDAS POR LAS MUJERES Y SUS HIJOS E HIJAS EN LAS DENUNCIAS

La visibilización de las violencias vividas por las mujeres y sus hijos e hijas comienza con la denuncia. Con el objeto de conocer si las carencias en el relato de los hechos podrían influir en el inicio de Diligencias Urgentes por el último hecho acontecido, se analizó el contenido de las situaciones narradas.

En un 90,6% de las denuncias, son presentadas por las propias mujeres, resultando que en más de un 50% la situación de violencia se recogía de forma imprecisa y general, describiéndose exclusivamente el último

78. Datos extraídos de los informes: “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales de 2006 a 2015”.

hecho acontecido. Así, es frecuente que aparezcan expresiones en las denuncias tales como: “que desde que empezaron la relación el denunciado ha sido violento con ella”, “que esto ha ocurrido muchas veces”. Esta situación no es de extrañar si observamos que en más de un 60% la víctima no tuvo asistencia jurídica en la presentación de la denuncia⁷⁹. En el 32,5% de las denuncias analizadas sí se detalla el maltrato sistemático sufrido por las mujeres y sus hijos e hijas; esto puede relacionarse con el hecho de que en un 20% tuvo asistencia jurídica por el Centro de Información a la Mujer, y en un 5,2% por el letrado de oficio.

Se analizó también si en las denuncias se narraba la exposición de los y las menores a la violencia, y si se expresaban las consecuencias observadas por las mujeres en la salud física o mental de sus hijos e hijas. Concluyéndose que solo en un 19% se describía de forma detallada su exposición, y únicamente en un 15% de los casos se relató alguna consecuencia en los hijos e hijas. Por otra parte, las madres expresaron en un 21,6% la existencia de algún riesgo para los niños y niñas, y ello ocurre porque muchas de ellas empiezan a ser conscientes, de una forma más clara, de las consecuencias de la violencia de género en sus hijos e hijas tras la ruptura.

Para contextualizar a los y las menores como víctimas de la violencia de género, debemos comenzar por visibilizar en las denuncias las situaciones vividas, así como las consecuencias observadas por las madres en su desarrollo. Para ello, es necesaria la formación previa de los y las profesionales que intervienen con las víctimas, fuerzas y cuerpos de seguridad, servicios sociales, operadores jurídicos, equipos psicosociales, sobre el impacto de la violencia de género en los niños, niñas y sus madres.

79. El Pacto de Estado en su medida 141 (Congreso), prevé reforzar la asistencia jurídica a las mujeres víctimas antes y durante todo el procedimiento judicial e incluso después de éste, durante la fase de ejecución de condena, incorporando un mayor número de letrados y letradas a los turnos de oficio especializados y mejorando la formación especializada de los mismos.

5. INAPLICACIÓN DEL DELITO DE MALTRATO HABITUAL: INVISIBILIDAD DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

San Millán (2017: 23) afirma:

“al Derecho Penal se le atribuye una función protectora del orden social, que es la que legitima y justifica la intervención punitiva del Estado en un sistema democrático. Para que dicha intervención sea autorizada y respetada, será imprescindible que la mayoría de los ciudadanos estimen que la misma responde a una causa justa”.

¿Es este al caso de la violencia de género?

Como se vio en el Capítulo 1, el delito de maltrato habitual ha sido modificado en repetidos momentos desde su creación en el año 1989, así, se ha ampliado en repetidas ocasiones el círculo de los sujetos pasivos; modificado la conducta típica para incluir la violencia psíquica; cambiado el precepto al título relativo a los delitos contra la integridad moral, introduciendo una cláusula que permite la condena conjunta por el delito de malos tratos habituales y de los delitos en que se hubieran concretado los diversos actos de violencia, y por último, estableciendo los criterios legales para determinar la habitualidad. Como ya se indicó, fue la LO 14/1999, de 9 de junio la que proporcionó las pautas para delimitar la habitualidad, manteniéndose ese criterio hasta la actualidad. Todas estas reformas reforzaron el concepto de violencia doméstica, introduciendo una gran confusión entre la violencia estructural ejecutada por los hombres contra las mujeres en el ámbito de las relaciones de afectividad -como fundamento en relaciones de poder asimétrico- con la violencia ejercida contra otras personas en el mismo contexto, pero

vinculadas a situaciones de vulnerabilidad totalmente ajenas a la violencia contra las mujeres⁸⁰.

Las distintas reformas del precepto han dado lugar a diversos posicionamientos doctrinales en torno al bien jurídico protegido.

En primer lugar, existen posturas que consideran que el bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud física y mental, coincidiendo el objeto de tutela con los delitos de lesiones, no teniendo, bajo esta consideración, el delito de maltrato habitual una valoración jurídico penal autónoma. Es esta la razón por la que dichas posturas llegan a la conclusión que el delito de maltrato habitual estaría vulnerando el principio non bis in ídem (Maqueda, 2006a: 183).

En segundo lugar, amparadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸¹ aquellas que entienden que el tipo delictivo protege la paz y la convivencia familiar, así como la dignidad de la persona (Gavilán, 2012:6). Estos planteamientos han encontrado dificultades tras la reforma operada por la LO 11/2003, que eliminó de forma expresa el requisito de convivencia familiar del sujeto activo (San Millán, 2017: 43).

En tercer lugar, se hallan las posturas mayoritarias que consideran que el bien protegido es la integridad moral, entendiéndose como el derecho a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes, tal como afirma Gómez (2004: 87): “un derecho para cuyo reconocimiento es imprescindible el respeto a la individualidad personal, el reconocimiento del otro como sujeto con derechos y situado en un plano de igualdad”. Siguiendo a Olaizola (2010: 284), la integridad moral es el derecho que tiene toda persona a no verse sometida a tratos humillantes, degradantes o vejatorios que vulneren su dignidad, no siendo un incon-

80. En este sentido se pronunció el Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2007.

81. SSTS nº 474/2010, Sala 2ª, de lo Penal, de 17 de mayo de 2010, Rec. 11528/2009, nº 889/2010, Sala 2ª, de lo Penal, de 7 de octubre de 2010, Rec. 146/2010, nº 1154/2011, Sala 2ª, de lo Penal, de 10 de noviembre de 2011, Rec. 822/2011, nº 182/2012, Sala 2ª, de lo Penal, de 12 de marzo de 2012, Rec. 11494/2011, nº66/2013, Sala 2ª, de lo Penal, de 25 de enero de 2013, Rec. 10637/2012

veniente que el concepto de habitualidad permita la intercambiabilidad de las víctimas, es decir que las agresiones se hayan producido sobre diferentes sujetos pasivos, ya que para que la víctima pueda sufrir un estado de agresión permanente no es necesaria que la violencia se dirija sobre ella de forma directa. Así, considera que el o la menor que presencia continuos malos tratos del padre hacia la madre sería una víctima directa, por la lesión a su integridad moral, no existiendo en consecuencia ningún problema para otorgarle una tutela individualizada. San Millán (2017: 51) afirma que el valor que protege el delito de maltrato habitual tiene relevancia constitucional en el art. 15 de la CE, que establece el derecho de todas las personas a la integridad moral. Considerando que el delito de malos tratos del art. 173.2 del CP prohíbe el sometimiento, a través del ejercicio de la violencia física o psíquica a un sistema normativo impuesto por el sujeto activo. Bodelón (2008: 284) da un paso más, cuando mantiene que el bien jurídico protegido debería de ser el derecho a una vida libre de violencia de género, diferenciándolo de otros tipos de violencia intrafamiliar. Así las cosas, la violencia física o psíquica habitual es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad.

Para apreciar la habitualidad, el precepto establece que se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a su proximidad temporal, con independencia de que dichas acciones se hayan ejecutado sobre la misma o diferentes personas y los actos de violencia hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. El concepto de habitualidad también ha dado lugar a diversas interpretaciones.

Como se ha dicho, la LO 3/1989 no estableció ningún criterio interpretativo, por lo que el primer problema que se planteó era el relativo al número de actos de violencia que debían de producirse para que quedaría acreditada la misma. La jurisprudencia adoptó la solución de exigir la realización de, al menos, tres actos para apreciar la existencia de habitualidad. Aplicando el criterio desarrollado en relación con el

delito de receptación de faltas, recogido, en su momento, en el art. 546 del CP, y en la actualidad derogado, para después aplicar el criterio introducido por la Ley LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP, en el artículo 94, para el concepto de reo habitual, considerando a aquel que hubiera cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años (San Millán, 2017: 107). La Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar puso de manifiesto que el precepto arrastraba dificultades de aplicación por las dudas interpretativas que estaban mermando su eficacia y vigencia. Esta circular estableció que, de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial, dictada a propósito de la habitualidad en la receptación, era necesario que el sujeto activo hubiera llevado a cabo tres o más actos de violencia física sobre las personas descritas en el tipo, ligadas temporalmente por una determinada continuidad y proximidad cronológica. Así mismo, se afirmaba que para apreciar la habitualidad deberían de quedar acreditados los distintos actos de violencia, a través de sentencias condenatorias anteriores, o en el correspondiente procedimiento penal por maltrato habitual. Sin embargo, la LO 14/1999, de 9 de junio, no fijó un número mínimo de actos, ni un plazo máximo en el que se debían de haber cometido.

La STS, nº 1208/2000, Sala 2ª, de lo Penal, de 7 de julio, Rec. 333/119 supuso un giro importante en la definición jurisprudencial de la habitualidad superando la interpretación anterior, considerándola no como una suma de actos, sino como un “estado de permanente de agresión”, así expresó: “...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 de agresión permanente. 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”. La Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado consideró que el entendimiento inicial del requisito de habitualidad que exigía que se constataran al menos tres actos violentos, había sido “superado por la jurisprudencia que ha perfilado un concepto de habitualidad o reiteración en el maltrato sustentado en la prueba de la creación de un clima de temor en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos”.⁸²

La habitualidad de la conducta puede integrarse por actos dirigidos contra distintos sujetos, pero conectados entre sí, es decir se estaría pensando en aquellas situaciones en los que en un mismo ámbito convivencial existen varias víctimas, lesionando la integridad de todos ellos por haber estado sometidos a un clima o situación de agresión permanente, independientemente de que haya sido objeto directo o no de los concretos episodios de violencia. Es una figura delictiva cuya conducta típica exige la repetición de actos de violencia física o psíquica, actos que, aisladamente considerados, pueden concretarse en otros delitos, dando lugar a la apreciación del correspondiente concurso de delitos. Se trataría de un delito de mera actividad, no requiriendo para su consumación la producción de un resultado ulterior separado de la conducta. Sin embargo, la constatación de un estado de agresión permanente exigido por la jurisprudencia requiere de un resultado que debe quedar acreditado (San Millán, 2017: 51-120).

82. En este mismo sentido las SSTS, nº 765/2011, Sala 2ª, de lo Penal, de 19 de julio de 2011, Rec. 10304/2011, nº 981/2013, Sala 2ª, de lo Penal, de 23 de diciembre, Rec. 10527/2013.

El problema de la violencia habitual desde la dogmática jurídica es la dificultad probatoria, aún más si no se han producido agresiones físicas. La consecuencia es el cuestionamiento de las víctimas en muchas ocasiones. Siguiendo a Miranda (2009: 454-455) esta dificultad probatoria se basa, por un lado, en el lugar o espacio en el que se producen estos hechos delictivos, normalmente en el domicilio familiar o el de la víctima, espacio privado “alejado de las miradas de testigos y en donde el agresor ejerce su poder de dominación, mientras que fuera de él mantiene un comportamiento social y una actitud normalizada”. Por otro, “las particulares características de las víctimas, lo que introduce un factor de complejidad en la ponderación y valoración de la credibilidad de sus manifestaciones”. Sus declaraciones suelen ser con frecuencia imprecisas, contradictorias, minimizando las situaciones vividas. Una adecuada valoración no puede prescindir de la situación de dominación y control a la que están y han estado sometidas durante mucho tiempo, y de las consecuencias que la violencia de género tiene en su salud física y psíquica.

En torno a la credibilidad de la víctima, es necesario recordar que su declaración ha sido admitida como prueba de cargo tanto por el Tribunal Constitucional⁸³ como por el Tribunal Supremo⁸⁴, siendo apto para destruir la presunción de inocencia cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones.

La jurisprudencia ha establecido unas pautas de valoración: persistencia en la declaración inculpativa, que exige que el testigo no haya modificado sustancialmente su versión en las distintas ocasiones en las que ha prestado declaración; concreción en la declaración que ha de

83. SSTC, nº 229/1991, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 2006, Rec. 5910/2004, nº 62/1985, de 10 de mayo de 1985, Rec. 213/1984, nº 195/2002, Sala 2ª, de 28 de octubre de 2002, Rec. 3540/1998

84. SSTC, nº 672/2011, Sala 2ª, de lo Penal, de 29 de junio de 2011, Rec.49/2011, nº 1413/2000, Sala 2ª, de lo Penal, de 21 de septiembre de 2000, Rec.2641/1998, nº 195/2002, Sala 2ª, de 28 de octubre de 2002, Sala 2ª, Rec. 3540/1998

hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades; ausencia de incredibilidad subjetiva que ponga de manifiesto un posible móvil espurio o de venganza; corroboración del testimonio por otros datos objetivos existentes en el procedimiento (partes de lesiones, manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima, periciales sobre extremos, secuelas psicológicas pericialmente probadas)⁸⁵. El Tribunal Supremo⁸⁶ considera que, aunque no constituya cada una de estos parámetros un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, contribuyen a su valoración, afirmando que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre, entendiendo que un insuficiente cumplimiento de los tres parámetros impediría que la declaración inculpatoria pudiese ser apta para desvirtuar la presunción de inocencia.

La ponderación que se realice de los anteriores criterios orientativos en escenarios de violencia de género dependerá de si el órgano judicial está libre de los valores del patriarcado o no, así como del mayor o menor conocimiento de los procesos de violencia de género que viven las mujeres y sus hijos e hijas, sin olvidar el impacto que dichos procesos tienen en su salud física y psíquica. En este sentido, la Guía práctica de la LO 1/2004⁸⁷ llama la atención sobre que el hecho de que se estén utilizando como criterios para negar la credibilidad de la víctima los siguientes: que la misma se encuentre inmersa en un procedimiento de separación o divorcio; el lapso de tiempo transcurrido desde que se producen los hechos hasta la presentación de la denuncia; que haya renunciado o no a las indemnizaciones civiles que pudieran corresponderle, argumentando las defensas con bastante frecuencia la existencia

85. STS, nº 238/2011, Sala 2ª, de lo Penal, de 21 de marzo de 2011, Rec. 2068/2010.

86. STS, nº 989/2016, Sala 2ª, de lo Penal, de 12 de enero de 2007, Rec. 971/2016.

87. 2016

de un móvil espurio, insinuando algún tipo de patología y proponiendo pericial psicológica o psiquiátrica e informes relativos a su credibilidad.

En el sentido que se viene argumentado, la Guía práctica de la LO 1/2004 pone de manifiesto que la investigación de los delitos de violencia habitual requiere de una investigación de mayor complejidad, por lo que entiende que el procedimiento de Diligencias Urgentes y Juicio Rápido es inapropiado para recabar las pruebas que permitan un fallo condenatorio (partes médicos, testimonios, sentencias anteriores y denuncias, informes sociales o psicológicos, testificales de las personas presenciales o de referencia, agentes de autoridad, informes de las unidades de valoración forense integral, etc.). Afirma que en estos supuestos es absolutamente necesaria la presencia de apoyo psicosocial continuado durante toda la instrucción, que le permitirá estar en mejor condiciones para romper con la dependencia emocional.

La situación planteada ha hecho que hoy nos encontramos con la misma situación que se ha venido mostrando desde el nacimiento del delito de maltrato habitual: su inaplicación. Las agresiones producidas en un contexto de violencia de género se resuelven por la vía del art. 153 del CP y de los delitos leves⁸⁸, invisibilizándose el maltrato sistemático en que consiste la violencia de género. En el análisis cuantitativo realizado, solo dos sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal fueron condenatorias por maltrato habitual, siendo el resto de condenas fundamentalmente por maltrato ocasional. A esta misma conclusión llegan otros trabajos, como por ejemplo (Bodelón, 2014: 131-154). De la misma manera, el estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial en el año 2016⁸⁹ evidenció que el delito por el que se formula

88. Tras la modificación operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.

89. En el mismo se analizan 500 sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales entre los años 2012 y 2014, procedentes de resoluciones recurridas de los Juzgados de Violencia y Juzgados de lo Penal.

acusación en mayor número de casos es el referido al art. 153 del CP, suponiendo un 51% de las sentencias condenatorias y un 57% las absolutorias, siendo el delito de violencia habitual objeto de condena en un 9% de las sentencias condenatorias.

El cambio de la respuesta penal solo se daría con un cambio de actitud de los y las operadores jurídicos, en el reconocimiento de que la violencia de género no es un conflicto de separación entre iguales, sino un síntoma de la desigualdad en la pareja, que somete a la mujer, y que afecta gravemente a los y las menores, antes y después de la separación, ya que son utilizados por el agresor como arma hacia la madre. Este cambio supondría la incorporación de los postulados feministas en la interpretación y aplicación del derecho, comprometiéndose con la libertad e igualdad de los seres humanos, y no permitiendo el mantenimiento de la subordinación estructural de un sexo sobre otro (Gil, 2007: 17).

6. LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Nuestro ordenamiento jurídico dispone de importantes instituciones para la protección de los y las menores, aplicables a los y las menores víctimas de la violencia de género en el ámbito de la relación de pareja. Una de las más significativas es la patria potestad, el art. 154 del CC define la forma en la que el padre y la madre deben de ejercer sus derechos-deberes relacionados con la misma: “velar por ellos, tenernos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”. Estableciendo que: *se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica* (la cursiva es mía). García (2013:24) expresa: “el carácter de función de la patria potestad conlleva una doble vertiente de deber-derecho, teniendo presente que el derecho se otorga únicamente para facilitar el cumplimiento del deber”, y siempre en interés del menor.

Rivero (2000: 39) señala:

“...el interés del menor como centro de la gravedad de la institución y eje central del grupo en el nuevo orden familiar, al que queda sometida la potestad paterna, (...) que no puede forzar inmotivadamente la personalidad del menor (...) y que autoriza a este a resistir toda presión contraria a su personalidad o a recaer, directa o indirectamente, la protección judicial”.

La Constitución Española, en el art. 39, establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos e hijas y el deber de “los padres de prestarles asistencia de todo orden”, así como “el reconocimiento de que los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. El interés del menor se convierte así en un principio constitucional, vincula a todos los poderes públicos, en el sentido señalado en el art. 53.3 CE, es decir: “su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

El interés del menor se recoge en muchos preceptos específicos de nuestro ordenamiento jurídico, siendo un desarrollo del mandato constitucional del art. 39, sin dejar de ser también un principio general del derecho privado, preceptos que se encuentran incardinados dentro de instituciones como la patria potestad, la guarda y custodia tras la crisis matrimonial, la protección de menores, etc. (Rivero, 2000: 81). La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, en su art. 2^º, dispone que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que concurriese, y en su art. 11 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos, “la supremacía del interés del menor”. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre

90. En adelante, Ley 1/1996.

de 1990, en su art. 3, señala: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos deben de tener una consideración primordial al interés superior del menor”.

¿Qué se entiende por este interés del menor? ¿Cuál es su contenido?

Lo que se entienda por interés superior del menor estará en relación con los valores dominantes existentes en nuestro sistema de organización social y jurídica. Es un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud. No es un principio absoluto, puede ceder ante otros intereses que se consideren jurídicamente más relevantes, siempre que el recorte se revele necesario para alcanzar un fin legítimo. Su apreciación y valoración dependerá del juzgador, que no podrá despojarse de sus prejuicios y estereotipos sociales, que condicionarán muchas decisiones supuestamente en interés de los y las menores, pero adoptadas, sin embargo, a la sombra de aquellos prejuicios y estereotipos (Rivero, 2000: 96-103). Pese a tratarse de un concepto jurídico indeterminado, la protección de este interés debería siempre garantizar los derechos fundamentales del niño y la niña como persona: su dignidad, su integridad física y moral, la dignidad, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad. De esta forma la Observación n° 13 del Comité de los Derechos del Niño insiste en que la interpretación del interés superior del niño incluye la obligación de proteger a los niños contra toda forma de violencia. Afirmando que lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar los derechos del niño enunciado en la Convención⁹¹.

La LO 8/2015 dotó de contenido a este concepto, incorporando la

91. Punto 61

jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, modificando el art. 2 de La Ley 1/1996. Para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, establece unos criterios generales, entre los que se encuentran: la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, la conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, la consideración de los deseos, sentimientos, opiniones, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. Aclara que, en caso de conflicto, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos, y solo en el caso de que no puedan respetarse todos, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo.

El art. 94 del CC regula el “derecho” del progenitor que no tenga consigo a sus hijos o hijas menores de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, así como el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho. Rivero (2000: 79) entiende que este puede ser uno de los derechos más dependientes del interés del menor, pudiendo limitarse o suspenderse si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejasen. Considerando que si hay lugar a este derecho en una situación y momento dado, como su contenido y alcance, dependerá del interés del menor, y de que haya una razón sustancial, para limitarlo o suspenderlo.

La suspensión regulada en el art. 94 del CC, como la establecida en el art. 66 de la LO 1/2004, hacen referencia a un régimen de comunicaciones y estancias ya establecido de común acuerdo o por decisión judicial, y que se suspende porque se han producido nuevos hechos, graves y perjudiciales para el supremo interés del menor. En el caso de que no se hubiese determinado el régimen de comunicaciones y estancias, esas mismas situaciones determinarán su exclusión (Guillarte, 2009: 214). En los autos y sentencias civiles analizados en la investigación realizada, solo en 1,7% se acuerda la suspensión del régimen de visitas, no por la

situación de violencia, sino por causas de alcoholismo y drogadicción.

El art. 173 del CP (delito de maltrato habitual), así como el art. 153 (maltrato ocasional), prevén como pena, siempre que el Juez o Jueza lo estime adecuado en atención al interés del menor, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Como ya se puso de manifiesto, la LO 1/2004 introdujo la posibilidad de imponer esta pena en los delitos de coacciones y amenazas regulados respectivamente en los art. 172.2 y 171.4.5 del CP. Sin embargo, esta facultad no está prevista en el art. 148.4, que castiga al autor que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que requiera objetivamente para su sanidad, tratamiento médico o quirúrgico⁹², ni para el art. 173.1 que sanciona el infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. Del total de las sentencias analizadas en el análisis cuantitativo, en ninguno de los casos se establece como pena la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

Las decisiones que el órgano judicial adopta en torno a la privación o suspensión de la patria potestad, suspensión o limitación del régimen de comunicaciones y estancias, en base al interés del menor en situaciones de violencia de género suponen un conflicto de interés entre los derechos de padre y los de los y las menores. ¿Qué ocurre cuando ambos intereses entran en conflicto? ¿Cuál prevalece? ¿Las violencias hacia la madre y los hijos e hijas continúan tras la ruptura? ¿Es beneficioso para el menor la relación con el padre agresor? ¿Qué se está protegiendo con el mantenimiento sistemático, sin valoración previa, del régimen de comunicaciones y estancias con el padre agresor?

92. “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”.

7. LA RELACIÓN DEL PADRE AGRESOR CON LOS Y LAS MENORES

Hasta ahora se han hecho visibles las violencias que viven las madres y sus hijos e hijas durante la relación, pero ¿qué ocurre después de la ruptura? ¿Están siendo utilizados los niños y las niñas como instrumento para perpetuar la violencia? Estos son los resultados obtenidos de los 118 expedientes analizados y de las entrevistas realizadas a las madres.

De los porcentajes siguientes hay que aclarar que en un 12% de los casos analizados el padre no tenía comunicación con los/las niños y niñas por voluntad propia. En un 7% la madre reanudó la convivencia y en un 5% se trataba de hijos e hijas mayores de edad.

Los insultos, menosprecios, amenazas y agresiones del padre hacia la madre en las entregas y recogidas de los y las menores se produjeron antes de la adopción de la prohibición de comunicación y aproximación o tras la extinción.

Tabla 7: *Las violencias tras la ruptura*

| | |
|--|-------|
| Insultos a la madre | 55% |
| Amenazas a la madre | 45% |
| Agresiones a la madre | 20% |
| Menosprecios a la madre | 47% |
| Instrumentalizarlos para controlar a la madre | 48,6% |
| Insultos, menosprecios, amenazas a través de los/ las hijos/as | 45,4% |
| Recrimina ante ellos/as la conducta del padre | 51,5% |

Fuente: Elaboración propia

En el 55% de los casos analizados, en el cumplimiento del régimen de visitas el padre insulta a la madre, teniendo lugar de forma habitual en un 21%.

Se las está camelando, les dice: <<cuando tengas doce años te vienes conmigo>>. Cuando mi niña coge el teléfono y pone el altavoz, él me dice de todo menos bonita. Cuando se acabó la medida de alejamiento, cada vez que viene, delante de las niñas me dice: <<eres una guarra, te has acostado con toda Granada>>. Van viendo al padre diferente, dicen que es muy pesado y que no tienen ganas de coger el teléfono. Que les habla de forma tajante: << mi padre no hace nada más que dar voces, hay que hacer lo que él quiere>>. (E-4)

En un 45% se producen amenazas y, de forma habitual, en un 12% de los casos.

...pero como la relación era tan mala, eran tantísimas las amenazas y cada vez que venía a llevársela y yo abría la puerta eran insultos, y cuando la traía de vuelta igual, y me ponía el pie en la puerta. Yo nunca podía estar sola en la casa, siempre que venía a traer la niña había alguien en casa. (E-1)

Con cada insulto y amenaza le daba igual que estuviera la niña delante, todavía me insulta en presencia de la niña, cada vez que viene a recogerla y a entregármela me dice puta. Un día delante de la vecina me dijo: << puta, mala madre, te voy a dar dos hostias que te voy a matar>>, no se acordó medida de alejamiento. (E-17)

En un 47% menosprecia a la madre, ocurriendo de forma frecuente en un 18% de los casos analizados. Se observa como en un 20% se producen agresiones en presencia de los hijos e hijas, lo que reafirma la opinión de las entrevistadas:

En una ocasión él vino a recoger a la niña, siempre lo hacemos a través de su compañera, pero ese día no, me pidió llevársela toda

una semana..., como le dije que no, se puso muy violento, iba a pegarme delante de la niña... cómo iba a faltar una semana al colegio. (E-14)

La instrumentalización de los hijos e hijas por parte del agresor se produce en casi un 50%, teniendo lugar de forma habitual en un 42% de las situaciones. Se da en mayor medida debido a la prohibición de comunicación y aproximación hacia la mujer.

...a la niña le decía, <<como no me llames todos los días me quito de ser tu padre, como no me llames te enteras>>, llamar al teléfono y obligar a la niña a decirle que le quería, con lo pequeña que era, porque tenía 3 años. Y siempre las llamadas eran <<¿dónde estás?, ¿con quién estás?>>, no ha llamado nunca para ver cómo se lo está pasando o cómo se encuentra. La niña ya lo que responde es <<no me acuerdo>>, supongo que será su manera de defenderse. (E-1)

Mis hijos le tienen miedo y lástima a su padre, se compadecen, está mal y ellos se sienten responsables, amor no. A través del móvil sabe todo lo que hacemos, todos los días le dan información. Lo primero que hizo fue comprarle al niño un móvil. (E-3)

Le pregunta a la niña por mí, con quién he estado, con quién no, si tengo novio o no... Se metió en mi correo electrónico. (E-14)

Los insultos, menosprecios y amenazas a la madre a través de los hijos e hijas se producen de forma habitual en un 47% y las recriminaciones en la mitad de los casos analizados.

Le hablaba mal de mí, la utilizaba para hacerle daño. Cuando se iba con él se drogaba. En una ocasión la llevó al polígono a comprar droga. (E-10)

Cuando mi hija mayor decidió quedarse con su padre, me hundí totalmente, él no estaba nunca con ella. Hemos sido los dos culpables de tenerla en medio. La pequeña está mal, no quiere hablar de nada, el trauma de la mayor va a ser complicado, por la edad, ha estado mucho más expuesta y ahora la está machacando, le dice constantemente que soy muy puta... a mi hija le mira el historial del ordenador. (E-11)

En la mayoría de las entrevistas realizadas las madres expresaron que, en el cumplimiento del régimen de comunicaciones y estancias, el padre instrumentaliza a los hijos e hijas para seguir ejerciendo violencia, y en dos de los casos para seguir ejerciendo violencia directa hacia ellos/as. En la mitad de las situaciones en las que no existía medida de alejamiento, o se había extinguido, los niños y las niñas presenciaron violencia hacia la madre en las recogidas y entregas.

8. LA OPINIÓN DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS

Para determinar el interés del menor, nuestro ordenamiento jurídico regula en diversos artículos el derecho del o la menor a ser oídos: el propio art. 154 del CC señala que “si los hijos e hijas tuvieran suficiente madurez⁹³ deberán ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecte”. El 159 del mismo texto legal establece que en el caso de que el padre y la madre estén separados y no decidan de común acuerdo, el Juez o Jueza decidirá en beneficio de los hijos o hijas, al cuidado de qué progenitor quedarán, oyéndolos si tuvieran suficiente juicio, y en todo caso a los mayores de doce años. El art. 92 dice que el Juez o Jueza cuando adopte cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de

93. Modificación producida por la Ley 26/2015, refiriéndose con anterioridad a esta reforma a si tuvieran suficiente “juicio”.

los hijos e hijas menores, deberá velar por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. La Ley 1/1996, en su art. 9, establecía el derecho del menor a ser oído en aquellos procesos en los que se adopten decisiones relacionadas directamente con su esfera personal, familiar o social, artículo modificado por la Ley Orgánica 8/2015, estableciendo el derecho del menor no solo a ser oído, sino también a ser escuchado, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. En este mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 12, garantiza al niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga.

Del carácter imperativo de estas normas se deduce que el ser escuchado y expresar su opinión es un derecho del niño y de la niña, y un correlativo deber para el juez o la jueza, no existiendo una regla en cuanto a la edad a partir de la cual deba de ser oído, dependerá de su madurez intelectual y emocional. El valor que se le da a su opinión, voluntades o sentimientos dependerá de su desarrollo psíquico, de su discernimiento y madurez, y sobre todo de la posición ideológica, jurídica, emocional, de quien valore (Rivero, 2000: 130-137).

Este derecho no está garantizado para los y las menores víctimas de violencia de género. Así, en la comparecencia de la orden de protección, primer momento en el que se toman las decisiones que afectarán a su vida, no se les escucha y no se les tiene en cuenta. De esta manera, el juzgador o juzgadora ignora qué violencia han sufrido, cuáles son sus miedos, preocupaciones y deseos. Tomando decisiones que podrán perdurar en el tiempo y perjudicar gravemente a los niños y niñas.

Se han podido conocer sus opiniones y sentimientos a través de las entrevistas realizadas a las madres:

Mi hija tiene un continuo sufrimiento. Y es << ¿por qué yo? >>, << ¿por qué te has equivocado? >>, << ¿por qué me ha tocado

a mí?>>, y sobre todo es <<¿por qué me tengo que ir>>. (E-1)

Siempre viene fatal, con los ojos hinchados, cada vez que su padre viene por él llora. (E-8)

A mi hija se le han quedado en la cabeza las cosas que pasaron. No ha echado de menos a su padre, ni quiere irse con él, siente vergüenza. Dice que es su padre pero no quiere relación, ve que no lo hace bien con ella, ni con su hermano. Mi niño pequeño lo quiere mucho, quiere verlo, se va contento y vuelve contento, si yo no lo llamo, no viene por él, aunque cada vez que se va con su padre le dice que soy una estúpida, le pregunta por mí, si tengo novios. (E-9)

Mi hija un día decidió que no se quería ir, el padre me llamó dos veces y yo le dije que no quería irse, ha habido muchas cosas que ella ha vivido. Él me dijo que yo tenía la culpa..., pero no hizo nada más. No se iba contenta. La niña cuando dejó de ver a su padre estaba mucho más tranquila. Me decía: << ese papá no sirve para nada>>. (E-10)

Ahora que tienen el régimen de visitas los niños no quieren irse. Y lo pasan mal, cada vez que se van se ponen a llorar, a decir que por qué tienen que ir con el padre, que por qué les hago eso. Les digo que eso es lo que ha decidido el Juez, que si por mí fuera no los mandarían, pero tienen que irse. (E-2)

Según lo expresado por las mujeres entrevistadas, el sentir de sus hijos e hijas en cuanto a la relación con su padre es diferente según el caso. Más de la mitad de los niños y niñas no quieren relacionarse con su padre, teniendo la postura contraria el resto. Sin embargo, la mayoría de las madres coinciden en su instrumentalización por parte del padre.

Se recogió la opinión de cinco niños y niñas, en edades comprendi-

das entre 11 y 18 años, sobre la relación mantenida con su progenitor. De estas entrevistas no se obtuvo información diferente a la manifestada por sus madres: tres revelaron que no querían mantener relación, una expresó que sí, y que lo que más le gustaba cuando se iba con su padre era estar con una amiga vecina de la casa del progenitor. La entrevistada mayor de edad expresaba:

Me quedé con mi padre para que no estuviera solo, y porque me comió mucho la cabeza con los dineros que le tenía que pasar a mi madre. ¿Qué pensaría yo en aquel momento? Tenía quince años. Yo no dije me quedo con papá, me dejé llevar, mi padre me lo había dicho, yo pensaba que así todo iba a estar más calmado, y de tranquilo nada. (E-19)

9. DERECHO DEL PADRE VERSUS INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La interpretación del interés del menor, como se ya se ha anunciado, está determinada por las creencias, los modelos culturales, los valores de quién debe interpretar. La institución de la Patria Potestad⁹⁴ tiene otra lectura diferente a la que hemos hecho hasta ahora, que no podemos olvidar, y que es muy probable que se mantenga en el imaginario de quien interpreta: la posición que el Paterfamilias en nuestro derecho ha ocupado, siendo hasta la reforma de 1981 el único detentador de la patria potestad sobre los miembros del grupo familiar (mujer e hijos/as).

Este estatus jurídico ha conllevado una posición de sumisión y debilidad de las mujeres en los sistemas de poder: económicos, sociales y familiares. La unidad de la familia se construyó bajo un principio de

94. Institución que será examinada con más profundidad en el capítulo IV.

autoridad masculina, supeditada así la autoridad materna sobre los hijos e hijas a la paterna (Pichth, 2003:126-128).

Cuando se protege el mantenimiento sistemático de una relación normalizada de los y las hijas con los padres agresores no se mira y, por lo tanto, no se ven los efectos que la violencia ha causado a los niños y niñas y que probablemente seguirá causando. Se mira hacia el “interés del menor” interpretado en relación con los derechos de los padres, de los derechos que les confiere la patria potestad. De esta forma, el interés del menor se interpreta en contra de los derechos de los niños y niñas, vulnerando así su dignidad, su integridad física y moral, y el libre desarrollo de su personalidad. En consecuencia, el Estado está colaborando con el padre para lograr su objetivo de control y sometimiento de las madres, instrumentalizando a los hijos e hijas para ello. En definitiva “le está poniendo fácil” que continúe con la violencia que venía ejerciendo antes de la ruptura, encontrándonos ante otra forma de violencia institucional (Bodelón, 2014).

Como se ha examinado, nuestro ordenamiento jurídico dispone de normas para la protección de los y las menores víctimas de la violencia de género, para darles voz y considerarlos sujetos de pleno derecho. Las creencias, los modelos culturales y los valores de quien interpreta han hecho que, en la práctica, queden prácticamente inaplicadas.

Rubio (2004: 17) sostiene:

“El conflicto de valores, que hace evidente la inaplicabilidad de las normas en los supuestos de violencia contra las mujeres, es resultado de un modelo humano de referencia parcial y excluyente de la identidad femenina que está implícito en el sistema jurídico, nos referimos al “buen padre de familia” (Rubio, 2004: 17).

La cuestión que se pretende responder en el siguiente apartado es si la consideración de los y las menores como víctimas ha conseguido el objetivo simbólico pretendido, y si esta modificación ha tenido el su-

ficiente impacto sobre jueces, juezas y equipos psicosociales, etc. para comenzar a mirar y a detenerse en la huella atroz que la violencia tiene y ha tenido en los niños y niñas.

10. EL IMPACTO EN LOS/LAS OPERADORES JURÍDICOS DE LA CONSIDERACIÓN DE LOS/AS MENORES COMO VÍCTIMAS

10.1. La inaplicación del “fortalecimiento” de la protección establecida en la LO 8/2015 y en la LO 4/2015

Se ha contemplado en este capítulo cómo la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 4/2015 establecieron modificaciones tenues en cuanto a la protección de los/las menores víctimas de violencia de género: se recuerda a los órganos judiciales que deben pronunciarse sobre la pertinencia de la adopción de las medidas previstas en los artículos 64, 65 y 66 de la LO 1/2004, estableciendo que, en el caso que no se adopten las medidas de suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los/las menores, deberían de pronunciarse, en todo caso, en la forma en la que se ejercerán, adoptándose las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los/ menores y de las mujeres, realizándose un seguimiento periódico de su evolución.

Por otro lado, la Ley 4/2015 también obliga al órgano judicial a pronunciarse en todo caso, en la circunstancia de la existencia de menores o personas con la capacidad judicialmente complementada que conviva con la víctima, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas civiles. Introduce un nuevo artículo 544 quinquies, que prevé, en el caso de que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del CP, la adopción de las siguiente medidas: suspensión de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, establecimiento de un régimen

de supervisión del ejercicio de la patria potestad, suspensión o modificación del régimen de visitas. Precepto que no establece una limitación temporal, así como la ampliación de las medidas que se pueden adoptar al amparo del art. 158 del CC a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

Tal como se explicó en la parte metodológica, para demostrar el escaso impacto en los/las operadores jurídicos de la consideración de los/las menores como víctimas de la violencia de género, se volvió a utilizar la metodología cuantitativa utilizada en la fase primera, analizándose 46 denuncias y procedimientos por violencia de género en los que existían hijos o hijas, correspondientes al periodo comprendido entre agosto de 2015 y junio de 2018, momento en el que entró en vigor la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. El objetivo ha sido conocer en profundidad la situación de violencia de género bajo la que se había producido la desprotección de los/las menores. Se combinó esta fuente primaria con fuentes secundarias, con el fin de comparar los resultados obtenidos con los datos que arroja la estadística elaborada por el Consejo General del Poder Judicial: “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial”, año 2015 a 2018, y con los resultados alcanzados en la fase primera, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2015 y de la Ley 4/2015.

En la tabla siguiente se puede observar el escaso calado a nivel nacional de estas modificaciones en los/las operadores jurídicos. Se advierte un ligero aumento de las medidas de suspensión del régimen de visitas y de guarda y custodia en el año inmediatamente posterior a la entrada en vigor de las leyes referidas. Sin embargo, en el año 2017, los porcentajes se sitúan en los niveles anteriores a su publicación.

TABLA 8: *Evolución nacional de la adopción de las medidas previstas en el art. 65 y 66 de la LO 1/2015 (Años 2015-2018)*

| Año | Suspensión del régimen de visitas | Suspensión de la patria potestad | Suspensión de la guarda y custodia | Protección del menor para evitarle un peligro o perjuicio |
|-------|-----------------------------------|----------------------------------|------------------------------------|---|
| 2015 | 3,50% | 0,40% | 5,90% | 0,68% |
| 2016 | 5,70% | 0,70% | 8,40% | 1,60% |
| 2017 | 2,09% | 0,40% | 4,80% | 0,80% |
| 2018* | 3,01% | 0,40% | 4,60% | 0,90% |

*2018⁹⁵

Fuente: Datos extraídos de los informes: “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial. Datos anuales 2015 a 2018”

Los resultados anteriores son similares a los que ha arrojado el análisis de los 46 procedimientos analizados: en un 2,7% se acordó la suspensión del régimen de visitas, y ello, por haberse denunciado agresiones físicas hacia los/las menores. En un 15,21% se acordó limitación del régimen de visitas, por la edad de los/las menores y por el alcoholismo del padre; en ningún caso, por la situación de violencia de género denunciada. La lectura de estos datos ha de hacerse teniendo en cuenta que de las 46 denuncias presentadas, la orden de protección no fue admitida en un 57%, conectando a su vez este dato con que, en un 86,95% se dictaron sentencias de conformidad⁹⁶. También hay que tener en consideración que un 23,8% de las denuncias se presentó con posterioridad a haberse dictado la sentencia civil del correspondiente procedimiento de familia. En ninguno de los casos analizados se acordó la suspensión del ejercicio

95. Datos correspondientes al primer trimestre.

96. Según los datos sobre la violencia sobre la mujer en la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial: del año 2015 a 2018 fueron admitidas un media de un 24,5% de órdenes de protección en relación con las denuncias presentadas

de la patria potestad ni de la guarda y custodia. De igual forma, tampoco se adoptó, en ninguno de los procedimientos, las medidas previstas en el art. 544 quiquies de la LECrim⁹⁷ y del artículo 158 del CC.

Los padres en los procedimientos de familia posteriores a la denuncia solicitan la guarda y custodia exclusiva, así como la compartida en un 2,17%, a pesar de la prohibición expresa que establece el artículo 92.5 del CC.

En ninguno de los casos, en las resoluciones analizadas se da cumplimiento a la previsión del art. 65 y 66 para el caso de que el Juez o Jueza no adopte algunas de las medidas de suspensión de la patria potestad, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los/las menores, en la que se establece que “adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los/ menores y de la mujer, realizándose un seguimiento periódico de su evolución”. No habiéndose producido un desarrollo de este precepto, que establezca los mecanismos a través de los cuales se realizaría el seguimiento periódico de los/las menores víctimas de violencia de género para los que no adoptaron las medidas de protección referidas.

10.2. Las violencias silenciadas tras la desprotección de los/las menores

Tras los datos anteriores se muestran, de los 46 expedientes analizados, las situaciones de violencia que sufrieron las mujeres y sus hijos/as, divididas en agresiones físicas y psíquicas. De los 46 expedientes analizados, 76 hijos/as se encontraban en entornos de violencia de género, hallándose una de las mujeres embarazada en el momento del estudio. En cuanto a las edades, un 23,76% de los/as hijos tenían de 0 a 5 años, y un 26% de 6 a 18. En relación al sexo, el 67% eran hombres y el 32,8% mujeres. En lo referente a la relación víctima agresor, en un 39,1% eran cónyuges, y en un 21,7% pareja; en un 11% excónyuges, y en un más de

97. No existen datos a nivel nacional sobre el seguimiento de la adopción de las medidas previstas en este nuevo artículo.

un cuarto expareja. En el 32,6% de los casos la duración de la relación de violencia se prolonga de uno a cinco años en un 41,3% y, de cinco a diez años, en un 21,7%. Hay que señalar que en el 13% de las denuncias la duración de violencia fue de 15 a 20 años.

Las violencias descritas en la tabla siguiente se produce en un 63,2% muchas veces (más de seis), en un 23,7% pocas veces (una o dos veces) y un 13,2% regular veces (dos a cuatro veces). Durante las violencias físicas sufridas por la madre, en un 39,5% de los casos había un hijo/a presente de la relación, y en el 39,5% había dos. En un 7,5% la violencia fue presenciada por un hijo/a de otra relación. En relación con la frecuencia, un 56,8% estuvieron presentes muchas veces y solo en un 18,9% pocas veces.

Tabla 9: Agresiones físicas a las madres (*Fase metodológica sexta*)

| | |
|---------------------------------------|--------|
| Recibió golpes | 77,30% |
| Recibió pellizcos | 6,30% |
| Recibió patadas | 27,30% |
| Recibió mordeduras | 5,70% |
| Recibió tirones de pelo | 31,40% |
| Cogerla del cuello | 41,40% |
| Fue escupida | 3,40% |
| Intento de atropello | 2,40% |
| Tirones de pelo | 31,40% |
| Recibió empujones | 88,60% |
| Intimidarla con el puño en la cara | 19,20% |
| Sufrió lesiones | 78,40% |
| Utilizó arma y/o instrumentos | 25,60% |
| Agresiones físicas estando embarazada | 46,90% |

Fuente: Elaboración propia

Las violencias psíquicas descritas en la siguiente tabla se producen en un 97,8% muchas veces (más de seis). Un 100% de los hijos/as estuvieron presentes durante las violencias descritas; nacidos de la

relación en un 96,05%. En lo referente a la frecuencia de la exposición, en un 95,6% estuvieron presentes muchas veces.

Tabla 10: Agresiones psíquicas hacia las madres (Fase metodológica sexta)

| | |
|---|---------|
| Agresiones psíquicas estando embarazada | 94,70% |
| Presencia rotura de objetos | 75,90% |
| Oposición a aumento educativo/profesional | 43,80% |
| Exigencias de obediencia | 100,00% |
| Amenazas con suicidarse | 12,00% |
| Amenazas con causarle un mal a un hijo/a | 10,00% |
| Denuncias de la persona maltratadora | 2,30% |
| Agredió o intimidó a otras personas | 30,00% |
| Aislamiento de familiares y amigos | 94,90% |
| Sufrió vigilancia | 86,50% |
| Control de su persona | 97,70% |
| Desvalorizaciones | 100,00% |
| Humillaciones | 100% |
| Utilizó armas o instrumentos | 18,60% |
| Amenazas de muerte | 80,50% |
| Insultos | 100% |
| Detenciones | 13,20% |

Fuente: Elaboración propia

Este segundo análisis cuantitativo ha evidenciado que, en el momento de la presentación de la denuncia, los niños/as estuvieron expuestos/as a las violencias descritas en la Tabla 1 y 2, de 1 a 5 años, en un 47%, y de 5 a 10 años, en un 24%.

A continuación se mostrarán las agresiones producidas hacia los niños/as por parte del padre, divididas también en agresiones físicas y psíquicas. Un 22,6% de los/as hijos/as fueron agredidos físicamente,

en más de la mitad la frecuencia resultante es de muchas veces y en una cuarta parte pocas veces (de dos a cuatro). Casi un tercio de los/as hijos/as fueron agredidos/as psíquicamente, de los cuales un 27,63% eran nacidos/as de la relación. En el 60% de los casos la frecuencia de la violencia psíquica fue de muchas veces, y en un 40% regular veces.

Tabla 11: *Agresiones físicas y psíquicas a hijos/as (Fase metodológica sexta)*

| | |
|--|--------|
| Recibió golpes | 22,70% |
| Recibió pellizcos | 2,60% |
| Recibió patadas | 2,70% |
| Recibió empujones | 17,10% |
| Recibió tirones de pelo | 2,60% |
| Sufrió intento de estrangulamiento | 2,50% |
| El hijo/a recibió insultos | 2,40% |
| El hijo/a recibió amenazas | 16,70% |
| El hijo/a sufrió detenciones | 2,70% |
| Contra el hijo/a utilizó armas y/o instrumentos | 4,00% |
| El hijo/a recibió humillaciones | 30,80% |
| El hijo/a recibió desvalorizaciones | 28,20% |
| El hijos/a presencié rotura de objetos dirigidos a él/ella | 7,40% |

Fuente: Elaboración propia

10.3. Las violencias escondidas tras el delito leve o maltrato ocasional

En la siguiente tabla se observa que se denuncia maltrato habitual en un 78% de los casos, relatándose en un 56,52% que había ocurrido en presencia de los/las hijos/as.

TABLA 12: Hechos denunciados (Fase metodológica sexta)

| | |
|--|--------|
| Maltrato ocasional a la mujer | 15,21% |
| Maltrato habitual a la mujer | 78,26% |
| Maltrato habitual a los/las hijos/as | 4,34% |
| Amenazas a la mujer | 6,50% |
| Amenazas a los hijos/as | 2,17% |
| Insultos o vejaciones a la mujer | 6,50% |
| En presencia de los/as hijos/as | 56,52% |
| Insultos o vejaciones a los/las hijos/as | 2,17% |
| Coacciones a la mujer | 2,17% |
| Delitos contra la libertad sexual | 2,17% |

Fuente: Elaboración propia

Pese a los hechos denunciados, se vuelve a repetir la situación planteada en el diagnóstico previo a la entrada en vigor de la LO 8/2015 y la Ley 4/2015. Aunque se denuncia que en un 78,26% se produjeron situaciones de maltrato habitual, y en presencia de los hijos/as en más de la mitad de los casos, en un 82,60% se tramitaron Diligencias urgentes por el último hecho acontecido, y en un 17,39% por Diligencias previas que derivaron en procedimiento abreviado. Esto condujo a que en ninguno de los supuestos analizados se condenara por maltrato habitual, dictándose sentencias con conformidad mayoritariamente por delito leve de vejaciones reguladas en el art. 173.4 del CP, en un 34,78%, en más de tercio por maltrato ocasional, y en un 17,3% por amenaza leve, aplicándose la agravante por producirse en presencia de menores en un 19,56%.

Se destacan, en relación con la agravante “en presencia de menores”, las manifestaciones del Tribunal Supremo en la sentencia 188/2018, que ha provocado una unificación de criterios en el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Supremo, de fecha 20 de marzo de 2018. Resulta valioso transcribir fragmentos de esta sentencia: “La presencia de los hijos e hijas en

episodios de violencia del padre hacia la madre, supone una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede llegar a ser paralizante y que desde luego afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia”⁹⁸. De esta manera, el Tribunal Supremo asume el impacto de la violencia de género -como manifestación de la discriminación y desigualdad real que existe sobre las mujeres- en los/las menores. Por otra parte, el Tribunal Supremo entiende que la “presencia de menores” no puede interpretarse en el sentido de restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena violenta, afirmando que en estos supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado muy negativamente en su formación y desarrollo, en su maduración psicosocial y en su salud física-mental. Magro (2018) entiende que este precepto persigue agravar la pena cuando las conductas de maltrato son presenciadas por los menores, porque esto supone un agravación del daño de la conducta del autor sobre un sujeto

98 Descripción que realiza Ángeles Sepúlveda en el artículo “La violencia de género como causa de maltrato infantil”. Haciendo referencia el Tribunal Supremo a la exposición de motivos de la LO 8/2015 en la que se conceptualiza a los/las menores como víctimas de violencia de género, así como al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra las mujeres y la violencia de género, disponiendo el art. 46 “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 de 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: d) Que el delito se haya cometido en presencia de un menor”.

pasivo, entendiendo, por otra parte, que existen otros sujetos pasivos que son los menores, que pasan a ser víctimas directas de una contemplación de la violencia que se ejerce ante ellos.

En este punto hay que aclarar que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, convirtió la falta de violencia de género en delito leve, quedando las injurias leves y vejaciones injustas al margen del ámbito penal, salvo cuando se cometen sobre alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173 del CP. Se introduce un nuevo apartado en este artículo, desplazándose aquí la antigua falta de injurias y vejaciones de carácter leve del art. 620.2⁹⁹.

En la siguiente tabla se puede observar que el reconocimiento de los/las menores como víctimas de la violencia de género tampoco ha tenido el impacto deseado en la formulación de la denuncia. Resultan porcentajes muy similares a los revelados con anterioridad a las reformas producidas en el año 2015.

Las denuncias son presentadas en un 95,6% por las propias mujeres. En más de la mitad de las ocasiones las situaciones de violencias son descritas de forma imprecisa y general, denunciándose en un 8,7% un hecho puntual, cuando se había producido violencia habitual. En el mismo sentido, la exposición a la violencia de los/las hijos/as aparece descrita en un 62,2% de forma imprecisa y general, mostrándose las consecuencias de dicha exposición tanto solo en un 19,60%, si bien se observa un incremento en evidenciar el riesgo para los/las niños/niñas.

En un 21,7% tuvo asistencia jurídica por el Centro de la Mujer, y en un 2,2% por el letrado/a de oficio, no teniendo ningún tipo de asistencia jurídica en la presentación de la denuncia en un 65,2%.

Sin duda estas deficiencias en la presentación de la denuncia difi-

99. “Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84”.

cultan la visibilización de la violencias en los Juzgados de Violencia, aunque se ha visto que cuando se produjo el relato de las agresiones y de la exposición a las violencias de forma individualizada y ubicadas en el tiempo, así como de las consecuencias y riesgos para los/las hijos/as, tampoco garantizó su protección.

TABLA 13: *La visibilidad de las violencias en las denuncias. Fase metodológica sexta*

| | |
|--|--------|
| Agresiones a madres e hijos/as descritas individualmente y ubicadas en el tiempo y espacio | 34,80% |
| Exposición de las violencias por los/as hijos/as descritas individualmente en tiempo y espacio | 26,70% |
| Consecuencias en los/las hijos/as | 19,60% |
| Riesgo para los hijos/as | 45,70% |

Fuente: Elaboración propia

La Instrucción 7/2016 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de seguridad de las víctimas pone de manifiesto que se dicta para adaptarla a la Ley 4/2015 y a la Ley 26/2015.

Esta Instrucción diseña, buscando la participación activa de las víctimas, un plan personalizado de seguridad, con medidas de autoprotección, acorde con las necesidades especiales de protección de estas y de los/las menores que de ellas dependan. La referida Instrucción no incorpora indicadores para la valoración de riesgo de los/las menores, aspecto fundamental para garantizar la seguridad de todas las víctimas¹⁰⁰ (Picon-tó, 2018: 149). Por otro lado, tampoco incorpora, dado la situación descrita anteriormente, indicadores en el atestado policial a abordar en la manifestación de la víctima referidos a la violencia de género sufrida por

100. El Pacto de Estado establece esta medida en el n°121 (Congreso): “incluir a los hijos e hijas en las valoraciones policiales de riesgo de las víctimas”.

los/las menores: exposición a las violencias descritas individualmente en tiempo y espacio; agresiones a hijos/as descritas de la misma forma, consecuencias observadas en los/las hijos/as por la violencia vivida, riesgo apreciado, así como la utilización de los hijos/as por parte del padre para controlar, insultar, humillar o amenazar a la madre.

Tras la ausencia de protección por parte de los/las operadores jurídicos, estas fueron las situaciones de violencia que se produjeron en las comunicaciones del padre con los/las menores. Los insultos, menosprecios, amenazas y agresiones del padre hacia la madre, en las entregas y recogidas de los/las menores, se produjeron antes de la adopción de la prohibición de comunicación o aproximación o tras la extinción. De los porcentajes siguientes, hay que aclarar que en un 9% de los casos examinados el padre no tenía comunicación con los/las hijos/as por voluntad propia, y en un 14,65% la madre reanudó la convivencia.

TABLA 14: *Las violencias tras la ruptura. Fase metodológica sexta*

| | |
|---|--------|
| Insultos a la madre | 35,10% |
| Amenazas a la madre | 21% |
| Agresiones a la madre | 25% |
| Menosprecios a la madre | 35,10% |
| Instrumentalizarlos para controlar a la madre | 48,30% |
| Insultos, menosprecios, amenazas a través de los/las hijos/as | 46,50% |
| Recrimina ante ellos/as la conducta de la madre | 48,4% |

Fuente: Elaboración propia

Las reformas operadas en el año 2015, tres años después, no han supuesto una mayor protección para los/las menores víctimas de violencia de género, no consiguiendo dichas normas el objetivo simbólico pretendido. Se produce una contradicción entre lo expresado en la norma, cuando reconoce la violencia de género como una forma de violencia ejercida hacia los/as menores, con la nula protección de quien la sufre.

11. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las herramientas jurídicas disponibles en nuestro ordenamiento, con anterioridad a las reformas operadas en el año 2015, podrían haber sido aplicadas e interpretadas en el sentido de otorgar protección a los y las menores víctimas de violencia de género, como titulares de derechos propios, pero no fue así. Las resistencias a investigar el carácter crónico de la violencia de género, utilizando la vía de las Diligencias urgentes por delito de maltrato ocasional o falta provocaron, y provocan, la invisibilidad de la violencia de género. Y ello, a pesar de que el art.798.2. de la LECrim posibilita que el Juzgado, en el caso de que considere insuficientes las diligencias practicadas, pueda acordar la continuación del procedimiento como Diligencias previas del procedimiento abreviado. Esto ha traído como resultado la inaplicabilidad del delito maltrato habitual y, en consecuencia, de la violencia de género, haciendo invisible también a los/las menores como víctimas.

Así, se ha podido observar en los datos cuantitativos analizados, cómo en gran parte de las ocasiones las denuncias se tramitaron como Diligencias urgentes por delito de maltrato ocasional o falta, aunque en las mismas las mujeres expresen situaciones de maltrato habitual vividas durante mucho tiempo. De esta manera, en un 69% denunciaron la existencia de un maltrato habitual, relatando que había sido presenciado por sus hijos e hijas en un 45% de los casos. Un 12,71% denunciaron agresiones directas hacia los niños y niñas de forma habitual. A pesar de ello, un 77,8% de los procedimientos iniciados se tramitaron como Diligencias Urgentes por delito de maltrato puntual; de estos, un 19,7% lo fueron por Juicio de Faltas, y tan solo un 21,3% se tramitaron por Diligencias Previas.

La investigación de la violencia de género en la relación de pareja entraña una mayor complejidad; las Diligencias Urgentes por Juicio Rápido no están permitiendo recabar las pruebas suficientes que permitan fundamentar un delito de maltrato habitual. Por lo tanto, tal como

proponía el Consejo General del Poder Judicial en el año 2002, es necesario excluir del procedimiento inmediato las denuncias en las que se relaten la existencia de un delito de violencia habitual física o psíquica.

El análisis cuantitativo y cualitativo también ha revelado como en más de la mitad de los casos analizados los niños y niñas estuvieron expuestos/as a episodios violentos del padre hacia la madre en el cumplimiento del régimen de visitas. Además de recibir, en ese mismo porcentaje, insultos, menosprecios y amenazas hacia la madre, recriminándoles su conducta, y controlando sus movimientos.

El diagnóstico del reconocimiento previo de estas violencias vividas por los y las menores es necesario para ayudar la sociedad en general, y a la Administración de Justicia en particular, a alejarse de las posturas que mantienen que deben separarse los hechos de violencia de género con la relación que puede mantener el padre con sus hijos e hijas. Y a entender las consecuencias nefastas que estas vivencias suponen en su bienestar y desarrollo. Llegando así a la reflexión necesaria de que, en estas circunstancias, no puede darse una relación paterno-filiar bien estructurada.

El reconocimiento de los y las menores como víctimas de la violencia de género y de las consecuencias en su desarrollo y salud, no ha supuesto, además, la incorporación de normas contundentes para su protección distintas a las ya existentes. Las reformas operadas el año 2015 siguen dejando a la apreciación del órgano judicial la ponderación o valoración sobre la pertinencia de las medidas establecidas en el art. 65 y 66 de la LO 1/2004. No existen diferencias significativas en el análisis cuantitativo, entre las medidas adoptadas con anterioridad a la LO 8/2015 y Ley 4/2015, y con posterioridad. Los resultados nos siguen demostrando que dejar a la apreciación del órgano judicial la suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, del padre agresor hacia los/las menores supone una anecdótica aplicación de las mimas¹⁰¹.

101. Consciente de esta realidad el Pacto de Estado establece como medida 45 (Senado):

Detrás de ese “mirar para otro lado”, las violencias quedan acalladas tras el delito leve o el maltrato ocasional, pero no acaban, continúan a través de los/las hijos e hijas.

El 100% de los/las niños/as de los expedientes analizados (posteriores a las reformas legislativas del año 2015) percibieron las agresiones de su padre hacia su madre. Un 40% estuvieron presentes mientras su madre era golpeada, recibía patadas, empujones, tirones de pelo, era cogida por el cuello, etc. Un 100% estuvieron expuestos/as a los insultos, humillaciones, menosprecios, amenazas de muerte. Destacando además que en torno a un tercio de los hijos/as fueron agredidos psíquica y físicamente. Tras la ausencia de protección por parte de los/las operadores jurídicos, este nuevo análisis cuantitativo ha revelado que más de un 30% de los niños y niñas estuvieron expuestos/as a episodios violentos del padre hacia la madre en el cumplimiento del régimen de visitas. Además de recibir, en torno a un 50%, insultos, menosprecios y amenazas hacia la madre, recriminándoles su conducta, y controlando sus movimientos a través de ellos y ellas.

La ineficacia de las normas destinadas a la protección de los/las menores víctimas de violencia de género tiene su origen en causas estructurales y valorativas. Solo si resolvemos la contradicción entre los valores de los y las operadores jurídicos y los valores contenidos en las normas se podrá lograr su eficacia. La estructura jerárquica de la familia ha legitimado y sigue legitimando la imposición de la voluntad del padre de familia sobre los demás miembros, mujer e hijos e hijas, atentado contra sus derechos fundamentales (Rubio, 2004: 17).

Si no resolvemos este conflicto de valores, el reconocimiento de los y las menores como víctimas de la violencia de género no conseguirá el objetivo simbólico que pretende. Por ello, serán necesarias, partiendo de una reflexión profunda, herramientas jurídicas más contundentes

“impulsar la aplicación práctica del reconocimiento de las y los menores como víctimas directas de la Violencia de Género. Mejorar la conexión entre la violencia contra las mujeres y la experiencia victimizadora de los hijos e hijas”

para la protección de sus derechos fundamentales. Se mostrará cómo las construcciones ideológicas sobre la familia influyen en los operadores jurídicos para la determinación del interés del menor en situaciones de violencia de género. De esta manera, los discursos judiciales reflejan los discursos socioculturales imperantes en nuestra sociedad, a pesar de los avances normativos, atesorando las instituciones jurídicas de la patria potestad y el “derecho de visitas” la familia patriarcal diseñada por Rousseau y otros teóricos clásicos.



CAPÍTULO IV

LA PATRIA POTESTAD A EXAMEN ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1. El patriarcado y la patria potestad
 - 1.1 El patriarcado y el contrato sexual
 - 1.2 La patria potestad: del derecho romano hasta la actualidad
2. El ejercicio de la patria potestad en escenarios de violencia de género
3. A modo de conclusión

1. EL PATRIARCADO Y LA PATRIA POTESTAD

1.1 El patriarcado y el contrato sexual

Valcárcel (2012: 263-267) expresa que el patriarcado como cualquier otro sistema de poder, este se ha mantenido a través de la violencia, pero, cuando el poder ha logrado su objetivo de ser admitido, no necesita mostrar la violencia que tiene detrás y en su interior, se naturaliza y es considerado como autoridad, si bien la violencia no desaparece, se ejerce en las dosis necesarias, como recordatorio. Así, mantiene que el patriarcado tiene tanto defensores como defensoras, ya que todo sistema de poder necesita de la conformidad de los dominados. Declara: “solo cuando la libertad está presente entonces que padecíamos nos puede empezar a parecer muy gravosa”. “Para percibir lo injusta que es una situación hay que poder primero haberse separado relativamente de ella. Sino, simplemente la situación se vive como paisaje”.

El moderno patriarcado es fruto de la transformación del patriarcado clásico; en este último, el paterfamilias tenía el poder absoluto sobre todas las personas y las cosas, sobre las personas libres y no libres pertenecientes a la familia. El padre tenía poder de vida y muerte sobre sus hijos e hijas, que nacían bajo la sujeción del padre y, por tanto, bajo sujeción política. La autoridad la ejercía el varón, jefe de familia, dueño del patrimonio, del que formaban parte la descendencia, la esposa, los esclavos y los bienes. El moderno patriarcado nace en la Ilustración, con el contrato social, fruto de un pacto entre hermanos, pacto fraternal a través del cual nacen los hombres como maridos, trabajadores y ciudadanos. El contrato social priva a los padres del antiguo poder, el padre como patria potestas es vencido y su poder patriarcal se distribuye entre todos los varones, creando una nueva forma de derecho civil. El objetivo político de los hijos es heredar la capacidad del padre de crear derecho político (Pateman, 1995: 135-160).

Cobo mantiene (1995:91-121) que Rousseau, en su creación del contrato social, sitúa al individuo como sujeto del pacto. Esta categoría, aunque ofrece la apariencia de ser sexualmente neutra, detrás esconde un varón. Afirma que tanto Rousseau como otros contractualistas (Hobbes, Pufendorf, Locke) establecen esta vocación de universalidad, en las que sus construcciones políticas fundan un nuevo orden para todos los individuos de libertad y de igualdad. Sin embargo, en su obra, tanto Rousseau como los demás teóricos clásicos del contrato (excepto Poulain de la Barre), atribuyen a hombres y mujeres estados de naturaleza diferentes; uno para el género femenino y otro para el masculino, fundamentando espacios sociales diferentes. Así “el estado de naturaleza masculino se constituirá en soporte del espacio público y el femenino en fundamento del privado”. De esta manera, surge la familia como organización social y división sexual del trabajo. Cobo (1995:121-201) responsabiliza a Rousseau de haber trasladado la familia patriarcal al estado de naturaleza, instituyendo como natural la desigualdad sexual, dando por sentado la subordinación de la mujer. De esta manera, la familia será el instrumento adecuado para la sujeción de la mujer, asignándole exclusivamente la tarea de reproducción. Así, mantiene que los fundamentos de la sociedad civil serían: igualdad para los varones y sujeción para las mujeres. El contrato social estuvo precedido por el contrato sexual y este se proyecta a través del contrato del matrimonio. El contrato sexual dio origen al derecho patriarcal, en el que los varones pactaron su propia libertad y autonomía, siendo las mujeres objeto del pacto; esto supuso su exclusión como sujeto político, y del modelo democrático diseñado. Pateman (1995: 144-145) considera que el lazo fraternal tenía “el interés de respaldar los términos del contrato sexual y asegurarse de que la ley del derecho sexual masculino continué siendo operativa”.

Pateman (1995:12) sustenta:

“el derecho político se origina en el derecho sexual o derecho conyugal. El derecho paterno es solo una dimensión, y no la originaria,

del poder patriarcal. El poder de un hombre en tanto padre deviene luego de que haya ejercicio el derecho patriarcal como hombre (esposo) sobre una mujer (esposa)”.

Rousseau, en su obra *Emilio*, representa el ideal de mujer y de hombre: la primera debía ser dependiente, madre, sujeta al hombre, carecer de deseos competitivos y ambiciones. Se le otorgaba el dominio doméstico y su educación debía orientarse al hombre; el segundo representaba la igualdad y la libertad. Consideraba que el hombre solo podía ejercer sus funciones públicas si las mujeres se ocupaban de las tareas de reproducción del espacio privado. Decía: “el equilibrio psíquico del varón depende de que las mujeres interioricen la coacción que padecen por parte de los varones”. Habla de una madre y esposa que están sujetas al varón por voluntad propia, con base en el amor y la virtud. Defiende el dominio del varón, para el reforzamiento de la familia patriarcal, que necesita el control sobre la independencia sexual de la esposa, para asegurar su dominio sobre los hijos. Además, el ciudadano necesita todo el tiempo para ejercer la ciudadanía, por eso las mujeres deben liberarlo de las tareas de reproducción y mantenimiento de la familia (Cobo, 1995: 235). En este sentido, Pateman (1995:53) hace una reflexión sobre la maternidad y paternidad: considera que esta última tiene que ser descubierta e inventada, ya que es un hecho social. De esta manera, “para que los varones como padres se apropien de sus niños es preciso elabora los mecanismos institucionales, incluyendo el matrimonio y la separación entre la esfera privada y pública”. Rousseau consideraba que el deber natural de los padres de cuidar a sus hijos les daba legítima autoridad sobre ellos, sin embargo, este poder era temporal, cuando los hijos superaran la infancia serían libres como los padres, y acordarían ser gobernados (Pateman, 1995:119).

Cobo refleja (1995:237-247) cómo para Rousseau la voluntad general ordena y el gobierno ejecuta lo ordenado, de la misma forma que el varón manda y la mujer ejecuta lo mandado; así, “en el ámbito público la legitimidad del poder descansa en el cuerpo soberano, en el ámbito

privado descansa en el varón”. Esto tiene como consecuencia que si la mujer conquista parcelas de poder atribuidas al varón, la sociedad establecida quiebra, del mismo modo que quebraría el sistema político si el gobierno usurpa el poder del cuerpo político. En definitiva, esta autora considera a Rousseau el creador del ideal moderno de familia patriarcal. El sujeto político es el varón, no concibe varones que no formen una familia, así, al igual que participan en la vida política, deben hacerlo también en la vida privada, en calidad de esposo y padre. La sujeción de la mujer por parte del varón provoca un problema de violencia, por ello Rousseau expresaba en su obra Emilio: “no hay sujeción tan perfecta como la que conserva la apariencia de libertad; se cautiva así la voluntad”.

Cobo (1995:265) concluye:

“el pacto que propone Rousseau es un pacto patriarcal y su modelo de democracia es asimismo patriarcal, puesto que no sólo excluye a las mujeres de la ciudadanía, sino que, además la propia génesis y mantenimiento de su modelo democrático necesita la sujeción de las mujeres para conseguir la plenitud de la vida democrática”

Tal como afirma Pateman (1995:12), a pesar de las reformas legales y de los cambios en la posición social de las mujeres, aún no detentamos los mismos parámetros civiles que los varones. El mayor ejemplo lo tenemos en la violencia contra las mujeres, donde los hombres se resisten a abandonar el originario contrato sexual. También podemos encontrar estas resistencias en el mantenimiento de la figura jurídica de la patria potestad, en la que confluye toda la simbología del patriarcado clásico y moderno, sobre todo en contextos de violencia de género. A continuación se analizará cómo persiste y se resiste el derecho patriarcal en esta institución jurídica. Se reproducen las palabras de Pateman (1995:316) cuando dice: “El patriarcado contractual moderno tanto niega como presupone la libertad de las mujeres y no puede operar sin

este supuesto. Recobrar la historia del contrato sexual permite acceder a este profundo e importante conocimiento”.

1.2 La patria potestad: del derecho romano hasta la actualidad

Pasada la revolución francesa, se desarrolló la nueva legislación civil y penal. Las codificaciones napoleónicas tomaron la universalidad por patrón y por modelo el derecho romano: se consagra la perpetua minoría de edad para las mujeres, siendo consideradas hijas o madres en poder de sus padres o esposos; no tenían derecho a administrar sus bienes, fijar o abandonar su domicilio, ejercitar la patria potestad, ejercer una profesión. La obediencia, el respeto y la abnegación se establecieron por ley (Valcárcel, 2012:74).

Regresando al patriarcado clásico, el Derecho Romano creó el término de patria potestad. Bajo su amparo se concedía al varón un imperium doméstico familiar, que la ley reconocía como potestas o patria potestad (Castresana, 1993:36; Camacho, 1990:294). La concepción jurídica romana de la familia ha tenido una gran influencia en la configuración del derecho de familia, hasta el punto de que seguimos conservando en nuestro Código Civil instituciones jurídicas provenientes del derecho romano. El paterfamilias era el titular de la patria potestad, y representaba el “reino del padre”, ejerciendo el poder sobre los individuos libres o no libres de la familia, y sobre las cosas. Se convertía en pater el ciudadano que ya no estaba sometido a la potestad paterna de ningún ascendiente masculino, hecho que ocurría habitualmente por fallecimiento del padre o del abuelo. La mujer no podía ejercer la patria potestad, porque se encontraba equiparada a sus propios hijos en la potestad del pater (Aleman, 2009:52).

Como se ha dicho, el arquetipo de familia romana influyó notoriamente en el derecho de familia diseñado en nuestras distintas compilaciones civiles. Solo tenemos que recordar, a modo de ejemplo, la obligación de la mujer casada de obedecer a su marido, que recogía expresamente el art. 57 del Código Civil de 1889: “el marido debe proteger a

la mujer y ésta obedecer al marido”, obligándole, el mismo texto legal, a seguir el domicilio y la nacionalidad de su marido, siendo éste además su representante legal¹⁰².

La inferioridad jurídica de la mujer se manifestaba también en su poder como madre: el art. 154 disponía: “El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados”; con base en este precepto, era el padre el que podía tomar cualquier decisión referente a los hijos e hijas en el ámbito externo de la familia, ejerciendo así el poder sobre todos los miembros de la misma, quedando relegada la esposa exclusivamente a las tareas propias de cuidado. Esta limitación de la autonomía de la voluntad de la mujeres produjo consecuencias muy graves para ellas y los hijos e hijas, ya que el Código Civil establecía que si la esposa enviudaba y contraía nuevo matrimonio, perdía la patria potestad, salvo que el marido hubiera autorizado en testamento que pudiera contraer nuevo matrimonio, patria potestad que recuperaría si volviese a enviudar de su segundo marido. Además, en supuestos de separación, la mujer podía perder el derecho a relacionarse con sus hijos/as, con las graves consecuencias que esto suponía para el desarrollo de los mismos (Vallés, 2006:119). La Ley de 24 de abril de 1958 solucionó este problema, al regular la determinación por parte del juez del tiempo, modo y lugar que el cónyuge apartado de sus hijos e hijas podrá visitar y comunicar, y derogó la pérdida de la patria potestad de la madre por contraer nuevo matrimonio.

Hubo que esperar hasta la reforma operada en 1981 para que la madre dejara de estar privada de la patria potestad sobre sus hijos e hijas, otorgándose a partir de entonces al padre y a la madre: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades...” Aunque la titularidad de la patria potestad a favor del padre se mantuvo en

102. Obligación que mantiene su vigencia hasta la Ley 14/1975 de 2 de Mayo.

la ley hasta ese momento, en la actualidad perdura en muchas subjetividades la autoridad del padre para el adecuado mantenimiento de la estructura familiar.

Después de este breve recorrido histórico, cabría preguntarse: ¿por qué nuestro Código Civil mantiene un concepto proveniente del Derecho Romano que representa el “reino del padre”? ¿Está el Estado salvaguardando los intereses patriarcales? ¿Por qué se conserva el término de patria potestad para referirse al conjunto de deberes y responsabilidades que hoy corresponde a la madre y al padre?

Como afirma Gete-Alonso (2011:51) “la mención y referencia expresa al lenguaje que expresan las normas jurídicas se efectúa para hacer hincapié en un dato relevante, en concreto, en un aspecto formal y a la vez de contenido”. Bajo esta denominación, se esconde toda una ideología patriarcal, que ha situado a las mujeres a lo largo de los siglos en inferioridad jurídica respecto al hombre. La defensa de esta expresión en las normas se opone al principio de igualdad, como principio informador del ordenamiento jurídico, tal como establece el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modificó el art. 154 del CC, en el que se regula la institución jurídica de la patria potestad, quedando redactado de la siguiente forma: “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 y su integridad física mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades...”. El cambio responde a las propuestas y observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. De esta forma, la nueva redacción se refiere a la patria potestad como responsabilidad parental, añadiendo que se ejercerá respetando sus derechos, y sustituyendo el término beneficio de los hijos por interés. Hubiera sido un buen momento para eliminar de nuestro ordenamiento jurídico el concepto

de patria potestad, utilizando otro que se adecuara al principio de igualdad y al enfoque basado en los derechos del niño, tal como establece la Observación general n° 13 del Comité de los Derechos del Niño.

Gete-Alonso (2011:60) expresa que adecuar el término al principio de igualdad implicaría la visibilidad de la igualdad del padre y la madre respecto de la función jurídica reconocida sobre los hijos e hijas, pudiendo ser potestad con el agregado que haga referencia al padre y la madre, o función parental. Habría que detenerse a reflexionar sobre el significado de potestad; el diccionario de la Real Academia Española lo define como: “dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”. La Cruz et al., (2010:5), señala: “la potestad representa el poder directo sobre la persona, igual que el derecho real el poder inmediato sobre la cosa”; en este sentido, la Observación n°13 del Comité de los Derechos del Niño establece: “es necesario adoptar un nuevo paradigma y alejarse de enfoques de la protección del niño que perciben y tratan a los niños como “objetos” que necesitan asistencia y no como personas titulares de derechos, entre ellos el derecho inalienable a la protección”.

Si volvemos a echar la vista atrás, podemos recordar cómo el art. 155 del CC otorgaba al padre, y en su defecto a la madre, la facultad de corregir y castigar a los hijos moderadamente. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, incluyó en el art. 154 la facultad de corregir razonablemente y moderadamente a los hijos, suprimiendo el castigo. El Comité de Derechos del Niño consideró esta facultad contraria al artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados Partes a adoptar 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. En consecuencia, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, eliminó esta facultad, introduciendo que la patria potestad se ejercerá con respeto a su integridad física y psicológica. Este poder de corrección, al igual que el deber de obediencia de la esposa, estaba en consonancia con lo que la patria potestad ha sim-

bolizado históricamente: el poder del padre sobre los miembros de la familia, haciendo más las palabras de (Gil, 2006:68):

“éste se erige, por naturaleza, en legislador, gendarme y juez de las actuaciones y comportamientos de la mujer e hijos, menores de edad, y sometidos bajo su tutela. Y cualquier alteración de ese orden habitual -ya natural- justifica y legitima la actuación violenta del tutor, no solo ante los ojos de este sino de la sociedad misma”.

Si se quisiera eliminar del imaginario colectivo esta idea del “poder del hombre por naturaleza”, se debería suprimir aquellos conceptos que la mantienen viva. La regulación actual de la patria potestad nada tiene que ver con esta idea originaria, ya que hoy otorga una serie de funciones subordinadas al interés del menor, a diferencia de lo que sería un verdadero derecho subjetivo (La Cruz et al., 2010; García, 2013:24; Acuña, 2014:30). Para adecuar esta función al principio de igualdad, y al enfoque de los derechos de las personas menores de edad, hubiera bastado con establecer que los hijos y las hijas están bajo la responsabilidad y dirección paterna y materna, que se ejercerá siempre en interés de los mismos, de acuerdo con su personalidad, con respeto a sus derechos y a su integridad física y mental. Así, para la visibilidad de la igualdad del padre y la madre en la función jurídica, debería modificarse el Título VII, para pasar a llamarse “de las relaciones paterno-materno filiales”.

El art. 154 del CC, establece: “esta función comprende los siguientes deberes y facultades: “Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Representarlos y administrar sus bienes”. La ruptura de la pareja o del matrimonio trae consigo que el derecho-deber de velar por los hijos e hijas y tenerlos en su compañía se divida en dos figuras jurídicas: la guarda y custodia, y el derecho de visitas, que se distribuirán entre el padre y la madre, conservando ambos la titularidad de la patria potestad. En el siguiente apartado se realizará un análisis del ejercicio conjunto de la patria potestad en contextos de violencia de género, y como este ejercicio, en apariencia

neutro, se convierte en otro mecanismo legal de control hacia la mujer e hijos e hijas al alcance del padre agresor.

2. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN ESCENARIOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El art. 156 del CC establece que el ejercicio de la patria potestad será ejercido de manera conjunta por ambos progenitores, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de convivencia del matrimonio o de la pareja, como se ejerza la misma, quedará, en la mayoría de las ocasiones, oculto en la intimidad familiar. Cuando se produce la ruptura es cuando trascienden las discrepancias entre padre y madre en aspectos relacionados con su ejercicio. Tras la separación, el correspondiente procedimiento de familia otorgará de manera general el ejercicio conjunto de la patria potestad, sin perjuicio de atribuir la guarda y custodia a la progenitora, al progenitor, o a los dos. El ejercicio conjunto de la patria potestad por el padre y la madre, y la atribución de la guarda y custodia a uno solo de ellos, implica que las decisiones habituales de la vida cotidiana se tomen por quien ejerce la guarda y custodia, pero no aquellas que sean importantes para la educación, formación y situación del menor, que necesitarán el acuerdo de ambos: cambio de domicilio del hijo o hija; siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas existente, la elección del colegio, la decisión de formación religiosa o laica, realización de actividades extraescolares, el sometimiento a tratamientos médicos-sanitarios, terapias psiquiátricas o psicológicas. Además, ambos tendrán la obligación de informarse de todas las cuestiones relevantes que afecten a su hijo o hija, siempre que el conocimiento de aquellas no lo pueda obtener por sí mismo el padre o la madre que no esté en compañía del menor en el momento en

el que las mismas se produzcan (Armengot, 2015: 4; Vallespin, 2013; Moreno, 2009).

Desde hace escasos años, las resoluciones judiciales han comenzado a pronunciarse en este sentido. Así, la STS, nº 759/2011, Sala 1ª de lo Civil, de 2 de noviembre de 2011, Rec. 1003/2010, recoge el fallo del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, en el que se enumeran las decisiones que habrán de ser adoptadas conjuntamente, tal como se ha enunciado anteriormente (Acuña, 2014:155). Por otro lado, la STS, nº 642/2012, Sala 1ª, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, Rec. 1238/2011, pone fin a la discusión en torno a si los cambios de domicilio del menor son una decisión que debe tomarse por el progenitor y progenitora, o por quien ostente la guarda y custodia, por ser reflejo de la libertad de residencia, domicilio y deambulación consagradas en la Constitución. La sentencia expresa: “las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos, teniendo una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio”.

De las ochenta y cinco sentencias analizadas de las Audiencias Provinciales que resuelven recursos ante decisiones de Juzgados de Violencia, en los que el objeto de discusión versaba sobre la suspensión o limitación del régimen de comunicaciones y estancias establecido en contextos de violencia de género, se encontró de manera minoritaria la pormenorización de las decisiones que deben de tomarse de mutuo acuerdo¹⁰³, en la gran mayoría se limitan a señalar que la patria potestad

103. SSAP Madrid, nº 839/2015, Sección 22ª, de 2 de octubre de 2015, Rec. 1462/2014, nº 257/2015, Sección 22, de 13 de marzo de 2015, Rec. 672/2014, nº40/2015, Sección 22ª, de 16 de enero de 2015, Rec. 286/2014.SAP Sevilla, nº 3/2015, Sección 2ª, de 9 de enero

será compartida, o que se precisa el consentimiento de ambos, u autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentales de la vida, salud, educación y formación; sin embargo, tras el dictamen de las dos sentencias comentadas, ya no existe duda al respecto.

En caso de desacuerdo, el art. 156 del CC prevé la posibilidad de que tanto el progenitor como la progenitora acudan al órgano judicial, quien, después de oír a ambos, así como al hijo o hija si tuviera suficiente madurez, y siempre si fuese mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. También prevé que en el caso de que 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 dos progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Se establece un plazo temporal de esta medida, que no podrá exceder de dos años. El art. 92.4 del mismo texto legal, en el contexto de los efectos de la nulidad, separación y divorcio, señala: “los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges”. La atribución del ejercicio de la patria potestad a quien ostenta la guarda y custodia es considerada una medida de carácter excepcional que se adoptada en beneficio del interés del menor, permitiendo las decisiones unilaterales en aspectos relacionados con la vida cotidiana del menor, como aquellos otros más importantes para su educación, formación y situación del menor.

Se comparte la opinión de Guillarte (2009:213) de entender que la violencia de género es una causa que dificulta el ejercicio conjunto de la patria potestad, y que justificará la atribución en exclusiva a la madre que ejerce la guarda y custodia. Así lo prevé, en su art. 65, la LO 1/2004, cuando dice: “El juez podrá suspender para el inculpado por

de 2015, Rec. 536/2014. SSAP Jaén nº 440/216, Sección 1ª, de 24 de junio de 2016, Rec. 241/2016, nº 517/2016, Sección 1ª, de 15 de julio de 2016, Rec. 675/2016. SAP Coruña nº 7/2017, Sección 4ª, de 12 de enero de 2017, Rec. 592/2016

violencia de género el ejercicio de la patria potestad....” A pesar de ello, y como se ha podido comprobar en el capítulo anterior, los Juzgados de Violencia no la tienen en consideración, ni en el momento de adoptar las medidas civiles correspondientes a la orden de protección, ni en la posterior sentencia del procedimiento de familia. Se recuerda que el Informe Estadístico sobre Violencia de Género del año 2017, nos muestra que la suspensión de la patria potestad, como medida civil adoptada en las órdenes de protección, solo se acordó en un 0,4%. Así mismo, de análisis cuantitativo realizado, en los 164¹⁰⁴ procedimientos analizados por denuncias de violencia de género, en todos ellos se acordó, de forma automática, el ejercicio conjunto de la patria potestad, tanto en la orden de protección, como en la posterior sentencia de familia. ¿Cómo podrán tomar decisiones de común acuerdo existiendo medidas de prohibición y aproximación del padre hacia la madre?

El ejercicio conjunto de la patria potestad, en realidades de violencia de género, perjudica en muchas ocasiones el interés del menor, ya que a menudo el padre agresor obstaculiza determinadas decisiones adoptadas por la madre en beneficio del hijo o hija común, instrumentalizando a los/las menores para seguir dañando a la mujer. Existen muchas situaciones en las que esto puede ocurrir: el cambio de matriculación del menor a un centro escolar cercano al nuevo domicilio de la madre y del hijo/a. El centro educativo podrá pedir autorización al padre y la madre, ya que, de lo contrario, y manifestando oposición el padre, el menor debería de retornar al centro que estaba con anterioridad; el traslado de la madre junto con sus hijos e hijas a otra localidad, por existir un riesgo para su integridad física o psíquica; la realización de actividades extraescolares, o los tratamientos psicológicos, tan necesarios por los efectos de la exposición de la violencia de género en los y las menores, que pueden ser impedidos si el padre manifiesta su oposición.

104. Correspondientes a la fase metodológica primera y sexta

Existe una tendencia a reforzar el vínculo entre los y las menores y el padre, con base en una neutralidad genérica, sin tener en consideración la relación que exista entre padres e hijos/as, ni el desequilibrio importante en la dedicación de padres y madres en la crianza (Aguilera, 2015). Como ocurría en el modelo de contrato social establecido por Rousseau, en la actualidad, el punto de vista masculino domina la sociedad civil en forma de patrón objetivo, ese punto de vista que, puesto que domina el mundo, no parece en absoluto ser un punto de vista. Así, el Estado, a través de la mediación de la ley, considera que el dominio masculino se presenta como una característica de la vida, no como una interpretación unilateral impuesta en beneficio de un grupo dominante. Desde este “patrón objetivo”, la presencia del padre define la familia (MacKinnon, 1995: 408-428). Por este motivo, el legislativo y la práctica judicial no ha repensado el modelo de paternidad del padre que ejerce el dominio, y que coloca en una situación de sumisión y obediencia a la madre y a los hijos e hijas. Hoy, sigue siendo símbolo de autoridad, ocultándose al padre violento, que causa inseguridad y miedo, y que es irresponsable en la crianza de los hijos e hijas (Pitch, 2003:165). Exigir la autorización de “este padre” para la toma de decisiones importantes en la vida del menor, cuando sus intereses están muy alejados de los del niño o la niña, lo dota de otro mecanismo para seguir perpetuando el sometimiento y control.

En relación a las posturas jurisprudenciales en torno al ejercicio de la patria potestad en contextos de violencia de género, del análisis de las sentencias del Tribunal Supremo y las 85 Sentencias de las Audiencias Provinciales provenientes de recursos interpuestos ante Juzgados de violencia, se ha observado que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre en reducidas ocasiones, otorgándose en aquellas situaciones en las que el padre se encuentra privado de libertad por delitos de violencia de género, en supuestos en los que la prohibición de aproximación y comunicación se extendía a los hijos e hijas, o en aquellos otros en los que el progenitor paterno había sido figura ausente en la vida de los hijos e hijas desde la separación. De manera

anecdótica, se otorga el ejercicio exclusivo a la madre en exclusiva por la situación de violencia de género acontecida.

En cuanto a la atribución del ejercicio exclusivo, por encontrarse el padre privado de libertad por delitos de violencia de género, la STS, nº 319/2016, Sala 1ª, de 13 de mayo de 2016, Rec. 2556/2015, confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad por la imposibilidad del ejercicio efectivo, por encontrarse el padre privado de libertad por delitos de violencia de género. La resolución hace referencia a la previsión que establece el art. 65 de la LO 1/2004, así como al concepto del interés del menor desarrollado en la LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. La SAP de Albacete, nº 275/2015, Sección 1ª, de 27 de octubre de 2015, Rec. 133/2015, revoca la resolución dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Albacete, por la que se priva al padre de la patria potestad, considerando la sala que la privación es una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva, sustituyendo la privación por la atribución del ejercicio exclusivo a la madre, al ser condenado el padre a una pena de prisión de 5 años y prohibición de aproximación y comunicación durante ocho, por la comisión de un delito de lesiones y de detención ilegal en presencia del menor¹⁰⁵.

En la misma línea se ha hallado la SAP de Madrid, nº 1038/2015, Sección 22, de 7 de diciembre de 2015, Rec. 1038/2015, corroborando la dictada por el Juzgado de Violencia, en la que se suspende del ejercicio de la patria potestad al padre en materia de educación y salud, ya que este se encontraba privado de libertad por delitos de violencia de género, aunque añade como razón para ello, la imposibilidad de contacto con la figura materna, por la prohibición de comunicación con ella. Esta resolución, en su fundamento jurídico, también hace referencia al concepto de interés del menor definido en el art. 2 de la LO

105. En este sentido: SAP de Barcelona, nº 338/2015, de 20 de mayo de 2015, SAP de las Islas Baleares, nº327/2016, Sección 4ª, de 24 de octubre de 2016, Rec. 97/2016

8/2015. Asimismo, la SAP de Barcelona, nº 675/2015, Sección 12ª, de 21 de octubre de 2015, Rec. 179/2015, declara el ejercicio exclusivo de las funciones derivadas de la patria potestad a favor de la madre, por privación de libertad del progenitor por delitos relacionados con la violencia de género, existiendo prohibición de aproximación hacia la madre y menores.

En sentido contrario al anterior, se pronuncia la STS nº 680/2015, Sala 1ª, de lo civil, de 26 de noviembre de 2015, Rec. 36/2015, por el que se confirma la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad, y se suspende el régimen de visitas, al progenitor ingresado en prisión por delitos de violencia de género. De la misma forma, la SAP de Almería, nº 81/2015, Sección 1ª, de 19 de febrero de 2015, Rec. 854/2014, confirma la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Almería, suspendiendo el régimen de visitas al padre por encontrarse privado de libertad, y otorgando el ejercicio conjunto de la patria potestad¹⁰⁶.

De las resoluciones en las que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad, por extenderse la medida de alejamiento hacia los hijos e hijas, se encuentra la SAP de Murcia, nº 235/216, Sección 4ª, de 14 de abril de 2016, Rec. 4/2016. La Audiencia confirma la atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre, así como la suspensión del régimen de visitas, por la existencia de procedimiento penal por

106. En esta dirección también se manifiestan las siguientes resoluciones: La SAP de Cáceres, nº 181/2015, Sección 1ª, de 15 de junio de 2015, Rec. 256/2015. SAP de Santa Cruz de Tenerife, nº 161/2015, Sección 1ª, de 25 de marzo de 2015, Rec. 39/2014, en las que se ratifica la suspensión del régimen de visitas por la privación de libertad por violencia de género y el ejercicio conjunto de la patria potestad. SAP de Madrid, nº 985/2015 Sección 22ª, de 20 de noviembre de 2015, Rec. 1021/2015, en la que se confirma la suspensión del régimen de visitas, por la existencia de procedimiento penal por violencia de género, acordándose la prohibición de aproximación y comunicación hacia la madre y los hijos, manteniéndose la patria potestad compartida. SAP de Santa Cruz de Tenerife, nº 15/2016, Sección 1ª, de 14 de Enero de 2016, Rec. 558/2015 y SAP de Lleida, nº 298/2016, Sección 2ª, de 30 de junio de 2016, Rec. 362/2016, en las que se acuerda la suspensión del régimen de visitas por encontrarse el padre en prisión, sin especificar el motivo de la privación de libertad, otorgando la patria potestad compartida.

malos tratos hacia la madre e hijas. El informe médico forense indica la existencia de malos tratos psicológicos habituales en el contexto de la violencia de género, sufriendo las hijas violencia directa e indirecta por el clima de violencia, presentando ambas trastornos de ansiedad y depresión que precisan tratamiento. La SAP de Cáceres, nº 247/2016, Sección 1ª, de 20 de junio de 2016, Rec. 333/2016, llega a la misma solución, por la condena de hechos notoriamente graves sucedidos en el ámbito de la violencia contra la mujer, en presencia del hijo menor, imponiéndose la prohibición de aproximación y de comunicación con el hijo menor, reconociendo la sentencia que este hecho haría estéril el señalamiento de un régimen de visitas, así como el ejercicio de los deberes propios e inherentes a la patria potestad¹⁰⁷.

En relación a las decisiones judiciales que se pronuncian atribuyendo el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, por falta de relación del padre con los menores, se observa la SAP de Valencia, nº 334/2016, Sección 10ª, de 2 de mayo de 2016, Rec. 1181/2015, que resuelve el recurso presentado ante la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número dos de Valencia, en la que se atribuye a la madre la guarda y custodia de los tres hijos del matrimonio, la patria potestad compartida, y un régimen de relaciones del padre con sus hijos consistente en visitas de fines de semanas alternos en el PEF, en la modalidad de visitas tuteladas. La Sentencia de la Audiencia atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, por incumplimiento grave y justificado del padre de las obligaciones derivadas de la patria potestad, que establece el art. 154 del Código Civil, y ello, por no considerar que tales hechos tengan tanta gravedad como para llevar consigo la privación de la patria potestad. El padre había sido una figura ausente en la vida de los hijos desde la separación de hecho, no viéndolos desde hacía cinco años, ni solicitado régimen de visitas; así mismo, tampoco había mostrado interés en ellos de ninguna clase, ni colaborado en su

107. En similares circunstancias y sentido resuelve la SAP de A Coruña, nº7/2017, Sección 4ª, de 12 de enero de 2017, Rec. 592/2016.

mantenimiento. La Audiencia observa otra conducta contraria al interés del menor: la negativa injustificada a permitir que los hijos fueran objeto de evaluación-psiQUIÁTRICA psicológica en el servicio público de salud, estando afectados por cuadros de ansiedad agravados con el tiempo, teniendo uno de los hijos que tomar medicación en dosis crecientes, síntomas derivados de la reaparición del progenitor y de la imposición de las visitas, teniendo los mismos, sobre todo los mayores, un gran rechazo a los contactos con el padre, probado por diversos informes médicos. Se afirma que esta actitud del progenitor resulta claramente contraria al interés del menor, pareciendo estar inspirada en el interés exclusivo de protegerse a sí mismo. Se otorga el ejercicio exclusivo de la patria potestad con la finalidad de evitar perjuicios a los menores derivados de la pasividad o falta de colaboración paterna en asuntos de interés para los hijos, a nivel administrativo, escolar, médico, etc. Todos estos motivos también llevaron a que la resolución acordase la suspensión del régimen de visitas.

En la misma línea, se encuentra la SAP de Sevilla, nº 218/2016, Sección 2ª, de 24 de mayo de 2016, Rec. 9124/2015; confirma la decisión de primera instancia de modificación de medidas, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas, por falta de contacto del padre con el menor, al haberse convertido en un extraño. La Audiencia reconoce que esto demuestra la falta del interés del padre, y el claro incumplimiento del ejercicio de la patria potestad, afirmando que no puede exigirse al menor que tenga una relación con una persona absolutamente desconocida para él¹⁰⁸. Esta sentencia hace alusión al art. 2 de la L.O. 8/2015 de 22 de julio. Expresa, tal como establece la norma, que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan. Sin embargo, no hace referencia alguna a los contextos de violencia de género vividos por los menores.

108. En el mismo sentido, la SAP de Barcelona, nº 304/2016, Sección 18, de 21 de abril de 2016, Rec. 459/2015

Llama la atención el pronunciamiento del Juzgado de 1º Instancia, al que se refiere la STS nº 54/2011, Sala 1ª, de 13 de mayo, Rec. 500/2008: el Juzgado de 1ª Instancia de las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia en la que quedaba probado el comportamiento violento del demandado, que tuvo que ser desalojado durante la celebración de la vista, hecho que motivó la confirmación de las medidas adoptadas en el auto anterior, en el que se acordaba la suspensión del régimen de visitas, pese a haber sido solicitado por la madre un régimen de visitas tutelado. A pesar de ello, y reconociendo que queda acreditado el carácter violento, el Juzgado de 1ª Instancia no acordó el ejercicio exclusivo de la patria potestad a favor de la madre; de forma automática se otorga de forma compartida, sin valorar los posibles obstáculos del padre violento hacia las decisiones tomadas por la madre en beneficio de sus hijos, máxime si tenemos en cuenta que se encontraba alojada en una casa de acogida. Este mismo posicionamiento se observa en la SAP de Alicante, nº 321/2015, Sección 9ª, de 18 de septiembre de 2015, Rec. 266/2015, en la que se confirma la suspensión de las visitas del padre por problemas de alcoholismo, drogadicción y falta de interés en regular la relación con su hijo, otorgándose el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Resulta ser muy acertada la solución dada por la SAP de Valencia, nº 67/2017, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de enero de 2017, Rec. 596/2016, en la que se confirma la decisión adoptada en primera instancia, por la que atribuía el ejercicio de la patria potestad a la madre. La Audiencia mantiene que esta decisión *“está en armonía con la orden de alejamiento impuesta al apelante, que impediría la necesaria comunicación entre los progenitores para consensuar determinados aspectos de la vida de sus hijas, por lo que debe mantenerse la suspensión del ejercicio por parte del padre hasta que se depuren las responsabilidades penales y a resultas de las mismas, y solo en caso de no existir o de haberse liquidado las penas, podrá recuperarse mediante el correspondiente procedimiento de modificación de medidas del ejercicio conjunto de la patria potestad”*. A similar solución llega la SAP de Madrid, nº 926/2015, Sección 22ª, de 3 de noviembre de 2015,

Rec. 226/2015, suspendiendo temporalmente el ejercicio de la Patria Potestad conjunta y compartida, hasta la extinción de la responsabilidad penal por el delito de maltrato habitual, por prescripción de las penas impuestas, con arreglo a la previsión de los artículos 130 y 133 del Código Penal.

Estas dos últimas decisiones estarían en consonancia con la previsión recogida en el art. 65 la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando dice: “ El juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad....”, y la posibilidad que ofrece art. 156 del CC de atribuir el ejercicio de la patria potestad total o parcialmente a solo uno de los progenitores, sin concurriese cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. Resoluciones que fueron respetuosas con los parámetros establecidos sobre el interés del menor en el art. 2 de La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, entre los que se encuentra la protección de la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas, emocionales y afectivas, así como la conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

Se ha observado en las resoluciones analizadas cómo uno de los parámetros aplicados para llegar a esta decisión ha sido el estar el padre privado de libertad por delitos de violencia de género, pero tampoco este es un criterio unánime, al hallar abundantes sentencias en las que a pesar de darse esta grave circunstancia, se otorgaba el ejercicio compartido de la patria potestad. La existencia de una medida de alejamiento hacia los/las menores, sí es una circunstancia poderosa en la decisiones en este sentido, y la ausencia del padre en la vida de los niños y niñas. Sin embargo, no lo es la presencia de un procedimiento penal por delitos de violencia de género, en trámite, o culminado con sentencia condenatoria. Por otro lado, se ha podido advertir cómo, en diversas sentencias, se otorga el ejercicio exclusivo para evitar la privación de la patria potestad, por considerar esta una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

El recordatorio sobre el origen de la categoría jurídica de Patria potestad, así como de los pilares del patriarcado moderno que posteriormente la sustentaron, ha permitido hacer visible la tradición heredada, comprobando cómo esta categoría jurídica mantiene vivo el contrato social diseñado por Rousseau, a través del cual la legitimidad del poder en el ámbito público y privado descansa en el varón. Nuestro legislativo se resiste a eliminar el concepto de Patria Potestad, en el que confluye toda la simbología del patriarcado clásico y moderno, para sustituirlo por otro, libre de este ideario, acorde con el principio de igualdad y con los derechos de las personas menores de edad. En este sentido, Roca (2014:32) expresa: “la familia es un organismo paralelo al Estado, porque se trata de una autentica organización de poder, que se manifiesta en los ejemplos de patria potestad y la tutela, ya que existe una relación de subordinación de individuos”. En este estado de cosas, la familia se ha sustentado en el poder patriarcal en sus dos dimensiones: poder conyugal y poder paterno.

Se ha podido constatar cómo, a pesar de existir suficiente amparo jurídico para atribuir a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad en situaciones de violencia de género, existe una inercia a otorgar el ejercicio conjunto a la madre y el padre. Si tenemos en mente la costumbre heredada, podemos entender las dificultades para suspender del ejercicio de la patria potestad a quien históricamente la ha ostentado.

El fundamento último de las decisiones jurídicas se basa en criterios valorativos, políticos, económicos y sociales, descansando en fundamentos políticos (Gil, 2000:293). Si conectamos nuevamente con la ideología patriarcal reinante en todas las estructuras de nuestra sociedad, y con la transcendencia que para la misma tiene la presencia del padre en la configuración de la familia, no es de extrañar que no se adopten decisiones tendentes a privar de autoridad al progenitor paterno, aunque esto suponga ir contra el interés del menor. Tal como

afirma Lerner (1990:66): “El sistema de pensamiento patriarcal está tan imbuido en nuestros procesos mentales que no podremos sacárnoslo de encima hasta que no seamos antes conscientes de ello, lo cual supone un esfuerzo especial”.

Es necesario reflexionar sobre la forma de superar estas resistencias: la realidad nos muestra las dificultades con las que se encuentran las mujeres que denuncian situaciones de violencia de género para tomar decisiones en asuntos de interés para los hijos e hijas, en temas administrativos, escolares, médicos, de cambio de ciudad, por situaciones de riesgo, y ello, por el necesario consentimiento de los padres agresores. A menudo se encuentran con su oposición, pasividad o falta de colaboración, perjudicando gravemente el interés del menor. 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.

El Pacto de Estado en materia de violencia de género, establecía en la medida 147, del Informe de la Subcomisión del Congreso: “desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad, en consecuencia, modificar el art. 156 del Código Civil para que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando exista sentencia firme o hubiera causa penal por malos tratos o abusos sexuales”. El Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado, modificó el art. 156 del CC, añadiendo un nuevo párrafo:

“dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención

y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos”

Si bien esta modificación es fundamental, el Pacto de Estado hubiera sido el contexto oportuno para que el legislativo diese un paso más decisivo, modificando el art. 156 del CC, 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 art. 65 de la LO 1/2004. Esta modificación estaría acorde con la definición de interés del menor definida en el art. 2 de LO 8/2015, 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/as.

En el siguiente capítulo se realizará un análisis de la naturaleza y fundamento jurídico del “derecho de visitas”, y como su ejercicio por parte del progenitor no custodio, en apariencia neutro, se convierte en otro mecanismo legal de control hacia la mujer e hijos e hijas al alcance del padre agresor.



CAPÍTULO V

LA SUSPENSIÓN DEL “DERECHO DE VISITAS” EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

1. El régimen de comunicaciones y estancias
 - 1.1 Fundamento del régimen de visitas
 - 1.2 Naturaleza jurídica del régimen de visitas
 - 1.3 La denegación, limitación y suspensión del régimen de visitas
2. Discursos jurisprudenciales sobre el fundamento y naturaleza del “derecho de visitas” en entornos de violencia de género
 - 2.1 Posturas del Tribunal Supremo: “necesidad del mantenimiento de las relaciones familiares”
 - 2.2. Las “nocivas consecuencias de la separación”
 - 2.3 El mandato a las madres para que aseguren la presencia del padre violento en la vida de sus hijos/as
 - 2.4. El derecho del padre *versus* los derechos fundamentales de los hijos e hijas
 - 2.4. La violencia de género: circunstancia oculta o irrelevante para la suspensión del régimen de visitas
 - 2.5. La violencia de género: circunstancia oculta o irrelevante para la suspensión del régimen de visitas
3. La construcción del interés de los/las menores en escenarios de violencia de género
4. A modo de conclusión

1. EL RÉGIMEN DE COMUNICACIONES Y ESTANCIAS

1.1 Fundamento del régimen de visitas

Pateman (1995:53) hace una reflexión sobre la maternidad y paternidad: considera que esta última tiene que ser descubierta e inventada, ya que es un hecho social. De esta manera, “para que los varones como padres se apropien de sus niños es preciso elaborar los mecanismos institucionales, incluyendo el matrimonio y la separación entre la esfera pública y privada”

El art. 94 del CC, como norma central, regula, en caso de ruptura matrimonial o de pareja, el derecho del progenitor que no tenga consigo a sus hijos menores de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, así como el tiempo, modo y lugar del ejercicio del mismo. Dicho precepto se refiere a que el progenitor no custodio “gozará del derecho de visitarlos...”. Institución jurídica que regula la ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinó el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio. También viene regulado en el art. 90 del CC, como extremo que deberá de contener el convenio regulador en caso de separación y divorcio, refiriéndose, al “régimen de comunicación y estancias”. Para las separaciones contenciosas y en sede de medidas provisionales, el art. 103 del mismo texto legal, establece que el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, determinará, entre otros, la forma en el que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de vela y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El art. 160 establece: “los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad”¹⁰⁹. Precepto que hace mantener, a la mayoría de la doctrina, que el referido derecho

109. Redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

se configura como contenido esencial de la relación paterno-filial, es decir, de la relación existente entre padres e hijos/as, considerando que la patria potestad deriva de dicha relación. En consecuencia, aunque el progenitor no ejerza la misma, podrá relacionarse con sus hijos e hijas, considerando que la patria potestad deriva de dicha relación (Acuña, 2014: 20 y ss.; Lledó et al., 2011:505-571; Rivero, 1997: 378). Si bien el contenido de la regulación actual de la patria potestad intenta alejarse de la idea originaria del “poder del hombre por naturaleza”, otorgando una serie de funciones subordinadas al interés del menor, a diferencia de lo que sería un verdadero derecho subjetivo, nuestro ordenamiento jurídico mantiene esta “autoridad del hombre y padre”, a través del derecho subjetivo regulado en el art. 94 del CC, como un derecho desvinculado de la patria potestad y derivado del solo hecho de ser padre.

Se defiende por la doctrina la existencia de varios pilares del derecho de visitas. El art. 39 de la CE (Acuña, 2014:95; Rivero, 1997:378; Martínez, 2008:19) obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, estableciendo la obligación de” los padres” de prestarles asistencia de todo orden. La cuestión es: ¿qué concepto de familia se está protegiendo por los poderes públicos?, y ello porque la protección integral de la infancia está basada en la protección y fortalecimiento de esa cimentación social de la familia. Suárez (2008:160) expresa: “la familia es la unidad básica de defensa del niño, y cualquier intervención en defensa de los derechos del hijo debe traducirse en un reforzamiento de la responsabilidad compartida de ambos padres en su bienestar”. Afirmación que se realiza sin cuestionar las situaciones de desigualdad, sometimiento y violencia existentes hacia las mujeres, hijos e hijas en nuestro constructo social familiar, siendo la familia, como hemos argumentado a lo largo del artículo, el concepto normativo, a través del cual se han ocultado y se ocultan las relaciones de poder existentes entre hombres y mujeres. En este mismo sentido, Acuña (2014:43) mantiene que el régimen de visitas “es la figura que el derecho ha arbitrado para garantizar a los niños la estabilidad en el desarrollo armónico de su

personalidad, por medio de la continuidad de los vínculos con ambos padres”. Se pretende que no se produzca un alejamiento con el padre que no tiene la guarda y custodia, evitando los efectos negativos de la separación (De la Iglesia, 2009:925). En el mismo sentido, Rivero (1997:382) considera que el fundamento del derecho de visitas es la necesidad de tales relaciones para la construcción de la personalidad del menor y su esfera espiritual, entendiendo que los lazos biológicos o jurídicos permiten presumir el afecto. En situaciones de igualdad real y de corresponsabilidad paterna y materna en la crianza de los hijos e hijas, se comparte esta opinión, pero considerarlo a priori, en escenarios de violencia de género, genera consecuencias muy perversas para los/as menores y sus madres.

Rivero (1997:378) entiende que el derecho de relación también está sustentado por la obligación que el progenitor no custodio tiene de velar por los hijos menores, tal como se recoge en el artículo 110 del Código Civil: “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos y prestarles asistencia” y en el artículo 154.1 de mismo texto legal dentro de los deberes y facultades de la patria potestad. Cabría preguntarse: ¿Qué se le está permitiendo al padre agresor con esta obligación de vela? ¿Se le está legitimando para seguir controlando a mujer e hijos e hijas?

Así mismo, Rivero (1997:381) argumenta que este derecho tiene una justificación profunda, que sería la “naturaleza de las cosas”, en el sentido de considerarlo “una especie de imperativo categórico a nivel jurídico en virtud del cual (...) no se puede negar al padre seguir relacionándose con su hijo”, naturaleza de las cosas fundamentada en la relación biológica. Discurso que han mantenido diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que se encuentra la sentencia de 30 de abril de 1991, estableciendo que la ineludible comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos forma parte de la esfera del derecho natural (Zanón, 1996: 91). En este estado de cosas, recordemos cómo Cobo (1995:121-193) responsabiliza a los teóricos del contrato social de haber trasladado la familia patriarcal al estado de naturaleza, institu-

yendo como natural la desigualdad sexual, dando por sentado la subordinación de la mujer y cómo el deber natural de los padres de cuidar a sus hijos e hijas les daba legítima autoridad sobre ellos y ellas.

Es un derecho impuesto por la ley, por lo que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre la efectividad del mismo, su propia existencia viene regulada por la relación paterno-filial, sin excepción alguna, y con independencia de la patria potestad, considerando, por tanto, el legislador esta relación como beneficiosa para el hijo, y necesaria para el desarrollo integral de su personalidad. La norma no exige prueba de que exista una relación afectiva, el derecho nace por la condición jurídica de padre, aunque sí puede determinar la forma de ejercer este derecho (Acuña, 2014:64-95).

El fundamento primordial del derecho de relación es el interés superior del menor, principio que debe sustentar todas las decisiones en materia derecho de familia cuando existan hijos o hijas. La regulación del derecho de visitas definida por el art. 94 del CC establece: “El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. Rivero (2006:332) afirma que este derecho puede ser el más dependiente del interés del menor, ya que la existencia de circunstancias sustanciales que vayan en contra del mismo podrán determinar su suspensión o limitación.

Así las cosas, son diversos los cimientos de este derecho construidos por la doctrina: la relación paterno-filial, el fundamento afectivo, la naturaleza de las cosas que vincula a padres e hijos/as, el interés del menor en la continuación de dichas relaciones, así como el deber asistencial y de protección integral que, por mandato constitucional, le corresponde al padre y a la madre. Dicho esto, se trata de un derecho de orden público, que queda fuera de la autonomía privada, es decir, aunque la madre y el padre no lo hayan pactado en su separación o divorcio, el órgano judicial tendría que acordarlo, pudiendo establecer otro régimen de visitas distinto al determinado por las partes si considera que el

establecido es contrario al interés del menor.

Como se argumentaba, la Constitución Española no define el concepto de familia, tampoco el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, ni la Convención de los Derechos del Niño. A lo largo de los siglos, se ha identificado familia con matrimonio (Roca, 2014:32; La Cruz et al., 2010: 9 y ss.) y, como ya hemos argumentado, este ha sido configurado como una institución en la que el padre ha sido considerado como la pieza clave, figura de autoridad necesaria para el establecimiento del “orden familiar”, al que los demás miembros, mujer e hijos, debían obediencia y respeto. En este sentido, Roca (2014:32 y ss.) mantiene: “la familia es un organismo paralelo al Estado, porque se trata de una autentica organización de poder, que se manifiesta en los ejemplos de patria potestad y la tutela, ya que existe una relación de subordinación de individuos”.

1.2 Naturaleza jurídica del régimen de visitas

En cuanto a su naturaleza, la doctrina lo ha considerado como un derecho-deber, como un derecho subjetivo del progenitor no custodio y como un derecho del menor. El art. 39 de la CE, en su último párrafo, establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales, que velarán por sus derechos. Ya hemos visto que nuestro Código Civil, en su art. 94, regula la relación del progenitor no custodio con los hijos e hijas como un derecho de este. Será la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990, la que reconozca esta relación como un derecho del niño, cuando expresa en su artículo 9.3: “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 progenitores de modo regular, salvo si ello fuera contrario al interés del menor”. Siendo uno de los logros de la Convención el “dejar clara y patente la consideración del menor como sujeto de derechos” (Salanova,

1995:245). Así, la Convención, en su preámbulo, también considera que la familia debe recibir la protección y asistencia necesaria, al ser este el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en especial de los niños y niñas, si bien reconoce que, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también lo reconoce como un derecho del niño, cuando dice en su artículo 24.3: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”. Regulación que ha servido de fundamento para la modificación del art. 160 del Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, estableciendo el precepto esta relación, con anterioridad a la modificación, como un derecho del progenitor que no ejerciera la patria potestad, pasando a ser tratado en la actualidad como un derecho del menor. Sin embargo, el legislativo no ha modificado en el mismo sentido el artículo 94 del Código Civil. ¿Habría sido un error inofensivo o intencionado?

La mayoría de la doctrina lo considera un derecho-deber, cuya finalidad no es satisfacer los derechos, deseos o intereses de sus progenitores, sino proteger las necesidades afectivas y educacionales de los hijos/as, siendo necesario, para ello, una relación fluida, amplia y habitual tanto con el padre como con la madre (Romero, 2010:23; Zanón, 1996:95; De la Iglesia, 2009:925; Martínez, 2008:17). Martínez (1994: 145 y ss.) expone lo insuficiente de la dicción literal del art. 94, al configurarlo como un derecho, en la medida en que estamos ante una institución en beneficio de los menores y, por lo tanto, ante un derecho-deber del padre no custodio.

La cuestión es determinar cuál es el interés del progenitor no custodio en situaciones de violencia de género, ya que, este supuesto derecho-deber, se convierte, con mucha frecuencia, en otra herramienta jurídica más a disposición del padre para seguir ejerciendo el control y sometimiento hacia la mujer, a través de los hijos e hijas. Este interés

chocará frontalmente con el del menor, que será el derecho a una vida libre de violencia, así como a la protección de su integridad, desarrollo y derechos fundamentales.

¿Realmente se trata de un derecho-deber o de un derecho subjetivo? Podemos llegar a la primera conclusión si lo situamos dentro del conjunto de derechos y deberes que se derivan de la patria potestad, ¿pero lo sería si se desprende de la relación de parentesco? ¿Que subsiste en legislación actual de la forma romana que concedía un derecho absoluto al padre, de una extensión desmesurada?, ¿perdura en nuestro ordenamiento jurídico este poder en el art. 94 del Código Civil? ¿Dónde queda el derecho del niño y de la niña introducido por la Convención sobre los Derechos del Niño?

En consonancia con la literalidad del precepto, otra parte de la doctrina considera el derecho de visita como un derecho subjetivo, y una limitación al derecho individual del progenitor que no tiene la guarda y custodia (Carretero, 1994:1020). El carácter de derecho subjetivo supondría que no pueden ponerse impedimentos a su ejercicio y, si ello sucediera, la justicia debería de adoptar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Esta condición impediría también la supresión del derecho. Preocupándose estas posturas, de manera explícita, de los intereses individuales más que de los intereses de los hijos e hijas (Acuña, 2014:85).

El Tribunal Constitucional afirma en cuanto al referido art. 94: “se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”. Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, “contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación con el progenitor con el hijo, como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su

propio interés tuviera que acordarse otra cosa”.¹¹⁰

Otra parte de la doctrina estima que el derecho del menor a relacionarse con su madre y padre se encuentran dentro de los derechos de la personalidad (Acuña, 2014:87; Rivero, 1997:139), tal como recoge la Convención de los Derechos del Niño, considerándolo como un elemento de la identidad del niño o niña en su artículo 8: “1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Se llega a afirmar por diversos autores que el derecho de visitas es para el menor propiamente un derecho subjetivo, que puede hacer valer ante los poderes públicos (Rivero, 1997:138). Sin embargo, en la práctica judicial nos encontramos que esto está muy alejado de la realidad, ya que la negativa del niño o niña a no tener relación con el progenitor no es tenida en cuenta por el órgano judicial, debiendo acreditarse otras circunstancias. Se parte de la premisa de que la relación con el progenitor no custodio es esencial para el desarrollo de su personalidad, pero ¿podemos mantener este axioma en contextos de violencia de género? ¿Cómo se puede entender que es un derecho necesario para el desarrollo de su personalidad, en circunstancias en las que se impone contra su voluntad? En este sentido, Martínez (2008:17) afirma que el menor es titular de un derecho irrenunciable, considerando que se trataría de un derecho-deber, teniendo su fundamento en el art. 155 del CC, que establece el deber de los hijos de obedecer a sus padres mientras permanezca bajo su potestad y respetarles siempre. En similares términos se pronuncia Martínez (1994: 145 y ss.), cuando afirma que el derecho de visitas, pese a establecerse con base al interés del menor, no se encuentra a su disposición.

110. Sentencia del Tribunal Constitucional, n.º. 176/2008, Sala 1ª, de 22 diciembre, Rec. 4595/2005.

1.3. La denegación, limitación y suspensión del régimen de visitas

Para situar esta cuestión, se comenzará con la argumentación dada por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 176/2008, sala 1ª, de 22 de diciembre de 2008. Así, expresa: “cuando en el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada... Por otra parte, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse”.

Hasta ahora se ha visto cómo el legislativo y la doctrina ha considerado la relación con el progenitor no custodio como beneficiosa para el hijo e hija, y necesaria para el desarrollo integral de su personalidad. ¿Podemos mantener este paradigma en supuestos de violencia de género?

Como se ha desarrollado en el Capítulo II, la exposición de los y las menores a violencia de género siempre genera alteraciones en su desarrollo: físicas, emocionales, cognitivas, de conducta y sociales. Son más propensos a utilizar la violencia, a cometer actos delictivos, a padecer problemas de conducta y escolares, a sufrir lesiones mentales como la depresión, la ansiedad y los síntomas de estrés postraumático (Walker, 2012:345). La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre supone siempre una experiencia traumática, sin olvidar la convivencia de los niños y niñas en estructuras de poder, donde el padre ejerce la autoridad y el dominio, colocando en situación de sumisión y obediencia a la figura materna, así como a los hijos e hijas. Siendo conocidas las graves consecuencias de la transmisión inter-

generacional. Uno de los factores de protección que disminuyen la posibilidad de consecuencias negativas para los niños y niñas expuestos es la escasa o nula comunicación con el padre agresor, así como la existencia de un vínculo o apego seguro con la madre. Se vio cómo el hombre que maltrata entiende que atacar este vínculo constituye un elemento central para someter a la mujer, ya que la relación de las madres con sus hijos e hijas suele ser un apoyo fundamental para salir adelante. Por eso, es habitual que en el cumplimiento del régimen de visitas insulte, menosprecie y amenace a la madre a través de los hijos e hijas, recriminando constantemente la conducta de la misma. Además del daño físico y psíquico que sufren estos niños y niñas, corren el peligro de morir junto a sus madres, a manos del padre, en el intento más extremo de hacer daño a la madre, “con lo que más le duele”.

Las referidas consecuencias, como ya se expuso, son reconocidas por la LO 8/2015, de 22 de julio: “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, condicionado 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 sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas. 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”.

A pesar de ello, en la práctica judicial, tanto en los Juzgados de Familia, como en los de Violencia, observamos cómo se viene estableciendo, de manera generalizada, un régimen que se califica por los propios tribunales como “normalizado” u “ordinario”, consistente en fines de semana alternos, mitad de vacaciones escolares y, también con frecuencia, visitas intersemanales. Se trata de un régimen de visitas tipo aplicable a toda situación familiar ordinaria (Trinchant: 2016). ¿Cuándo nos

encontraríamos ante una “situación familiar ordinaria”? En este sentido, la Investigación sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas, de la Delegación de Gobierno, elaborada por Save the Children, concluye que la violencia de género no resulta determinante en la concesión o denegación de régimen ordinario con entregas y recogidas en el domicilio familiar. Se decreta dicho régimen con punto de encuentro, el doble en los Juzgados de Violencia que en los Juzgados de Familia¹¹¹.

Los Puntos de Encuentro Familiar son definidos como un “recurso social especializado para la intervención en aquellas situaciones de conflictividad familiar en las que la relación de los/las menores con algún progenitor o miembro de su familia se encuentra interrumpido o es de difícil desarrollo. Esta intervención es de carácter temporal, desarrollada por profesionales en un lugar neutral, y tiene como objetivo principal la normalización de la situación conflictiva, siguiendo en todo caso las indicaciones que establezca la autoridad judicial o administrativa competente y garantizando el interés y la seguridad de los/las menores y de los miembros de la familia en conflicto”. Entre sus objetivos se encuentran: “favorecer el cumplimiento del derecho fundamental del menor a mantener la relación con ambos progenitores y/o familiares después de la separación, estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional”, así como “prevenir las situaciones de violencia en los regímenes de visitas conflictivos”¹¹². El informe Invisibilización y Desprotección de las Víctimas de Violencia de Género en los Puntos de Encuentro Familiar, elaborado por la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas¹¹³, muestra una realidad diferente; afirma que el único objetivo del PEF es que los niños y niñas

111. Estudio que analiza la violencia de género como variable de las decisiones judiciales en materia civil sobre guarda y custodia y régimen de visitas de hijos e hijas.

112. Definición extraída del Documento Marco de Mínimos para asegurar la calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancias y Familias el día 13 de noviembre de 2008

113. Febrero de 2009

se relacionen con el padre no custodio, estableciéndose a priori que el interés superior de los/las menores es este. Para conseguir este fin, se utiliza una metodología consistente en obligar a los niños y niñas a querer a un padre violento, negligente o desconocido. Mantiene que el personal de estos centros de trabajo no tiene formación en la “dinámica oculta” de la violencia de género, ni cómo afecta a los y las menores, tratando a los niños y niñas como víctimas de un conflicto de separación entre iguales. Se traslada esta carencia a jueces y juezas, equipos psicosociales, servicios sociales comunitarios, servicios sanitarios, etc. El Pacto de Estado siendo consciente de esta realidad en toda nuestra geografía establece como medida nº 212¹¹⁴: “promover la puesta en marcha de Puntos de Encuentro Familiar exclusivos y especializados para la atención a los casos de violencia de género y en su defecto elaborar y aplicar protocolos específicos”. Esta medida requiere de una extrema urgencia en su puesta en marcha, ya que la situación actual está produciendo en los/las menores una grave vulneración de sus derechos fundamentales. Es necesaria la creación de Puntos de Encuentro Familiar exclusivos dotados de profesionales libres de los valores patriarcales, con una formación de calidad en violencia de género y en el impacto de dicha violencia en la infancia.

Como se ha dicho, el artículo 94 del CC establece que 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 incumpliera gravemente los deberes impuestos en la resolución judicial.

La suspensión del régimen de visitas supone una privación temporal de las relaciones personales del progenitor no custodio con el o la menor, pudiendo ser la antesala de una supresión definitiva del derecho, si la gravedad de las causas y su carácter irreversible exige la adopción de tal medida por ser la primera ineficaz o insuficiente. La limitación

114. Congreso

supondría una modificación del régimen de relación acordado por las partes o fijado por el órgano judicial. Nos encontraríamos, en ambos casos, con que el derecho ya se ha fijado en resolución judicial, y se producen hechos nuevos y posteriores a la sentencia de familia, que pueden producir un riesgo o peligro potencial de daño sobre los hijos e hijas, o puede venir establecida desde el principio, en la resolución que concede el derecho, condicionándolo a que se den, o desaparezcan, determinadas circunstancias para su disfrute. Pero, ¿a qué graves circunstancias y deberes incumplidos se refiere el precepto? Se trata de una norma abierta e inconcreta, dejando elasticidad en su aplicación, que crea cierta inseguridad jurídica y da lugar a interpretaciones diferentes por los Juzgados y Audiencias (Rivero, 1997:320-341). Por otro lado, cabría su denegación inicial, que podríamos ubicar en el artículo 160.2 del Código Civil, cuando dice: “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”. Rivero (1997:325) afirma que nos encontraríamos ante causas justas cuando la relación podría causar al menor un grave perjuicio, hasta tal punto que desaconsejen incluso el inicio de la misma.

En cuanto a la limitación o suspensión del régimen de visitas, existe un criterio restrictivo para la adopción de dichas medidas. La pauta que se ha de seguir es el interés del menor, valorando que tal suspensión o limitación no le proporcionará mayor perjuicio que el que se pretende evitar. Se parte, como se viene manteniendo, del beneficio del contacto lo más amplio posible del niño o niña con el progenitor no custodio, considerándolo necesario para el desarrollo armónico del menor y su estabilidad emocional. Sería necesario un respaldo probatorio de las graves circunstancias y el riesgo para la salud física o psíquica del hijo o hija. (Rivero, 1997:347; Acuña, 2014:277). Diversas sentencias del

Tribunal Supremo afirman¹¹⁵: “el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor”.

Las limitaciones más habituales en la práctica judicial son: no permitir la pernocta, reducir el número de horas y días, la presencia de una tercera persona, el desarrollo de las mismas en un punto de encuentro familiar, recogida y entrega de los y las menores a través de tercera persona, o en el referido punto de encuentro familiar. Los motivos de dichas limitaciones suelen ser: el progenitor no custodio carece de domicilio o no reúne las condiciones adecuadas, corta edad del menor, alcoholismo, drogodependencias, obligaciones laborales del progenitor no custodio, residencia en otra localidad, incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor no custodio, enfermedad psíquica, serio rechazo del menor hacia el progenitor no custodio, existencia de medida de alejamiento por un procedimiento penal por violencia de género, conducta violenta del progenitor. Para que se decrete la suspensión, frente a la limitación, sería necesario la consideración de que concurre mayor gravedad en las circunstancias o en el incumplimiento de los deberes, produciéndose con su mantenimiento elevada probabilidad de poner en peligro la salud psíquica o física de los/as hijos o hija. (Acuña, 2014:86-297; Rivero, 1997:330-335; De la Iglesia, 2013:3427-3439).

Se recuerda que el art. 66 de la LO 1/2004 establece: “el juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus ascendientes”. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (en vigor en España, a partir del uno de agosto de 2014) en su artículo

115. Entre ellas, la Sentencia nº 720/2002, Sala 1ª, de lo Civil, de 9 de julio de 2002, Rec. 482/1997.

31 obliga a las partes a tomar las medidas legislativas necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visitas o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

2. DISCURSOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL “DERECHO DE VISITAS” EN ENTORNOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Se han diseccionado los discursos mantenidos por el Tribunal Supremo y 85 sentencias de Audiencias provinciales, pretendiendo conocer la fundamentación y naturaleza dada sobre el régimen de comunicaciones y estancias en contextos de violencia de género, y la influencia de dicha fundamentación y naturaleza en la construcción del interés del menor, así como en las resistencias en la aplicación de la suspensión del régimen de comunicaciones y estancias. Cuestionando la utilización de estos discursos cualitativos a contextos de violencia de género y valorando la influencia que, en el fundamento de las resoluciones judiciales, ha tenido la nueva definición del interés superior del menor, desarrollado por la LO 8/2015, de que la vida del menor debe desarrollarse en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, como una herramienta más a disposición de los/las operadores jurídicos.

2.1 Posturas del Tribunal Supremo: “necesidad del mantenimiento de las relaciones familiares”

En las sentencias del Tribunal Supremo examinadas predomina el derecho de los padres a tener relación con sus hijos e hijas, y la conveniencia del tal contacto para los mismos, frente al derecho a una vida libre de violencia. Así, la STS nº 598/2015, Sala primera de lo Civil, de 27 de octubre de 2015, Rec. 26/64 de 2014 confirma el régimen de visitas

fijado por el Juzgado de Primera Instancia y ratificado por la Audiencia Provincial. En la orden de protección dictada por el Juzgado de Violencia se fija un régimen de visitas restrictivo de domingos alternos, de 12:00 a 20:00 horas. La resolución del procedimiento de familia establece este régimen durante seis meses más y, posteriormente, un régimen de visitas normalizado. Aunque la madre solicita el mantenimiento del régimen de visitas limitado, dado el carácter violento del padre, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo confirman la decisión adoptada, basándose en los informes del Punto de Encuentro Familiar, que evidencian el progreso de las visitas y la conveniencia del contacto de las menores con su padre y su normalización.

En sentido positivo se señala la STS nº 680/2015, Sala 1ª, de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015, Rec. 36/2015 donde se antepone el interés del menor, interpretado con base en los derechos fundamentales de los niños y niñas, frente al derecho de padre. Establece como doctrina jurisprudencial: “el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por un 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”. La sentencia revoca la dictada en primera instancia y confirmada por la Audiencia, por la que se establecía un régimen de visitas limitado, de un día a la semana, durante dos horas, a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar. El Juzgado de Violencia condicionaba su inicio a la excarcelación del padre (ingresado en el centro penitenciario por dos delitos de malos tratos habituales hacia la madre y uno de amenazas respecto a la hija mayor) y a la justificación documental, que acredite que se ha sometido a un programa terapéutico en el que se le trate su violento carácter, que le habría llevado a cometer los hechos por los que resulta condenado. El juzgado pretendía con dicho régimen fomentar de forma progresiva y no traumática la relación con su padre, sin valorar el riesgo para la niña. El Tribunal Supremo considera que dicha sentencia no respeta el interés del menor, y acuerda la suspensión, argumentado el art. 94 del CC y el art. 66 de LO 1/2004, así como el art. 2 de LO 8/2015, refi-

riéndose expresamente el Tribunal a la exigencia de la ley de que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno libre de violencia.

Sin embargo, los posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo no han seguido esta doctrina jurisprudencial, amparada por la normativa vigente. De esta manera, y en sentido contrario a la anterior resolución, la STS, nº309/2016, Sala 1ª, de 13 de mayo de 2016, Rec. 2556/2015 confirma la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, que anula la decisión del Juzgado de Primera Instancia de suspender el régimen de visitas, comunicaciones y estancias, hasta que el padre cumpla la condena por delitos de violencia de género, y salga del centro penitenciario, debiendo de instar, en este momento, procedimiento de modificación de medidas. La Audiencia Provincial establece un régimen de visitas, entre padre e hijo, una vez al mes en el centro penitenciario, pese a la condena por un delito de amenazas continuado, delante de los hijos, con rajar a la madre y desfigurarle la cara. Además, los hijos presenciaron, a la salida del juicio, cómo el padre les amenazó diciéndoles: “esta noche se va a acabar todo, mañana no va a haber papá ni mamá”. Se pone de manifiesto cómo el padre, mientras estaba en libertad, no asumió ninguna obligación, ni ejerció su derecho a estar con sus hijos. El Tribunal no argumenta la naturaleza y fundamento del derecho de visitas, sin embargo, llama la atención que esgrima el nuevo concepto de interés del menor desarrollado en el art. 2 de la LO 8/2015, para justificar el mantenimiento del régimen de visitas de los niños con el padre ingresado en prisión por delitos de violencia presenciados por los mismos. Razona la decisión con base al informe psico-social acordado por la propia Audiencia Provincial, en el que consta el deseo de los menores, de 10, 9 y 6 años de ver a su padre. ¿Se hubiera tenido en cuenta su opinión si hubiera sido en sentido contrario? La sentencia alude a algunos de los criterios establecidos en la norma, a los efectos de interpretación y aplicación del interés superior del menor: el mantenimiento de sus relaciones familiares, la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas, emocionales como afectivas. También hace referencia a criterios de ponderación: el irre-

versible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo y la necesidad de estabilidad de las soluciones que se decidan, así como, que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. De forma incoherente, señala, para la solución dada de mantener las visitas de los menores en el centro penitenciario con el padre violento, que el art. 2 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. En la decisión adoptada por la Audiencia Provincial y Tribunal Supremo, ¿prima el interés del menor o el derecho del padre? En ningún momento se conceptualiza a los menores como víctimas, ni se hace referencia al impacto de la exposición a la violencia en su desarrollo, ni a las consecuencias que para los hijos puedan tener las visitas al padre en el centro penitenciario. Prevalece la necesidad del mantenimiento de las relaciones familiares, o mejor dicho, la relación con el padre, frente al derecho a vivir en un entorno libre de violencia.

Del mismo modo, la reciente Sentencia nº 4/2017, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Rec. 52/2016 contradice la decisión adoptada por el Juzgado de Violencia y confirmada por la Audiencia Provincial de suspender el régimen de visitas de un padre (condenado por delito de violencia de género e ingresado en prisión) con su hijo de 4 años de edad, suspensión acordada por no considerar ni conveniente ni adecuado para el desarrollo del menor las visitas al padre en un centro penitenciario. El Tribunal Superior de Justicia argumenta que es un derecho tanto del progenitor no custodio como del hijo, manifestación del vínculo que les une y que contribuye al desarrollo de la personalidad y afectiva del menor, tal como expresa la STC de 22 de diciembre de 2008, entendiendo que no existen razones para suspender el mismo, puesto que las visitas del menor al Centro Penitenciario no tienen por qué ser contraproducentes, ni afectar a la imagen que pueda tener del padre. Esgrime que los Centros Penitencia-

rios Españoles reúnen condiciones de habitabilidad, especialmente en los espacios destinados a las comunicaciones íntimas y familiares, garantizando así que la visita no resulte traumática para el menor. El órgano judicial no menciona, como posible razón para suspender el régimen de visitas, las consecuencias que para el desarrollado del menor puedan suponer las visitas a un padre ingresado en prisión por delito de violencia de género. No se encuentra en la sentencia ninguna argumentación en cuanto a la situación de violencia vivida por la madre y el hijo, ni el impacto que la misma pudo tener en el mismo¹¹⁶.

Anterior a la LO 8/2015, se destaca la resolución del TS, nº 54/2011, Sala 1ª, de 11 de febrero de 2011, Rec. 500/2008. Esta sentencia se refiere, en la argumentación dada para confirmar la suspensión del régimen de visitas, a la naturaleza del derecho. Recuerda la STC, 176/2008, de 22 de diciembre, que lo considera como un derecho básico del menor, por la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. Señala cómo, a pesar de que el art. 94 del CC establece el derecho de visitas como un derecho del progenitor no custodio, el juez podrá limitarlo y suspenderlo, si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejasen, argumentando también la posibilidad prevista en el art. 66 de la LO 1/2004. Se acuerda la suspensión del régimen de visitas, por haber quedado probado el comportamiento violento del demandado, que hubo de ser desalojado durante la celebración de la vista. Sin embargo, el padre no fue condenado, por acabar el procedimiento penal por perdón de la ofendida. Decisión en la que es relevante que la madre e hijo estuvieran en una vivienda facilitada por la administración en respuesta a la situación de violencia. Es una sentencia valiente, ya que vincula el carácter violento del padre, acreditado en el acto del juicio, con la

116. El Pacto de Estado consciente de esta inadmisibile realidad propone, en la medida 207 (Congreso) “prohibir las visitas de los menores al padre ingresado en prisión condenado por violencia de género”.

necesaria protección del interés del menor, sin embargo, ¿qué hubiera ocurrido si el padre no se hubiera mostrado violento en la celebración de la vista? En esta resolución, la consideración del derecho de relación como un derecho básico del menor también supuso la protección de su interés, frente a los derechos del padre.

2.2. Las “nocivas consecuencias de la separación”.

De las sentencias de las Audiencias Provinciales analizadas se observa que, en la mayoría, se realizan argumentaciones en torno a la naturaleza y fundamentación del régimen de comunicaciones y estancias, de una manera descontextualizada, reflexionando desde posiciones teóricas neutras, e ignorando las situaciones de violencia de género que se habían producido.

La SAP de Madrid, nº257/2015, Sección 22^a, de 13 de marzo de 2015, Rec. 672/2014 mantiene: “el ius visitandi que regulan los artículos 94 y 160 del Código Civil no puede concebirse como cualquier otro derecho, sino como un complejo derecho-deber, cuya finalidad primordial es la de proteger los prioritarios intereses del hijo, en orden a un contacto regular con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana se le ha privado sin culpa suya, paliándose así las nocivas consecuencias que, por sí sola, conlleva para el menor la quiebra de la unidad familiar, habida cuenta que tales relaciones se erigen en un factor de decisiva importancia para un desarrollo armónico y equilibrado del referido descendiente”¹¹⁷. Argumentación que se hace en relación a las siguientes circunstancias: padre condenado por delitos de violencia de género, que no había visto a su hija desde el nacimiento. La Audiencia confirma un régimen de visitas progresivo, tutelado en Punto de Encuentro Familiar, durante seis meses, hasta los tres años, que se establece la normalización del mismo. No se argumenta por el órgano judi-

117. En el mismo sentido se pronuncia la SAP nº 839/2015 de Madrid, Sección 2^o, de 2 de octubre de 2015, Rec. 1462/2014

cial la situación de violencia de género, presuponiendo que la falta de contacto, en el pasado, entre el padre y la niña, no supone la ineptitud del mismo para asumir, de modo responsable, el cuidado de la misma.

Se desprende de este discurso un absoluto desconocimiento de los efectos de la violencia de género en la salud de los niños y niñas expuestos/as, circunstancias que ni se mencionan. En atmósferas de violencia de género no se puede afirmar que la ruptura de la convivencia con el padre genere “nocivas consecuencias” para los hijos e hijas; el daño lo ocasiona la violencia que el padre ejerce sobre la madre y sobre ellos mismos. El argumento dado por la sentencia no solo invisibiliza el impacto de la violencia en los niños y niñas, también presume que la ruptura de la pareja ocasiona un perjuicio para el menor, y que las relaciones con el padre son un factor decisivo para su adecuado desarrollo. Este último argumento tendría cabida ante padres que ejerzan sus funciones de cuidado de forma responsable y afectiva. Vemos cómo, si bien los discursos se alejan del modelo de familia patriarcal, en el que el padre ejerce la autoridad, mediante la exigencia de obediencia y sumisión, se están sustituyendo por la idea de la figura del padre vinculada a la importancia de este para el bienestar de la familia, otorgándole de esta manera importantes cuotas de poder sobre las mujeres y los hijos e hijas (Lizana, 2012:221).

La SAP de Madrid, nº 985/2015, Sección 22ª, de 20 de noviembre de 2015, Rec. 1021/2015 mantiene: “El denominado *ius visitandi* que, en los supuestos de quiebra de la unidad familiar, regulan los artículos 94, 103-1ª y 160 del Código Civil, ha de ser entendido, no ya únicamente en interés del progenitor que no ostenta la custodia del hijo, sino también, y fundamentalmente, en aras de la protección prioritaria de dicho sujeto infantil que, sin culpa suya, se ha visto inmerso en la crisis convivencial de sus padres, siendo privado en su vida cotidiana de la presencia conjunta y armónica de quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo, con lo que de enriquecedor para su personalidad en formación puede conllevar dicha situación de normalidad familiar; por ello, cuando dicho deseable status se rompe deben paliarse, en la

máxima medida posible, las nocivas consecuencias que, por sí sola, ha de implicar tal ruptura convivencial para el descendiente, lo que exige, entre otras medidas, procurar unos contactos lo más frecuentes y extensos posibles con el progenitor de cuya compañía diaria se ha visto privado”. La Audiencia obvia en este razonamiento que, en este caso, el padre fue condenado por dos delitos de maltrato en el ámbito familiar hacia la madre e hijo mayor, acordando medida de alejamiento hacia ambos, por lo que la convivencia nada tenía de armónica, ni de beneficiosa para el desarrollo de los menores. Razonamiento jurídico que trae como consecuencia que se establezcan visitas hacia el hijo menor limitadas y supervisadas en el Punto de Encuentro Familiar. En ambientes de violencia de género, en los que los y las menores se encuentran inmersos, no se puede partir de la idea preconcebida de que la ruptura de la convivencia familiar produce en los menores “nocivas consecuencias”, que pueden paliarse con contactos los más frecuentes y extensos posibles con el padre violento. Se debe construir un nuevo paradigma donde se invierta esta presunción.

La SAP de Madrid, nº 964/2016, Sección 24, de 23 de noviembre de 2016, Rec. 702/2016 expresa: “los hijos son las auténticas víctimas de los conflictos de sus progenitores, en las contiendas afectantes a su separación física, el interés de aquellos ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que los mismos sufran otros daños que los ya graves, por sí solos, de la falta de presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes, debiendo en su consecuencia procurarse unos contactos los más extensos y profundos posibles con aquel progenitor que no ostenta su custodia, paliando en tal forma los antedichos efectos nocivos”. La consecuencia de este razonamiento fue el establecimiento de un régimen de visitas normalizado, ocultando la situación de violencia de género, para pasar a denominarla “conflicto de los progenitores”.

Igual discurso mantiene la SAP de Granada, nº 60/2015, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2015, Rec. 499/2014: “no puede concebirse la medida excepcional de suspensión del régimen de visitas, con la trascendencia que ello tienen para el desarrollo del menor alejado de

la percepción de la figura paterna, como una sanción adicional a la correspondiente al ilícito penal contra la integridad física de la madre”, estableciéndose un régimen de visitas normalizado. Llama la atención el discurso patriarcal que expresa que no puede acordarse la suspensión del régimen de visitas por el perjuicio que causaría para el desarrollo del menor alejarse de la figura paterna. Sin embargo, no se hace visible la situación de violencia que vivieron madre e hijo, y si esto pudo repercutir negativamente en el desarrollo del niño. Nuevamente se mantiene que la figura del padre es indispensable para el desarrollo del menor. Se comparte la afirmación de Lizana (2012:221) cuando mantiene que se defiende la idea de la descendencia como una propiedad y el derecho a disponer de ella como un “derecho del padre”, sin entrar a valorar si el padre es adecuado, provoca daños a los hijos e hijas o si no se hace cargo de su crianza.

Vemos cómo las sentencias se esfuerzan por mostrar los efectos nocivos de la separación, defendiendo de esta manera el modelo tradicional de familia, responsabilizando a las mujeres, como afirma Lorente (2009:187-188) de traicionar sus deberes como madres y esposas, anteponiendo sus intereses personales sobre los familiares, originando la pérdida del ejercicio de la paternidad de muchos padres. Se exime a los progenitores de cualquier responsabilidad sobre los problemas de salud generados en sus hijos e hijas, por sus conductas violentas. En realidad, esta preocupación encubre la verdadera inquietud: la repercusión que esta nueva posición de las mujeres tiene en el estatus de superioridad y privilegio de los hombres (Lorente, 2009:188). Por ello, las sentencias analizadas consideran que la solución para paliar las “nocivas consecuencias” de la ruptura de la convivencia es procurar unos contactos lo más frecuentes y extensos posibles con el progenitor de cuya compañía diaria se han visto privados, restaurando de esta manera el control sobre las madres. Tal como afirmaba MacKinnon (1995:221), la jurisprudencia está adoptando el punto de vista del poder masculino en la relación entre la ley y sociedad, desde una aparente neutralidad; en este caso el derecho-deber del padre de relacionarse con sus hijos e hijas.

Se insiste que en situaciones de violencia de género debe invertirse esta presunción, entendiendo que el progenitor debería alejarse del entorno de los hijos e hijas durante el tiempo necesario para restablecer el daño causado, estableciendo las circunstancias apropiadas para que la relación pueda llevarse a cabo sin perjudicar a los/las menores y a la madre (Lorente, 2009, 2002; Walker, 2012:390).

2.3 El mandato a las madres para que aseguren la presencia del padre violento en la vida de sus hijos/as

La preocupación por la ausencia del padre después de la separación tiene como efecto el mandato a las madres para que colaboren y se responsabilicen en el mantenimiento de la relación de sus hijos e hijas con sus padres, a pesar de la oposición de los niños y niñas (debido a las violencias vividas), ocultándose nuevamente su existencia. Mandato, que si se contradice, puede tener graves consecuencias para todas las víctimas de la violencia de género: madre e hijos/as. No se acepta por el sistema judicial que los niños y niñas expuestos/as a violencia paterna teman a sus padres a causa de su conducta controladora, abusiva o maltratante (Walker, 2012:358). En este sentido, se destaca la SAP de Valencia, nº 639/2015, Sección 10ª, de 9 de noviembre de 2015, Rec. 672/2015. Se culpa a la madre de la negativa de los hijos a relacionarse con su padre, en un contexto en el que el padre es condenado por maltrato y por varios quebrantamientos, habiendo ingresado en prisión por estos hechos y teniendo, además, problemas de drogadicción. El Juzgado de Primera Instancia, por todos estos motivos, estableció un régimen progresivo de visitas, aunque en sentencia posterior de modificación de medidas, otorgó la guarda y custodia al padre. Los informes periciales pusieron de manifiesto que no quedaba acreditado la exposición de los menores a episodios de violencia ni a situación de drogadicción. Sin embargo, en autos existía un informe de una doctora que ponía de manifiesto la existencia en los niños de un estrés postraumático. Se produce tal modificación, según consideró la perito, porque la madre adopta “un rol de

distancia en el conflicto, ejerciendo una influencia pasiva pero negativa, opuesta al objetivo del restablecimiento de las relaciones de los hijos con su padre, existiendo un proceso de parentificación”. Se considera que la progenitora no había entendido que las medidas adoptadas tenían por objeto la recuperación de la relación paterno-filial, necesaria para la adecuada maduración psico-social de los menores, alertando la perito de las graves consecuencias emocionales que estaba teniendo para los menores la actitud de la progenitora opuesta al restablecimiento de las relaciones paterno-filiales. Resultando de lo declarado en el acto del juicio que la situación no había mejorado y que la única salida posible era el cambio de custodia, no apreciando factor de riesgo en el progenitor por su pasado de adicciones, estando, en consecuencia, capacitado para cuidar de los menores.

Se encuentra la SAP de Jaén, nº 440/2016, de 24 de junio de 2016, Rec. 241/2016, en la que el juzgador establece el deber de la madre de facilitar el contacto del padre con las hijas, por el interés de ellas de tener unas buenas y normales relaciones con el progenitor. Mandato que se produce, a pesar de quedar acreditado que el padre realiza comentarios despectivos, culpabilizadores y humillantes respecto a la madre y reconocer que va en contra del interés de las niñas tener que soportar descalificaciones sobre su madre. Una vez más se fija un régimen de visitas ordinario, sin tener en cuenta la oposición de las niñas a relacionarse con su padre por estas circunstancias.

La SAP de Cantabria, nº 366/2015, Sección 2ª, de 28 de julio de 2015, Rec. 243/2015, en la consideración de derecho del padre y correlativo derecho del menor, pero argumentado el art. 94 y 160 del CC (en su redacción anterior), establece visitas tuteladas del padre condenado por una situación de violencia de género, pese al rechazo de los hijos de 14, 15 y 8 años. El órgano judicial reconoce que el padre no ha desarrollado habilidades parentales para motivar a sus hijos a aceptar y mantener una relación normalizada con él. Sin embargo, el psicólogo del tribunal consideró que lo mejor para los niños no es cortar la relación definitiva con el padre. Se afirma que ningún peligro concreto se

ha acreditado, ni que del trato con su padre se derive para ellos ningún daño, responsabilizando a los progenitores de no actuar en interés de los hijos, haciendo partícipes a los mismos en el conflicto personal. En concreto, reprocha a la madre su actitud de “clara renuencia y obstrucción al cumplimiento de la sentencia a pretexto de respetar la voluntad de sus hijos, los que supone colocar a estos en una situación y con una responsabilidad que no les corresponde”. ¿No les corresponde esta responsabilidad con 14 y 15 años? La normativa internacional expresa este derecho como de los hijos e hijas. ¿Hasta qué punto deben el aparato judicial obligar a las madres a convencer a sus hijos e hijas a relacionarse con un padre que ejerce o ha ejercido violencia? ¿Una relación obligada con el padre violento favorecería el desarrollo personal de los/las menores?

Escasa incidencia ha tenido en las decisiones judiciales el dictamen adoptado por el Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer,¹¹⁸ tras la denuncia presentada por la madre de la hija asesinada por el padre en el régimen de comunicaciones y estancias, alegando la violación de los art. 2, 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Estableciendo los anteriores preceptos la obligación de los Estados de condenar la discriminación de la mujer en todas sus formas, siguiendo una política encami-

118. Comunicación nº 47/2012, de 30 de julio de 2014. La STS nº 1263/2018, de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4ª, de 17 de julio de 2018, Rec. 1002/2017, establece como doctrina esencial: “La inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un dictamen del Comité de la CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes. No obstante, dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir en este caso que ese dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse”.

nada a eliminarla, así como de modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres, con el objetivo de alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, garantizando los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.

El Comité pone de manifiesto que, durante el tiempo en el que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente, las autoridades judiciales, los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento del padre. Considera que todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedeció a una concepción estereotipada del derecho de visita, basado en la igualdad formal, que otorgó claras ventajas al padre, a pesar de su conducta abusiva. Hecho que dio lugar a minimizar la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad. Estima que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado, aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias, en un contexto de violencia doméstica, fallando en su obligación de ejercer la debida diligencia, incumpliendo las obligaciones establecidas en los artículos 2, 5 y 16 de la Convención. El Comité realiza la recomendación al Estado Español, entre otras, de tomar las 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 visitas relativos a los hijos, para que el ejercicio de los mismos no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de violencia.

En contraposición a las posturas jurisprudenciales anteriores, las personas menores de edad entrevistadas, víctimas de violencia de género, manifiestan haber sentido alivio y tranquilidad tras la ruptura de la relación de violencia, si bien, expresan miedo y profundo malestar por tener que volver a relacionarse con el progenitor.

Quiere que lo que él diga es lo que se hace, no aguanta... el mundo tiene que hacer lo que él diga. A ver... él trata a la gente mal, con mi madre y conmigo es... te voy a hacer daño porque sí, y es lo que yo diga y si no me haces caso ahora te vas a enterar. “No quiero irme nunca más con mi padre, y quiero que desaparezca de mi vida”. “Quiero que se acabe, si los demás piensan que mi padre es bueno, que vivan ellos con él. (11 años) (E6)

Cuando se separaron, sentimos alivio. Si fuera una persona normal, que no hubiera hecho todas esas cosas en el pasado, sí me dolería no poder verlo, pero sabiendo lo que ha hecho y cómo es... siempre nos insultaba cuando estábamos en la habitación de juegos. (9 años) (E7)

Cuando estábamos allí, teníamos la foto de nuestro perro que se murió..., cogió un martillo y la rompió. Algunas noches venía borracho a casa, y por eso le daba por hacer cualquier cosa. Una vez empujó a mi hermana, y me pegó a mí en la cara. Nunca nos ha dado cariño, nunca le ha interesado hacer algo conmigo, nunca nos ha ayudado a hacer tareas de casa o deberes, íbamos al bar, lo pasábamos allí, volvíamos y se tumbaba, era mami la que lo hacía todo en casa. Siempre se portaba mal, menos dos días que yo recuerdo. (11 años) (E8)

Nos costó el cambio, cuando nos vinimos a Granada, sentí que fue un cambio muy grande, colegio, casa, amigos, pero no había gritos en la casa. (11 años) (E8)

Me sentía a gusto, porque después de tantos y tantos años aguantando insultos hacia mi madre y hacia mí, amenazas, y también hacia mi hermana. Yo qué sé, me sentí como tranquila de que podía entrar a mi casa, sin miedo a que mi padre me empezase a insultar o yo qué sé, a cualquier cosa, que volviese a repetirse lo mismo. También estuve nerviosa, por otra parte, porque es raro estar sin él... y por la situación que estaba pasando, me daba cosa por si me lo podía encontrar por

la calle. En cierto modo sigo nerviosa, cuando salgo con mis amigos, porque no sé si me lo voy a encontrar o qué, tengo miedo a que me pueda hacer algo. (17 años) (E9)

Mi padre, cuando se peleaba con mi madre siempre nos llamaba, no es que siempre se pelease cuando no estábamos mi hermana y yo, sino al revés, cada vez que estaba mi hermana y yo se peleaba con mi madre, y si estábamos en nuestro cuarto estudiando, nos hacía bajar para escuchar la pelea, y luego subirnos otra vez a seguir estudiando, y luego al día siguiente a hacer el examen tan magníficamente bien. Mi padre se metía con mi madre, al ver que mi madre pasaba de él, empezaba a meterse conmigo, para que mi madre saltase a defenderme. Yo opté por hacer oídos sordos, como hacía mi madre, y eso entonces le jodía más, y entonces acabó metiéndose con las dos. Luego, como ninguna de las dos, ya empezó con mi hermana. (E9)

2.4. El derecho del padre *versus* los derechos fundamentales de los hijos e hijas

Se ha observado cómo el concepto de familia, después de la separación, ha evolucionado en el sentido de entender que los niños y niñas necesitan la relación con su padre. El sistema patriarcal instaurado en los cimientos de todas las estructuras sociales permite a los padres ejercer sus derechos por el simple hecho de su paternidad, sin tener que demostrar su responsabilidad en la crianza y cuidado de sus hijos e hijas. Se les perdona y justifica las negligencias en dicha crianza e incluso las violencias, exigiendo a las madres que continúen llevando la carga práctica y psicológica del cuidado de la familia, hasta el punto de responsabilizarlas de la negativa de los/las hijos e hijas a relacionarse con un padre violento. Pateman (1995:250), citando a Ghistine Delphy, pone de manifiesto que el divorcio es hoy en día la transformación del matrimonio, porque mediante ambos se obtienen resultados similares: “la atribución colectiva de las mujeres del cuidado de los niños y niñas, y la

dispensa colectiva de los varones de esta responsabilidad”.

Como se ha dicho, el legislador se ha resistido a modificar el art. 94 del CC, en el que se sigue regulando el derecho del progenitor que no tenga consigo a sus hijos “gozará del derecho de tenerlos en su compañía”, a pesar de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990, en la que se reconoce esta relación como un derecho del niño. De esta manera, se hallan sentencias que defienden y argumentan este derecho prevaleciendo sobre el derecho de los/las niños y niñas a una vida libre de violencia. Se encuentran resoluciones que amparan la literalidad del artículo, con consecuencias muy graves para los hijos e hijas y sus madres. De esta manera, la SAP de Málaga, nº 344/2015, Sección 6ª, de 15 de junio de 2015, Rec. 426/2014 se refiere al derecho de los progenitores que no tengan consigo a sus hijos a visitarlos, que sólo se podrá limitar o suspender cuando se den graves circunstancias que así lo aconsejen, tal como establece el art. 94 del CC. Menciona también el art. 160 del mismo texto legal, en su regulación anterior, que establecía el derecho del padre a relacionarse con sus hijos aunque no ejerciera la patria potestad. Objeta que el derecho de visitas debe estar subordinado al interés del menor, argumentando para ello la Convención de los Derechos del Niño, y la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor. Considera que con base en este interés no puede suprimirse la relación con el padre, ya que conduciría a resultados irreversibles. Este razonamiento llevó a la Audiencia a revocar la decisión del Juzgado de Violencia de suspender el régimen de visitas hasta que el menor cumpliera 10 años, teniendo en ese momento siete años. Decisión que tomó el órgano judicial, a pesar de las circunstancias concurrentes: padre condenado por un delito de amenazas y un delito de quebrantamiento, además de estar imputado por otro de amenazas; ingresado en prisión durante ocho meses; asignación de escolta a la mujer por valoración de alto riesgo (llegando el padre a amenazar a los tres escoltas y a varios profesionales); prohibición de la entrada al centro escolar por motivos de seguridad; imputación de un delito de abusos sexuales, con posterior

archivo; existencia de un informe del menor emitido por el Servicio de Prevención, Infancia y Familia del Ayuntamiento de San Sebastián, en cuyas conclusiones se recomendaba la interrupción de las visitas paterno filiales. Además de la existencia de informes del Punto de Encuentro Familiar en los que se afirma que el hijo se niega a ver y estar en compañía de su padre, llegando incluso a autolesionarse, suspendiendo las visitas ante el estado emocional del menor y por el comportamiento inadecuado del padre: incumplimiento y conducta agresiva.

La Audiencia, en su argumentación para revocar la suspensión del régimen de visitas, considera que en ninguna de las denuncias se revela agresividad del padre hacia el hijo, omitiendo el carácter violento acreditado en los diferentes procedimientos, refiriéndose a “desavenencias e incumplimientos por ambos progenitores”, entendiéndose que: “no puede sólo atenderse a la aptitud del padre.., porque también han quedado acreditados los incumplimientos de la madre en una fase inicial de la ruptura. No puede invocarse el prevalente interés del menor para suprimir todo contacto con su padre en los primeros años de vida, porque ello puede conducir a resultados irreversibles. Afirmando: “El padre en los años que dura ya la contienda judicial ha demostrado interés en ver a su hijo, aunque sin duda al mismo no le ha beneficiado la conducta intransigente demostrada precisamente en el Punto de Encuentro Familiar”. El órgano judicial vuelve a fijar visitas progresivas y tuteladas en el punto de encuentro, obligando al padre y a la madre a someterse a terapia familiar, y requiriendo al padre para que cumpla y comparezca en el punto de encuentro y a la madre para que lleve al hijo y procure fomentar su relación.

En la misma línea se encuentra la SAP de Jaén, nº 433/2016, Sección 1ª, de 23 de junio de 2016, Rec. 157/2016, alegando: “el art. 94 del Código Civil se refiere a los progenitores que no tengan consigo a los menores para establecer el derecho que les asiste a visitarlos, el que judicialmente solo se podrá limitar o suspender cuando se dan graves circunstancias que así lo aconsejen, actuando este supuesto como excepción a la regla general de carácter imperativo, el precepto emplea el

término «gozará», en cuanto a las relaciones personales entre padres e hijos y como toda excepción ha de ser cumplidamente probada”. Entiende la sentencia que el simple hecho de la concurrencia de un proceso penal por violencia de género no debe ser el único dato a tomar en consideración a los efectos de resolver sobre la limitación o suspensión del régimen de visitas del progenitor no custodio. Sería necesario la acreditación de otros hechos que pudieran poner en peligro el libre desarrollo de la menor o su salud física o mental, fijando un régimen de visitas de un fin de semana al mes mientras madre e hijo se encontraran en casa de acogida y posteriormente normalizado. En consecuencia, la Audiencia considera que la vivencia de violencia de género por parte de los o las menores no pone en peligro el desarrollo del menor o su salud.

Igual argumento utiliza la SAP de Jaén, nº 517/2016, Sección 1ª, de 15 de julio de 2016, Rec. 675/2016, cuando se discute la suspensión del régimen de visitas del hijo menor, a pesar de quedar acreditado el carácter violento del padre a través del informe del equipo psicosocial, manifestando: “funcionamiento familiar disfuncional, no asimétrico, ni equilibrado sobre los miembros de la unidad familiar, detectándose vulnerabilidad en el mantenimiento de las relaciones paterno-filiares y en el adecuado manejo conductual y emocional de los menores, ocasionando en algunos de los miembros un elevado desajuste psicológico y un elevado nivel de inadaptación personal y sociofamiliar”, teniendo reacciones tan graves y extremas por discusiones con sus hijas mayores (hermanas del menor), como echarlas de casa, amenazarlas con raparles la cabeza, meter la cabeza en el váter, obligar a sus hija a arrodillarse y darle puñetazos en la coronilla hasta orinarse encima, tirar la ropa por la venta, etc. La consecuencia fue el establecimiento de un régimen de visitas tutelado en el punto de encuentro familiar¹¹⁹.

Es necesario reflexionar sobre el modelo de paternidad de los padres que ejercen violencia, ¿es posible que proporcionen a sus hijos e hijas

119. En el mismo sentido, la SAP de Jaén, nº 548/016, Sección 1ª, de 29 de julio de 2016, Rec. 673/2016. SAP de Guadalajara, nº 80/2016, de 11 de mayo de 2016, Rec. 142/2016.

un adecuado cuidado, educación y protección? El padre que ejerce violencia hacia la madre expone a sus hijos e hijas a hechos traumáticos con graves consecuencias, proporcionándoles un rol a seguir. Es necesario desmontar la idea generalizada de que, a pesar de la existencia de maltrato hacia la madre, estos hombres pueden ser “buenos padres”. La realidad es que las funciones de cuidado, protección, educación y satisfacción de las necesidades son muy escasas y muchas veces inexistentes (Luzan, 2012:223). De la misma manera, se observan escasos argumentos cuestionando las competencias parentales de los hombres que ejercen violencia, refiriéndose, al hablar de sus comportamientos, a “conductas intransigentes” o “conductas no loables”, en el empeño de ocultar sus conductas violentas¹²⁰. Refiriéndose otras al interés o la plena capacidad del padre para el cuidado de sus hijos e hijas, así como a la estabilidad psicológica, personal y social de un padre condenado por dos delitos de maltrato familiar hacia la madre e hijo.¹²¹

Así percibieron las personas menores de edad la vulneración de sus derechos fundamentales, frente a los de sus padres:

En el punto de encuentro estuve yendo tres meses, y eran todas las semanas, todas las semanas ocurría, era exactamente lo mismo, yo se lo contaba, ellos me decían que no, que iba a entrar mi padre, yo me ponía a llorar y siempre era lo mismo...cada vez que iba, hacían siempre lo mismo, intentaban que mi padre entrara..., <<que él va a entrar porque es tu padre>>. Como siempre le decía que no quería que entrara, me decían que se lo iban a decir al juez y que al final a mi madre le iban a hacer algo, por no dejarle pasar a él. Yo lloraba, y ya está, porque qué iba a hacer, estaban allí ellas y podían hacer lo que

120. SAP de Barcelona, nº 34/2015, Sección 12ª, de 21 de enero de 2015, Rec. 737/2013, SAP de Málaga, nº 344/2015, Sección 6ª, de 15 de junio, Rec. 426/2014.

121. SAP de Valencia, nº 334/2016, Sección 10ª, de 2 de mayo de 2016, Rec. 1181/2015, SAP de La Coruña, nº 464/2015, Sección 5ª, de 15 diciembre de 2015, Rec. 109/2015. SAP de Madrid, nº 985/2015, Sección 22ª, de 20 de noviembre de 2015, Rec. 1021/2015

quisiera. Era como si yo tuviera la culpa de todo, como si mi madre tuviera la culpa de todo, como que claro, si es mi padre me tengo que ir con él obligatoriamente, si tampoco me ha hecho nada, como no me pega, si no te pega, pues no te hace nada. (E6)

Tengo miedo a volver a verlo. Me enfada bastante la posibilidad de tener que verle, me sentiría triste, ella es la que lo hacía todo, la que siempre estaba ahí, era la única que nos cuidaba. (E8)

Yo no lo quiero ver porque tengo miedo, porque si mi padre, seis años o más, ha estado amenazándome e insultándome y de tó, no creo que en ocho meses haya cambiado, y yo no lo quiero ver, y voy a hacer todo lo posible porque mi hermana tampoco, porque también me da miedo por ella, porque mi padre es muy rencoroso y más con todo esto, entonces, solo para fastidiarnos. Me da miedo que le haga daño a mi hermana, de que le haga daño o yo que sé que le diga lo que sea. Porque sé muy bien que mi padre me ha estado insultando, que mi padre nos ha estado amenazando, que mi padre ha hecho una pila de cosas... Tanto como él decía, tu madre es la mala, tu madre ha hecho no sé qué, tu madre ha hecho no sé cuánto, que yo sepa mi madre no me ha insultado, no me ha amenazado ni me ha intentado matar. Entonces, no es que haya podido influir en mí. Mucha gente cree que mi madre nos puede influenciar a mi hermana y a mí. (E9)

2.5. La violencia de género: circunstancia oculta o irrelevante para la suspensión del régimen de visitas.

En las sentencias examinadas el establecimiento de la suspensión del régimen de visitas por delitos de violencia de género como única causa es algo excepcional¹²². De manera generalizada, no se considera o men-

122. Hecho que también se muestra en el Informe estadístico anual sobre violencia sobre la mujer del Consejo General del Poder Judicial del año 2017: Se acordó la suspensión en un 2,09% del total de procedimientos por violencia de género.

ciona el problema, se desvía, se expresa como un “conflicto entre los progenitores”, o se entiende que la exposición a la violencia no supone un peligro inminente y real para la integridad de los y las menores. La consecuencia más habitual es el establecimiento de regímenes de visitas “ordinarios”, acordándose limitaciones cuando se dan otras circunstancias, como la ausencia del contacto con el progenitor o problemas de drogadicción. En armonía con esta ocultación o desviación del problema, en los fundamentos de derecho de las resoluciones estudiadas no se argumenta el art. 66 de la LO 1/2004. Por otra parte, en diversas sentencias se hallan argumentos desvinculando la violencia de género sufrida por la madre, con la relación del padre agresor con los hijos e hijas. La SAP de Albacete, nº 275/2015, Sección 1ª, de 27 de octubre de 2015, Rec. 133/2015, argumenta: (para no acordar la suspensión del régimen de visitas de un padre ingresado en prisión por diversos delitos por violencia de género), “...siendo indiscutible que, cometió un delito contra la madre y que el niño estaba presente, conducta de todo punto reprobable, no lo es menos que no ha cometido ningún delito contra el niño”. Del mismo modo, la SAP de Asturias, nº 22/2015, Sección 6ª, de 28 de septiembre de 2015, Rec. 280/2015, expresa: “en este sentido si bien en el citado informe por las características de la personalidad y factores de riesgo que presenta el padre, estimaron las profesionales que lo han elaborado, que había de establecerse una inicial supresión de las pernoctas de la menor con el mismo, no apreciaron en absoluto que tales factores de riesgo, centrados en los episodios aislados de violencia de género existente exclusivamente frente a la madre por parte del progenitor, todos ellos anteriores a su intervención, sin incidencia alguna en la hija menor.”. Otras sentencias se pronuncian de forma expresa, confirmando que un procedimiento por violencia de género no es causa suficiente para suspender el régimen de visitas, resultando necesario la acreditación de otros hechos que pudieran poner en peligro el libre desarrollo de los/las menores o su salud física o mental (violencia del padre,

dependencia a las drogas, alcoholismo, enfermedad mental, etc.).¹²³

Como se ha afirmado, la violencia de género es irrelevante para la suspensión del régimen de visitas, si no se dan otras circunstancias; así, se han hallado escasas sentencias en las que el motivo de suspensión sea este. Se ha observado que se acuerda principalmente cuando el padre se encuentra ingresado en prisión por delitos de violencia de género¹²⁴, por existir pena o medida de alejamiento del padre hacia la madre y el o la menor¹²⁵, o por motivos de drogadicción del progenitor no custodio¹²⁶. Se destaca la SAP de Cáceres, n° 181/2015, Sección 1ª, de 15 de junio de 2015, Rec. 256/2015, que considera, independientemente de la suspensión del régimen de visitas por privación de libertad por delitos de violencia de género, que, mientras exista medida de alejamiento, no deben existir visitas hacia el menor.

En relación a las resoluciones judiciales en las que se acuerda la suspensión por delitos de violencia de género, se advierte que se dan las siguientes situaciones: consecuencias graves para la salud y desarrollo de los/las niños/as, informe de los equipos correspondientes recomendando la suspensión, extensión de la violencia hacia los/las niños/as en la mayoría de las mismas, así como el rechazo a la relación con el progenitor. En este sentido, se señala la SAP de Valencia, n° 334/2016, Sección 10ª, de 2 de mayo de 2016, Rec. 596/2016; no realiza una argumentación sobre la fundamentación y naturaleza del régimen de

123. SSAP de Jaén, n° 433/2016, Sección 1ª, de 23 de junio de 2016, Rec. 157/2016, n° 157/2016, Sección 1ª, de 15 de julio de 2016, Rec. 675/2016. SAP de Barcelona, n° 216/2015, Sección 12ª, de 10 de abril de 2015, Rec. 1238/2014. SAP de Granada, n° 60/2015, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2015, Rec. 499/2014.

124. SAP de Madrid, n° 1038/2015, Sección 22, de 7 de diciembre de 2015, Rec. 1038/2015. SAP de Almería, n° 81/2015, Sección 1ª, de 19 febrero de 2015, Rec. 854/2014, SAP de Barcelona, n° 675/2015, Sección 12ª, de 21 de octubre de 2015, Rec. 179/2015. SAP de Santa Cruz de Tenerife, n° 15/2016, Sección 1ª, de 14 de enero de 2016, Rec. 558/2015, SAP de Barcelona, n° 192/2016, Sección 12ª, de 16 marzo de 2016, Rec. 1342/2015.

125. SAP de Madrid, n° 705/2015, de 10 de julio 2015, Rec. 642/2014. SAP de La Coruña, n° 7/2017, Sección 4ª, de 12 de enero de 2017, Rec. 592/2016. SAP de la Islas Baleares, n° 327/2016, Sección 4ª, de 24 de octubre de 2016, Rec. 97/2016.

126. SAP de Barcelona, n° 116/2015, Sección 12ª, de 27 de febrero de 2015, Rec. 993/2014. SAP de Alicante, n° 321/2015, de 18 de septiembre de 2015, Rec. 266/2015.

visitas, se refiere a que concurren circunstancias graves que aconsejan la suspensión de las mismas, según se prevé en el artículo 94 del Código Civil. Se argumenta la existencia de un procedimiento penal por violencia de género y malos tratos hacia los menores, así como un rechazo persistente al padre, con fuerte somatización ansiosa, al ser el progenitor una figura extraña en sus vidas, con ausencia de vínculo, para los hijos menores, y el hijo mayor con un vínculo negativo, reconociendo la sentencia que, probablemente, estaría basado en experiencias negativas con el padre. En este caso, existía recomendación médica expresa de suspender las visitas, constancia de la afectación a nivel escolar, y recomendación de tal suspensión también en el informe emitido por el perito psicológico, que informó de que la imposición de las visitas está perjudicando la relación del hijo mayor con la madre, al sentirse desprotegido por la misma. Se condicionó el mantenimiento de la suspensión a la realización de una evaluación psicológica del progenitor para determinar si posee competencias parentales adecuadas y no representa un peligro para sus hijos, y la realización de una intervención psicóloga con los menores para lograr un acercamiento hacia el progenitor y una recuperación de las relaciones del mismo. Intervención psicológica que tendría que haber estado destinada a la recuperación de los menores y no a forzar las relaciones con un padre violento.

En la misma línea, traemos la SAP de Murcia, nº 235/2016, Sección 4ª, de 14 de abril de 2016, Recurso 4/2006. No se encuentra argumentación alguna en cuanto a la naturaleza y fundamento del derecho de visitas, pero confirma la suspensión del régimen de visitas. El informe del Instituto de Medicina Legal concluye: “las menores han sufrido situaciones de malos tratos, violencia psicológica directa e indirecta por el clima violento, y sobre todo las dos mayores presentan un trastorno por ansiedad y depresión que precisa tratamiento. Todas las menores presentan intenso temor al padre y rechazo a retomar la relación con él, existiendo además un riesgo alto de nuevas agresiones graves; que lo correcto es separar a las niñas de su padre”. Las tres niñas en la exploración judicial

mantuvieron la firme decisión de no relacionarse con su padre.¹²⁷

Tampoco es relevante para la limitación del régimen de visitas, acordándose cuando se producen otras circunstancias añadidas: problemas de alcoholismo o drogadicción, ausencia de relación del padre con el o la menor, corta edad del niño o la niña. Se señala la SAP de Málaga nº 400, Sección 6ª, de 30 de junio de 2015. Rec. 381/2014, por considerar la instrumentalización al menor como contraria su interés superior, con la consecuencia de limitar el régimen de visitas. Entiende el régimen de visitas como un derecho del menor y del progenitor subordinado al interés del menor. Toma esta decisión con base al informe elaborado por el Equipo Técnico de la Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género, adscrito al Instituto de Medicina Legal de Málaga. Este informe, concluye que el niño, de ocho años de edad, “se encuentra en situación de riesgo en el entorno paterno, recomendando continuar con la suspensión del régimen de visitas acordado en sede de medidas provisionales, al no garantizar el entorno paterno el bienestar psicológico del menor, y ello con base a que se evidencian síntomas de manipulación externa por parte del entorno paterno que ponen en riesgo el ajuste del menor, evidenciándose indicadores de simulación en el relato de vivencias traumáticas, manifestando que de este modo obtenía puntos para poder irse con su padre “mi madre tiene 50 puntos por ser mujer, y yo tengo que conseguir puntos para mi padre”,.... diciendo que su madre es mala..., que “su madre no es una mujer maltratada aunque ha denunciado a su padre para quedarse con la casa”...”la ley favorece a las mujeres, lo que es injusto para los hombres”. El equipo mantiene que el ambiente paterno coloca al menor en un conflicto de lealtades, muy perjudicial para su estabilidad emocional, y que el menor había

127. En el mismo sentido y circunstancias, se pronuncia la SAP de Murcia, nº 10/2016, Sección 4ª, de 8 de enero de 2016, Rec. 885/2015. SAP de Valencia, nº67/2017, Sección 10ª, de 23 de enero de 2017, Rec. 596/2016. SAP de Barcelona, nº 34/2015, Sección 12ª, de 21 de enero de 2015, Rec. 737/2003. SAP de Tarragona, nº, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015, Rec. 114/2014.

mejorado notablemente desde que no estaba en compañía del padre. A pesar de ello, el Juzgado de Violencia, confirmado por la Audiencia, fija visitas, supervisadas en el punto de encuentro, para evitar interferencias negativas que perjudican al menor. Considera que la relación de ambos había sido buena y que el niño quería estar en compañía del padre. Entendiendo ambos órganos judiciales que la referencia paterna es fundamental para el desarrollo de la personalidad.

3. LA CONSTRUCCIÓN DEL INTERÉS DE LOS/LAS MENORES EN ESCENARIOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La construcción e interpretación del interés del niño y de la niña refleja las construcciones normativas de la época. Los derechos de los y las menores han ido cobrando cada vez mayor importancia, otorgándole las legislaciones nacionales e internacionales una mayor consideración y protección. A lo largo de estas páginas se ha visto cómo el interés del menor entra en conflicto con distintos intereses: el derecho del padre a relacionarse con sus hijos e hijas, el derecho de los y las menores a relacionarse con su progenitor, el derecho a una vida libre de violencia, a la dignidad personal, a la protección de su bienestar psíquico o físico cuando se encuentre en peligro (San Segundo, 2015:318).

Como ya se ha mencionado, el art. 39 de la CE establece la obligación de los poderes públicos de prestar asistencia y de asegurar la protección integral de los hijos e hijas, reconociendo que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velarán por sus derechos. Se convierte así el interés del menor en un principio constitucional, vinculando a los poderes públicos en el sentido señalado en el artículo 53.3 de la Constitución Española: “su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Además de un principio

constitucional, es un principio general del derecho privado, que se recoge en diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, como la patria potestad y el derecho de relación.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, señala, en su artículo 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos deben de tener una consideración primordial al interés superior del menor”.

Como ya se hizo referencia en el capítulo II el interés del menor es considerado un criterio jurídico indeterminado, su apreciación y valoración dependerán del juzgador o juzgadora, que no podrá despojarse de sus prejuicios y estereotipos sociales, que condicionará muchas decisiones supuestamente en interés de los y las menores, pero adoptadas, sin embargo, a la sombra de aquellos prejuicios y estereotipos (Rivero, 2000:154). San Segundo afirma (2015:318) que la falta de unos criterios definidos de carácter objetivo que establezcan cómo ha de interpretarse el interés superior de los niños y niñas, hace que cada profesional que interviene le otorgue un contenido acorde con su ideología, teniendo como consecuencia diferentes soluciones a supuestos que guardan entre sí bastante similitud, produciéndose, de esta manera, un atentado contra la seguridad jurídica. Sin embargo, la LO 8/2015, según se establece en su preámbulo, dota de contenido a este concepto, modificando el art. 2 de la LO de Protección Jurídica del Menor. El preámbulo expresa, tal como recoge la Observación nº 14, que tiene un contenido triple: como derecho sustantivo, el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; como un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda al interés del menor y como una norma de procedimiento. Manifestando que el interés

superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos, así como su desarrollo integral. A efectos de interpretación y aplicación del principio, se establecen unos criterios generales: la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, así como la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas, como emocionales y afectivas; la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor; la conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, priorizándose la permanencia en su familia de origen y el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor, etc. Se establece que en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor, deberán priorizarse las medidas, que respondiendo a este interés, respeten todos los intereses legítimos. En caso de que no puedan respetarse, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir.

La disposición transitoria única de la ley, en cuanto a normativa aplicable, establece que los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor a la misma se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio. Sin embargo, como ya se puso de manifiesto, la STS número 680/2015, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015, Rec. 36/2015 mantiene que, aunque el concepto de interés del menor desarrollado en la LO 8/2015, de 22 de julio, no sea aplicable a los hechos debatidos en la misma, sí es extrapolable como *canon hermenéutico*.

En las sentencias examinadas, de forma generalizada, se interpreta el interés del menor en relación a la conveniencia de que el niño o niña tenga relación con el padre lo más extensa y fluida, considerando dicha relación como necesaria para su desarrollo integral. En contextos de violencia de género, esta interpretación supone priorizar los intereses de los padres sobre los derechos fundamentales de los hijos e hijas. La referida STS 680/2015 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 y aplicando el derecho de la persona menor de edad a desarrollarse en un entorno libre de violencia. Sin embargo, si nos detenemos en la interpretación del interés superior del menor de sentencias posteriores del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, observamos que realizan una interpretación contraria a este derecho, a pesar de la delimitación del principio. Así, la mencionada STS 319/2016, argumentando los criterios establecidos para la aplicación del interés del menor, entre ellos, que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno libre de violencia, establece visitas de los menores con el padre al centro penitenciario en el que estaba privado de libertad por delito de maltrato habitual, al que los hijos habían estado expuestos. Se advierte que en las sentencias en las que hace alusión a los nuevos criterios establecidos para la definición del interés del menor, rara vez se menciona el derecho del menor a que su vida se desarrolle en un entorno libre de violencia, para seguir argumentado la importancia de lo beneficioso de la relación afectiva del menor con el padre. Hasta el punto que la SAP 1038/2015, ya referida, obliga a la madre a acudir a los Servicios Sociales con su hija, a fin de iniciar la actuación necesaria de cara a preparar a la menor a un ulterior encuentro con el padre cuando cese su privación de libertad por dos delitos de lesiones a la madre en la entrega y recogidas de la niña. ¿No debería de haber sido el padre quien demostrara sus competencias parentales para poder restaurar la relación con su hija? Ya se vaticinaba que el establecimiento de criterios en la aplicación del interés del menor no haría que el Juzgador o Juzgadora se despojase de sus prejuicios en cuanto a la hora de aplicación e interpretación del mismo (Reyes, 2015:205).

La Convención de los Derechos del Niño es el primer tratado de Derecho internacional que define a los niños y niñas como sujetos autónomos de derechos. Liebel (2015:45) mantiene que el concepto del interés del menor ha sido abordado desde un punto de vista jurídico y no desde la teoría social u otras ciencias, habiendo sido entendido como obligaciones de instituciones estatales, padres, madres u otras personas

adultas, pero no como derechos subjetivos de los niños y niñas. Poniendo de manifiesto que el tratar a la infancia como “seres en desarrollo”, en vez de como “seres completos”, minimiza sus intereses y su capacidad de acción. El art. 12 de la Convención señala: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Esta interpretación tiene consecuencias negativas para los derechos de las personas menores de edad, ya que su apreciación discrecional dependerá de quien tiene el poder (Liebel, 2015:46; Sillero, 2017: 13). Señala el apartado 2 del mismo precepto: “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de representante o de órgano apropiado”.

La Convención, en su art. 5, recoge el principio de la evolución de las facultades de los niños y niñas, relacionándola con la obligación de los padres y madres o tutores de enfocar el cuidado y la atención hacia los niños y niñas, de manera que pueden ejercer sus derechos. El Comité interpreta el principio de la evolución de las facultades como estímulo para reconocer las capacidades especiales de los niños y de las niñas y fomentarlas. Liebel (2015:47) evidencia la necesidad de tener en cuenta las diferencias entre niños y niñas, así como su diferente origen social, situación de vida y origen étnico, ya que estas diferencias existen en relación a sus competencias y posibilidades de acción, así como en cuanto a su posición en la que ellos/as se ven en su sociedad y comunidad. Así, la Observación General nº 7, sobre la implementación de los derechos del niño en la primera infancia, expresa: “Deben abandonarse creencias tradicionales que consideran la primera infancia principalmente un periodo de socialización de un ser humano inmaduro, en el que se le encamina hacia la condición de adulto maduro. La Convención exige que los niños, en particular los niños muy pequeños, sean respetados como personas por derecho propio”. “La evolución de las facultades

debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión y que tradicionalmente se han justificado alegando la relativa inmadurez del niño y su necesidad de socialización”. En este sentido, el establecimiento de la relación con el padre agresor en contra de la voluntad del niño o de la niña es una práctica autoritaria que limita su autonomía, alegando la inmadurez y la posibilidad de manipulación por parte de la madre, que genera consecuencias nefastas para su desarrollo.

Hay que comprender los derechos del niño y de la niña en sentido positivo, evitando que la racionalidad adultocentrista considere como irracional, inmaduro, o falta de valor, toda forma infantil de pensar y razonar (Liebel, 2015:57). La Observación General n.º. 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado se refiere a que los Estados no pueden partir de la premisa de que las personas menores de edad son incapaces de expresar sus opiniones, deben dar por supuesto que tienen capacidad de formarse sus propias opiniones y derecho a expresarlas. San Segundo (2015:327) mantiene que es necesario incluir en el concepto de ciudadanía a los/las menores y tener en cuenta sus puntos de vista, aunque los adultos piensen que hablan por los niños y las niñas. La Observación General n.º. 12 lo considera como un derecho de cada niño y niña, y como un derecho de los grupos de niños y niñas que pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, políticas y leyes o medidas, denominándose este proceso como “participación”.

Se reitera que nuestra legislación recoge en diversos preceptos el derecho de los/las menores a ser oídos: la LO 8/2015 modifica el art. 9 de la Ley de Protección del menor, en el sentido de establecer el derecho del menor no solo a ser oído, sino también a ser escuchado, en toda decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. El art. 154 del CC expresa: “si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán de ser

oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afectan”.¹²⁸ El art. 92 del mismo texto legal, para los casos de separación, divorcio o nulidad, obliga al Juez o Jueza cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los y las menores, a velar por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. En el mismo sentido, el art. 159 dispone, para el caso de que el padre y la madre estén separados, y no decidan de mutuo acuerdo, el Juez o Jueza decidirá en beneficio de los hijos e hijas, al cuidado de qué progenitor quedará, oyéndolos si tuviera suficiente juicio, y en todo caso a los mayores de doce años. La Observación general n.º. 12 recomienda el no establecimiento de una edad, ya que se requiere una evaluación individualizada de la capacidad del niño o niña. Considera que los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, ya que estudios precedentes ha demostrado que la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales, así como el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión.

La Convención de los Derechos del niño establece el derecho del niño a estar protegido de todas las formas de violencia y la responsabilidad de garantizar este derecho para todos los niños sin discriminación de ningún tipo. La Observación general n.º. 12 alienta a los Estados a que consulten con los niños en la formulación y aplicación de medidas legislativas, normativas, educacionales y de otro orden para hacer frente a toda forma de violencia.

Para estar en disposición de escuchar a los /las niños y niñas víctimas de violencia de género, en primer lugar, los/las operadores jurídicos deben considerarlos como tales, reconociendo los graves efectos que la exposición a la violencia causa en el desarrollo de las personas menores de edad. Aunque en las sentencias analizadas no es de aplicación la modificación del artículo 1 de la LO 1/2004, en el que se reconoce a los y las menores como víctimas de la violencia de género, esta ley ya estable-

128. Precepto modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, sustituyendo el termino juicio por madurez.

cía en su preámbulo: “las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro del entorno familiar, víctimas directas e indirectas de esta violencia. La ley contempla también su protección no solo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”. De las sentencias estudiadas, solo se encuentra una¹²⁹ que hace mención expresa a este reconocimiento. Se observa que el rechazo o el miedo de los y las menores a relacionarse con el padre no es causa para suspender el régimen de visitas, entendiéndose en varias sentencias que dicha oposición es debida a la influencia negativa de la madre, utilizando argumentos, ya expresados, tales como: “influencias ajenas y tensiones generadas en la familia por la crisis conyugal”¹³⁰, “actitud de clara renuencia y obstrucción al cumplimiento de la sentencia a pretexto de respetar la voluntad de sus hijos, los que supone colocar a estos en una situación y con una responsabilidad que no les corresponde”¹³¹, “que la madre adopta un rol de distancia en el conflicto, ejerciendo una influencia pasiva pero negativa opuesta al objetivo del restablecimiento de las relaciones de los hijos con su padre, existiendo un proceso de parentificación”¹³². Se encuentran resoluciones, tal como ya se ha señalado, en las que se acordó la suspensión cuando además del rechazo del o la menor, en contextos de violencia de género, se producían otras circunstancias: malos tratos del padre hacia los/las hijos e hijas, problemas de alcoholismo y drogadicción, así como trastornos de ansiedad y depresión en los niños y niñas¹³³. Es indudable que no está en

129. SAP de Álava, nº178/2015, Sección 1ª, de 27 de mayo de 2015, Rec. 74/2015

130. SAP de La Coruña, nº 464/2015, Sección 5ª, de 15 diciembre de 2015, Rec. 109/2015

131. SAP de Cantabria, nº 336/2015, Sección 2ª, de 28 julio de 2015, Rec. 243/2015.

132. SAP de Valencia, nº 693/2015, Sección 10ª, de 9 noviembre de 2015, Rec. 672/2015.

133. SAP de Málaga, nº 399/2015 Sección 6ª, de 30 junio de 2015, Rec. 258/2014. SAP de Madrid, nº 926/2015, Sección 22ª, de 3 de noviembre de 2015, Rec. 226/2015. SSAP de Murcia, nº 235/2016, Sección 4ª, de 14 de abril de 2016, Rec. 4/2016. nº 10/2016, Sección 4ª, de 8 de enero de 2016, Rec. 885/2015. SAP de Valencia, nº 67/2017, Sección 10ª, de 23 enero de 2017,

la mente de quienes obligan a los hijos e hijas a mantener contacto con un padre agresor el grave daño que esta relación no querida y temida origina para su equilibrio y desarrollo integral. Llama la atención que el deseo del menor de relacionarse con el padre, a pesar de circunstancias negativas para su desarrollo, sí es determinante para el establecimiento del régimen de visitas, así la SAP de Málaga, nº 400/2015, Sección 6ª, de 30 de junio de 2015, recurso 381/2015, establece visitas tuteladas en el punto de encuentro familiar, a pesar de la recomendación de la Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género, de la suspensión de la relación por la instrumentalización del menor. Misma situación se encuentra en la STS nº 319/2016, en la que se confirma las visitas en el Centro penitenciario con un padre condenado por maltrato habitual, argumentando el deseo de los hijos de ver a su padre.

Los/las niños y niñas víctimas de la violencia de género, como colectivo, se enfrentan a obstáculos particulares en la realización del derecho a ser escuchados: los intereses patriarcales, que ocultan, minimizan o desvían la violencia a la que han estado expuestos/as, tras la idea de la necesaria relación con el padre para su adecuado desarrollo y las actitudes y prácticas sociales culturales generalizadas que toleran la violencia hacia los niños y niñas¹³⁴. En este sentido, la Observación nº. 12 pone de manifiesto que es necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas y culturales, que inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso a su participación en todos los asuntos que les afecte.

Rec. 596/2016. SSAP de Barcelona, nº 116/2015, Sección 12ª, de 27 de febrero de 2015, Rec. 993/2014, nº 34/2015, Sección 12, de 21 de Enero de 2015, Rec. 737/2013, SAP de Tarragona, nº 147/2015, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015, Rec. 115/2014.

134. En este sentido el Pacto de Estado en la medida 54 (Senado) establece: “posibilitar el derecho de los niños y niñas a ser escuchados y a participar en los asuntos que le afecten. Dar posibilidad a los y las menores de 12 años de ser escuchados, teniendo en cuenta sus condiciones de edad y madurez, y buscando siempre el interés superior del menor”

Las personas menores de edad entrevistadas nos manifestaron no haberse sentido escuchadas, ni tenidas en cuenta, ni haber sentido partícipes en el proceso de determinación de su interés.

... hablabas con la gente y era como que seguro que era mentira, que tú lo estabas diciendo, porque te lo había dicho tu madre, a cada persona que veías tenías que decirlo una y otra vez y repetirlo y contar siempre lo mismo, y siempre tenías como que..., por ejemplo en el punto de encuentro, te decían que seguro que era mentira, te ponían excusas sobre lo que había hecho mi padre..... era como si le defendieran a él, como si vivieran conmigo y ellas supieran lo que él me hacía, lo que no me hacía y quién llevaba razón, y si él lo hacía bien o lo hacía mal..” “...pero es que todavía no se ha acabado, nunca se acaba, es hasta que no seas mayor te vas a tener que seguir yendo con él..... Los demás dicen: <<eres una niña, seguro que tu madre te ha dicho lo que tienes que decir, o estás exagerando o simplemente una tontería, que te ha regañado y ya no te quieres ir más con él>>. Cuando terminas una cosa, y después viene otra, y después otra. Temo que otra vez tenga que ir al punto de encuentro o irme otra vez con él. Llevo un año y dos meses sin ver a mi padre. Tengo miedo a que me tenga que ir otra vez. Seguro que le dicen que entren, y lo voy a tener que ver otra vez, no quiero verlo, ni siquiera delante del psicólogo. (E6)

No sentimos mal porque no le queríamos ver y encima marcamos la casilla no, y nos sentimos mal porque no nos hicieron caso” (E7)

Me sienta mal que no me hayan escuchado y no hayan tenido en cuenta mi opinión. (E8)

Sé que si yo digo que no, ahora con mi edad es que no, pero me da cosa que obligan a mi hermana y a mí, qué pasa, no hay orden de alejamiento, está en todo su derecho, que yo también estoy en mi derecho de sentirme acosada, y poder llamar a la policía o a dónde sea,

porque si yo no lo quiero ver., en cierto modo me está acosando, no sé qué pasará. (E9).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El gran problema del sistema patriarcal es el declive de la posición simbólica de autoridad de los hombres, que se produce con la transformación de las mujeres en sujetos políticos. El divorcio desfigura la organización social de género en el seno de la familia, atacando la identidad masculina y percibiéndose amenazada (Osborne, 2004:259-270). Este hecho origina una poderosa reacción: una nueva alianza entre los padres y el Estado para el mantenimiento de estas relaciones de poder. Alianza basada en un falso paradigma igualitario como progenitores, sustentado en el interés superior de menor. Tal como expresa Pitch (2003:164): “el cambio igualitario tiende a volver neutros en el lenguaje y en el derecho, si bien, no en la práctica y en la experiencia, los roles de los padres y madres”. Las peticiones de los varones se legitiman a través de este discurso y de los derechos de los niños y niñas. Se defiende un modelo en el que se da una importancia fundamental a la figura paterna, poniéndose de manifiesto los deterioros que se producen en las familias en las que existe solo la figura materna. Esta alianza de Padres-Estado es especialmente alarmante en las situaciones de violencia de género, en las que se anteponen los derechos de los padres frente a los derechos fundamentales de los/las hijos e hijas.

Se ha podido constatar cómo, tanto por la doctrina, como por los discursos de las sentencias analizadas, se considera el régimen de comunicaciones y estancias, fundamentalmente, como un derecho o derecho-deber necesario para proteger los prioritarios intereses de los hijos e hijas, paliándose así las nocivas consecuencias que conlleva la quiebra de la unidad familiar, considerándose dichas relaciones de decisiva importancia para un desarrollo armónico y equilibrado de los hijos e hi-

jas. Discursos que se realizan de una manera descontextualizada, desde posiciones teóricas aparentemente neutras, ignorando las situaciones de violencia de género que se habían producido, y desprendiéndose de estos argumentos un absoluto desconocimiento de los efectos de la violencia de género en la salud de los niños y niñas expuestos, marginando y negando sus experiencias. Los discursos de las menores víctimas de violencia de género entrevistadas, frente a la opinión jurisprudencial de que la separación les produce nocivas consecuencias, sintieron alivio y tranquilidad tras la ruptura de la relación de violencia, si bien, expresaron miedo y profundo malestar por tener que volver a relacionarse con el progenitor, creyendo que el derecho del padre estaba en contra de sus opiniones y deseos, ocasionándoles un profundo sufrimiento, que fue incrementado por las propias instituciones del Estado, no habiéndose sentido escuchadas ni tenidas en cuenta.

Se ha observado cómo la preocupación por la ausencia del padre después de la separación tiene como efecto el mandato a las madres para que colaboren y se responsabilicen en el mantenimiento de la relación de sus hijos e hijas con sus padres, a pesar de la oposición de los niños y niñas, consecuencia de las violencias vividas. Negándoles, de esta manera, su derecho a ser oídos y escuchados. Se crea así una alianza perversa entre sistema judicial y padres para seguir ejerciendo violencias hacia las madres e hijos/as.

No parece casualidad que el legislador se haya resistido a modificar el art. 94 del Código Civil, como un derecho del padre, a pesar de la normativa internacional en la que se reconoce esta relación como un derecho del niño. De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico mantiene esta “autoridad del hombre y padre” de dos formas: una, a través del derecho subjetivo regulado en este precepto, y otra, a través del poder simbólico que representa históricamente el concepto de patria potestad. Derecho que es defendido jurisprudencialmente anteponiéndose sobre el derecho de los y las menores a una vida libre de violencia. Así, se ha visto que se permite a los padres ejercer sus derechos por el simple hecho de su paternidad, sin tener que demostrar su responsabilidad en

la crianza y cuidado de sus hijos e hijas, perdonando y justificando las negligencias en dicha crianza e incluso las violencias, llegando a considerarlas como “conductas intransigentes” o “conductas no loables”.

Se evidencia, al igual que en otros estudios realizados, que la suspensión del régimen de visitas por delitos de violencia de género como única causa es algo excepcional. De manera mayoritaria, no se considera o menciona el problema, se desvía, se expresa como un “conflicto entre los progenitores”, se entiende que la exposición a la violencia no supone un peligro inminente y real para la integridad de los y las menores o se desvincula la violencia de género sufrida por la madre con la relación del padre agresor con los hijos e hijas. En sintonía con esta ocultación o desviación del problema, en los fundamentos de derecho de las resoluciones estudiadas, rara vez se argumenta el art. 66 de la LO 1/2004. La consecuencia más habitual es el establecimiento de regímenes de visitas ordinarios, acordándose limitaciones o suspensiones cuando se dan otras circunstancias. Se ha observado que, en aquellas resoluciones en las que se acuerda la suspensión por delitos de violencia de género, la violencia se hizo extensiva a los hijos e hijas, quedaron acreditadas las consecuencias graves para la salud y desarrollo de los niños y niñas y hubo recomendación por parte de los equipos correspondientes de suspender la relación con el padre. Recordemos la STC n.º 176/2008: “cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse”.

A pesar de que la LO 8/2015 dota de contenido al principio del interés superior del menor, se sigue interpretando el mismo en relación a la conveniencia de que el niño o la niña tenga relación lo más extensa y fluida con el progenitor no custodio, obviándose la doctrina jurisprudencial establecida en la STS 680/2015, a través de la cual podrá suspenderse 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, valorándose los factores

de riesgo existentes, con base al derecho de la persona menor de edad a una vida libre de violencia.

Es urgente modificar el paradigma existente en nuestro derecho y práctica judicial, basado en la presunción que considera necesario para el desarrollo del menor la relación con el padre. Es necesario que se invierta esta presunción en situaciones de violencia de género, alejándose a los niños y niñas del padre agresor durante el tiempo necesario para su recuperación, y debiendo ser este quien acredite su capacidad para ser padre. El Informe Andalucía Detecta, sobre el impacto de la exposición de la violencia de género en los y las menores, elaborado por el Instituto Andaluz de la Mujer en el año 2011, puso de manifiesto que una adecuada intervención, implica, como requisito previo, haber puesto fin a la exposición de los y las menores a la situación de violencia, proporcionando en la medida de lo posible un entorno seguro alejado del abuso y el maltrato. El mantenimiento de la comunicación del padre agresor con los hijos e hijas constituye un hándicap para el éxito de la recuperación. Así mismo, en el análisis cualitativo realizado en la primera fase metodológica se concluyó que los problemas emocionales, cognitivos, de conducta y sociales que originaron la vivencia de las violencias en los niños y niñas de forma prolongada, se mitigan cuando no hay comunicación con el padre agresor o esta es escasa, actuando la no comunicación como un importante factor de protección.

El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad separación y divorcio, aprobado por el Gobierno, el 19 de julio de 2013, y que finalmente no vio la luz, añadía en el Código Civil el artículo 92 Bis, a través del cual se prohibía expresamente la atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas, individual y compartida, así como el régimen de estancia, relación y comunicación al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos e hijas que convivan con ambos, hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual el Juez o la Jueza valoraría si procede tal concesión.

Se condicionaba la prohibición a la existencia de condena penal por los delitos mencionados, y ante la existencia de indicios de criminalidad, se dejaría a la apreciación del órgano juzgador la adopción de las medidas cautelares de protección. Este frustrado anteproyecto establecía que excepcionalmente se podría establecer un régimen de estancia, relación y comunicación, para la protección de interés superior.

El reciente Pacto de Estado contra la violencia de género establece como medida 144 el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004. Por un lado, establece el carácter imperativo de la medida, para luego referirse al carácter potestativo de los artículos 65 y 66; ambos se refieren a la facultad del Juez para suspender la patria potestad, custodia o régimen de visitas, estancia o relación al inculpado por violencia de género. La cuestión es si llegado el momento del desarrollo legislativo esta medida será imperativa o seguirá siendo potestativa. El Pacto de Estado debería haber contemplado la modificación del art. 94 del Código Civil, estableciendo el derecho de visitas o de comunicaciones y estancias como un derecho del menor, tal como establece la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, señalando como circunstancia grave para su limitación o suspensión la exposición del menor a manifestaciones de violencia de género, modificándose en paralelo el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004, para otorgarle un carácter imperativo.



CAPÍTULO VI

EN TORNO AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIONES Y ESTANCIAS EN ENTORNOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

1. La maternidad natural y social frente a la paternidad inventada
2. El deber de las madres de asegurar la presencia paterna en la vida de sus hijos e hijas
3. La necesidad de proteger el “derecho de visitas” a toda costa
 - 3.1 Los instrumentos jurídicos para proteger el “derecho de visitas”
4. A modo de conclusión

1. LA MATERNIDAD NATURAL Y SOCIAL FRENTE A LA PATERNIDAD INVENTADA

Pateman (1995:52) expresa cómo el hecho de que la relación padre e hijo sea más difícil de establecer que la relación madre e hijo ha tenido como consecuencia la creación de medios que aseguren a los hombres su propiedad. La paternidad casi nunca escapa a la incertidumbre, en contraposición a la maternidad, que es un hecho evidente por el embarazo y el parto, confluyendo el carácter natural y social. Por eso, la paternidad ha tenido que ser descubierta o inventada, siendo solamente un hecho social, que se ha transformado a lo largo de los siglos en función de la confluencia de diversos factores. Lerner (1990:71) afirma que la sociedad civilizada transformó la maternidad: en las condiciones primitivas, el poder de la madre sobre el niño era extraordinario, tenía la potestad sobre la vida y muerte del niño, por ello el patriarcado institucionalizó el poder del cabeza de familia a decidir qué recién nacido tenía que morir o vivir, imponiéndose la ley sobre la naturaleza. Así, la formación del ego en el varón pudo producirse en un contexto de miedo y temor ante la mujer, que hizo que los hombres crearan instituciones sociales que fortalecieran la confianza en sí mismos y respaldaran su valía.

Como ya se vio en el capítulo IV, el paterfamilias instituido por el derecho romano tenía el poder absoluto, era el origen y fuente de todo poder, el hombre era padre por su propia voluntad, ya que podía no reconocer al hijo nacido de su mujer o negarse a criarlo. Como la paternidad no era evidente de manera biológica, se hizo evidente por ley, a través del poder sobre la descendencia. Si se producía el divorcio, los hijos e hijas se quedaban en la casa en la que habían nacido: la del padre, otorgando a la madre el derecho de visitarlos. El cristianismo arraigó un nuevo sistema familiar y, como consecuencia, un nuevo padre patriarcal: Dios se hace padre, siendo este el único creador de los niños, estando sus derechos por encima de los del progenitor (Knibiehler, 1997:119-122). En palabras de Tubert (1997: 37) “es Dios quien

crea al Hijo, en tanto que María es sólo un medio para la manifestación de su creación; a través de ella la palabra se hace carne (...) la paternidad significa que el papel masculino se interpreta como la función generativa y creadora”.

Aunque en los siglos posteriores estos padres estuvieron encubiertos, a partir del siglo XII el derecho romano fue vuelto a descubrir y con él la figura de la patria potestas, constituyendo Dios, el rey, y el padre la comunidad que garantizó el orden en el antiguo régimen (Knibiehler, 1997: 123). Pateman (1995: 122), haciendo referencia a los teóricos del patriarcado clásico, expresa cómo para Filmer los padres y los reyes eran uno y lo mismo. Todos los reyes gobernaban en virtud de su paternidad y todos los padres eran monarcas en su familia; la voluntad del padre era la absoluta y arbitraria voluntad de la patria potestas, así para Filmer el derecho político deriva de la paternidad. Sin embargo, Pateman (1995: 123-124) afirma que el patriarcado es más que el derecho político sobre los hijos, ya que “el derecho sexual o conyugal precede al derecho de paternidad”. Tal como estableció Filmer, al dejar claro que el derecho político de Adán está establecido originariamente en su derecho como esposo sobre Eva, considerando a las mujeres “vasijas vacías para que el varón ejerza su poder sexual y procreativo”, rechazando este argumento patriarcal “cualquier reconocimiento de la capacidad creativa singular de las mujeres”, apropiándose de la misma y transformándola en la capacidad de los hombres de crear una nueva vida política, de dar a luz al derecho político. La representación que hace Filmer sobre el poder de los padres supone para Pateman (1995: 125) el fin de la larga historia del patriarcado tradicional, en el que la creación de la sociedad política fue vista como un acto masculino de dar a luz, en el que las mujeres han sido consideradas irrelevantes o peligrosas para el orden político.

Como afirma Rubio (2015: 47), la obra *El Emilio* de Rousseau fue “el laboratorio del que surgirían los modelos antropológicos de masculinidad y feminidad, así como el modelo normativo de familia que se consolidarían en los siglos posteriores”. Las mujeres fueron relegadas a

lo doméstico, otorgándoles el papel de madres y esposas por “naturaleza”, excluyéndolas del ámbito público y de la toma de decisiones. Cobo (1995: 80-221), Puleo (2004: 24) y Lerner (1990: 52) afirman que se alentó a las mujeres a que aceptaran su estatus de subordinación mediante una ideología que otorgaba una mayor importancia a su función de madre, mientras los hombres institucionalizaron su dominio en la economía, la educación y la política. Pateman (1995: 139-159) también hace referencia al modelo que transmite Rousseau en su obra: para ser un buen ciudadano, y consecuentemente un buen esposo, el hombre tiene que tener una buena y obediente esposa, que mantenga el orden de la esfera privada, en la que se fundamenta el orden civil. Si la esposa no cumple este cometido y no mantiene el dominio conyugal, la sociedad civil estaría en peligro. Entendiendo esta autora que no se puede establecer que el contrato sexual y social crea dos esferas, esto supondría que el derecho patriarcal gobierna solo el matrimonio o la esfera de lo privado, extendiéndose por el contrario a todos los aspectos de la vida civil. De esta forma, Rubio (2015: 33-44) manifiesta que el hombre se desarrolla y construye en lo privado y público; en el espacio de la autonomía y de la ciudadanía. Las mujeres, reducidas a lo doméstico, han tenido graves problemas para desarrollar su autonomía y ciudadanía; en definitiva, para desarrollarse y construirse en lo privado y público. En la actualidad perviven estas dificultades por la construcción de la subjetividad humana originaria, marcada por la desigualdad de género.

Rousseau afirmaba en el libro V de *Emilio*:

“De la buena constitución de las madres depende ante todo las de los hijos; del cuidado de las mujeres depende la primera educación de los hombres; de las mujeres depende también sus costumbres, sus pasiones, sus gustos, sus placeres, su felicidad misma. Por eso, toda la educación de las mujeres debe referirse a los hombres. Agradarles, serles útiles, hacerse amar y honrar por ellos, educarlos de jóvenes, cuidarlos de adultos, aconsejarlos, consolarlos, hacerles la vida agradable y dulce: he ahí los deberes de las mujeres en todo tiempo, y

lo que debe enseñárseles desde su infancia” (Rousseau, 2011: 576).

En la Ilustración se produce una valoración de la maternidad y de la insustituible función de la mujer, alejándose así de la maldición bíblica que pesaba sobre Eva de parir con dolor: por desobedecer el mandato de Dios, por ser la culpable del pecado original y la instigadora al mal. La salvación de la mujer del pecado original se produce siguiendo, por un lado, el modelo de pureza de María, mujer concebida sin pecado, que se dedicó a cultivar la obediencia a Dios y a su hijo, madre ante todo, alejada de cualquier voluntad y deseo propio y, por otro, siguiendo el modelo de la virgen dolorosa que nos ofrece el ideal cristiano, considerando que la condición femenina debe estar acompañada de dolor, hecho justificado por haber sido Eva la causante primera de todos los males en la tierra (Puleo, 2004: 27; Molina, 2004: 56-67).

En el siglo XIX se consagra este sistema en el que las mujeres son las guardianas del hogar, siendo su función esencial dedicarse a la mejora de la especie, y la de los hombres, al progreso de la civilización, excluyéndolas de los derechos de ciudadanía (Puleo, 2004: 28). Estos derechos son propiedad masculina, recibiendo las mujeres derechos derivados del padre o del marido, por lo que la maternidad no implica la adquisición de derechos si no es a través del padre. En palabras de MacKinnon (1995: 24), “la expropiación organizada de la sexualidad de unos para el uso de otros define un sexo, la mujer. La heterosexualidad es su estructura social, el deseo su dinámica interna, el género y la familia sus formas quietas, los roles sexuales sus cualidades generalizadas en la persona social, la reproducción una consecuencia y el control su lucha”. De esta manera, Mackinnon (1995: 49-68) mantiene que tanto para Marx como Engels las mujeres estaban definidas por la naturaleza, no por la sociedad. Marx pensaba que “el capitalismo distorsiona la familia, al llevar a la mujer a la producción social con las condiciones capitalistas”. El impacto se traducía en su repercusión en las tareas reproductivas de la mujer dentro de la familia, volviéndose la madre desnaturalizada en su relación con sus hijos e hijas, hasta tal punto que

atribuyó la elevada tasa de muertes infantiles al trabajo de las madres fuera del hogar. En la obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Engels evidenció que “la familia nuclear se caracteriza por la monogamia solo para las mujeres, con el único propósito de hacer al hombre supremo en la familia y tener, como futuros herederos de la riqueza de aquél, hijos que sean inequívocamente del hombre” (Mackinnon, 1995: 49-68).

En la segunda mitad del siglo XX, este modelo de mujer; “ama de casa”, “esposa fiel” y “buena madre” alcanza su supremacía en occidente. El Código Civil crea el matrimonio civil, como paso necesario para la constitución de una familia legítima. Fuera de este orden civil, los/las hijos e hijas se consideraban ilegítimos y las madres eran estigmatizadas (Brullet, 2004: 210-214).

En las sociedades preindustriales, el padre estaba presente en el ámbito privado y familiar. Se producía en la casa. El trabajo se desarrollaba en el campo o en las ciudades como artesanos. De esta manera, el papel del padre era fundamental, el destino de un hijo o hija dependía de quién era su padre y de lo que él decía, conservando este último la patria *potestas*. A la descendencia se le exigía respeto y obediencia, así como amor y reconocimiento, en contraprestación por haberles dado la vida y haber cubierto sus necesidades (Knibiehler, 1997: 129). El proceso de industrialización durante los siglos XIX y XX tuvo como consecuencia la ausencia del padre del ámbito privado y familiar, teniendo que dejar el trabajo productivo en el hogar para trabajar en la fábrica. Brullet (2004: 216) expresa que esta ausencia no supuso la pérdida de la autoridad familiar, debido a tres elementos: el salario que permitía la subsistencia del grupo familiar; la ley civil que lo instituía como jefe de familia; así como su posición suprema ante los hijos e hijas garantizada a través de la mediación de la madre, convirtiéndose en mediadora y transmisora de la autoridad paterna, participando de manera determinante en la formación de la imagen del padre, así como en la formación de los afectos y sentimientos de los hijos e hijas hacia este. El papel de la madre en la familia fue mayor, asumiendo la labor educativa de los hijos e hijas.

Rousseau expresa en el Libro V de *Emilio*:

“... la hembra es hembra toda su vida o al menos toda su juventud; todo la remite sin cesar a su sexo, y para cumplir bien sus funciones necesita una constitución referida a él. Necesita miramientos durante su embarazo, necesita reposo en los partos, necesita una vida blanda y sedentaria para amamantar a sus hijos; necesita para educarlos paciencia y dulzura, un celo y un cariño que nada desalienta; sirve de unión entre ellos y su padre, ella sola se los hace amar y le da confianza de llamarlos suyos. ¡Cuánta ternura y cuidados no necesita para mantener en la unión a toda su familia!”. (Rousseau, 2011: 576)

“La misma rigidez de los deberes relativos de los dos sexos ni es ni puede ser la misma. Cuando la mujer se queja de la injusta desigualdad que en este punto han puesto los hombres, se equivoca; esa desigualdad no es una institución humana, o al menos no es obra del prejuicio sino de la razón: aquel al que la naturaleza ha encargado es quien debe responder al otro de ese depósito de los niños”. (Rousseau, 2011: 569-570).

Lagarde (2005: 363-459) sitúa la conyugalidad y la maternidad como las esferas vitales que organizan y conforman los modos de vida femeninos; son los ejes socioculturales y políticos que definen la condición genérica de las mujeres. Así, expresa que la mujer existe social e individualmente por su relación con el hombre, de ahí la importancia del lazo conyugal de las mujeres; por ello lo necesario de la monogamia femenina: cada mujer deber de hacerse de su esposo, así se asegura la paternidad. La figura del padre, según la tradición heredada, es una de las instituciones básicas y representa los atributos y valores considerados como el máximo cultural, social y político. El espacio vital destinado a las mujeres es la reproducción social, su cuerpo es apreciado por su utilidad social e identificado ideológica y socialmente con la naturaleza, depositario de la procreación, predestinado para ser usufructuado, po-

seído y apropiado por el hombre. Aunque el género masculino participa en la reproducción, se ha liberado de la mayoría de las actividades propias de la reproducción, asociándose las mismas a la madre. De esta manera, “la conyugalidad es la vía patriarcal a la maternidad y el matrimonio la forma correspondiente a la conyugalidad”.

Barrón (2004: 229-258) evidencia que las maternidades están influenciadas por la “ideología conyugal complementaria”, se conciben como apéndice de un “referente tridimensional masculino”: madres relacionadas a un padre, a un marido, a un hombre; la ausencia de un padre convierte sus maternidades en disfuncionales, defectuosas o deficientes. Este modelo se considera el marco natural del ejercicio maternal, y el ideal de familia; se sustenta en un contrato de género, con una división de tareas en función de sus roles: madre responsable de lo doméstico, cuidadora de la descendencia y de los afectos, padre proveedor económico y, como mucho, auxiliar secundario en la crianza de los hijos e hijas. La ruptura conyugal no elimina este desequilibrio, las mujeres seguirán ejerciendo el mismo papel, exigiéndole la ideología conyugal complementaria que aseguren la presencia paterna en la vida de sus hijos e hijas. Bajo este modelo los padres no establecen una relación independiente con sus hijos e hijas, sino que esta relación depende de que esté garantizada por la madre (Barrón, 2004: 229-258). De esta manera, la dominación de los padres sobre las madres y los hijos e hijas se ha transformado sin desaparecer (Knibiehler, 1997: 117). De esta manera, de la madre se espera, y se le exige, que sea la transmisora del orden imperante en la sociedad, en definitiva, del orden patriarcal. Si responde a estos mandatos, se la considera intrínsecamente buena, pero qué ocurre cuando no responde a las prescripciones de género establecidas por la sociedad patriarcal.

2. EL DEBER DE LAS MADRES DE ASEGURAR LA PRESENCIA PATERNA EN LA VIDA DE SUS HIJOS E HIJAS

Como se decía, la ruptura conyugal no elimina este desequilibrio. Las mujeres seguirán ejerciendo el mismo papel, exigiéndole la ideología conyugal complementaria que aseguren la presencia paterna en la vida de sus hijos e hijas. Bajo este modelo, los padres no establecen una relación independiente con sus hijos e hijas, sino que esta relación depende de que esté garantizada por la madre. En consonancia con esta exigencia, gran parte de la doctrina les demanda el deber de respetar el derecho de relación, entendiéndolo como un deber de colaboración basado en la obligación constitucional de prestar asistencia de todo orden a los hijos e hijas. Supondría hacer todo lo posible, de forma activa como pasiva, para que el padre se relacione con sus hijos o hijas, fomentando, motivando y estimulando al hijo o hija para el mantenimiento y desarrollo de esta relación. En definitiva, se le atribuye la responsabilidad de que los/las hijos/as mantengan una buena relación con el padre (Acuña, 2015: 170; Escalona, 2016; Moreno, 2011). Rivero (1997: 202-263) pone de manifiesto que no basta con soportar y consentir las relaciones del hijo o hija con el progenitor no custodio, debe “facilitarlas material y moralmente, e incluso propiciarlas”; esto supondría: la estancia física del hijo/a con el padre, ponerse al teléfono, recordar que tiene que telefonar, así como convencer y obligar en caso de actitud renuente u oposición del menor.

En consecuencia, la madre tiene la obligación de imponer al menor el cumplimiento y la efectividad de las relaciones personales determinadas judicialmente, aun en contra de la voluntad del mismo o de su oposición, por considerar que no puede tomar decisiones de la trascendencia jurídica del incumplimiento. En este sentido, la SAP de Barcelona, auto 200/2008, Sección 18ª, de 18 de julio de 2008, Rec. 1017/2007, ante la negativa de un menor de 12 años a relacionarse con su padre, expresa: “la actitud de la madre no ha sido obstativa o impeditiva, pero sí puede

calificarse de absolutamente pasiva y esta pasividad o complacencia en apoyar una decisión del menor que es del todo inadecuada, le perjudica en su formación, y que por su edad y condiciones de madurez, no se encuentra en condiciones de adoptar, implica un claro incumplimiento del régimen de visitas, por ello, debe revocarse el auto apelado, desestimar la oposición planteada al auto por el que se despacha ejecución y mantener el requerimiento de cumplimiento acordado en el mismo”. En el mismo sentido, la SAP de Málaga, auto 101/2003, Sección 4^a de 30 de mayo de 2003, Rec. 227/2003, mantiene la decisión del Juzgado de Primera Instancia del establecimiento de multas coercitivas, basándose en el informe de la psicóloga adscrita al Juzgado, en el que se pone de manifiesto que la menor muestra un evidente estado de ansiedad al tener conocimiento que iba a ir con su padre, no aceptando la intervención judicial. Afirma que la actitud de la madre ante la situación es de riesgo para la menor, al no ayudar a disminuir la ansiedad, sino, al contrario crearle más inseguridad y angustia, dado que la menor busca siempre el refuerzo y consentimiento de su madre. Considerando, por este motivo, que se estaba produciendo una situación de maltrato por parte de la madre, proponiendo en consecuencia ayuda especializada. La madre argumentó que no se había producido un incumplimiento por su parte, ya que había quedado acreditado en la ejecutoria, que era la menor la que no quería irse con él, por la actitud de éste hacia ella, acudiendo siempre al Juzgado o al punto de encuentro puntualmente, siendo las propias encargadas del centro o las psicólogas las que habían desistido a que se marchará con el padre. La Audiencia, según el informe referido, pone de manifiesto: “al encontramos ante una hacer personalísimo impuesto a la recurrente quien no cumple con la acordado en sentencia, pues no basta con llevar a la hija al punto de encuentro, sino que es necesario una implicación previa con su hija, preparatoria con su hija para que entienda la situación y le transmita la necesidad de la figura

paterna, y por el contrario, muestra un compartimento inflexible”¹³⁵. De esta manera, la transgresión de este deber de colaboración tendría importantes consecuencias jurídicas civiles y penales. ¿Esta exigencia es legítima hacia las madres? ¿Se le puede reclamar en contextos de violencia de género? ¿Debe la madre obligar a los hijos/as a relacionarse con un padre agresor? ¿Cómo perjudicaría una relación temida y no querida a los/las niños/as?

3. LA NECESIDAD DE PROTEGER EL “DERECHO DE VISITAS” A TODA COSTA

El padre como titular del “derecho de visitas” ante su incumplimiento puede exigirlo vía judicial. Se considera que se produce incumplimiento de forma cuantitativa cuando el progenitor custodio impide el derecho de visitas, comunicación o estancia de manera total o parcial, sin que exista causa justificada, y de forma cualitativa cuando dichas visitas no son facilitadas moralmente (Rivero, 1997: 270).

La doctrina afirma la necesidad de garantizar al titular de este derecho el pacífico y legítimo goce del mismo, frente a las personas guardadoras quien, obligadas a consentir las relaciones entre progenitor no custodio e hijo/a, las dificulta o impide, frustrando las expectativas del titular del mismo (Rivero, 1997: 283). Este posicionamiento lleva a entender la consideración del régimen de visitas como un derecho subjetivo, tal como lo determina literalmente en el art. 94 del CC. Rivero

135. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Ciudad Real, nº 64/2009, Sección 1ª, de 16 de junio de 2009, Rec. 98/2009: “...”por tanto, escudarse en la voluntad del menor para no hacer la entrega, cuando debiera incluso propiciarse generosamente en aquél el deseo a que se efectúe convenientemente, lo que se está poniendo al descubierto, además del perjuicio al padre y también del hijo en cuanto a las condiciones naturales precisas para un desarrollo adecuado de su personalidad, es un evidente problema de aptitud para cumplir con el conjunto del papel que conlleva ser guardador y custodio exclusivo del hijo menor de ambos progenitores”

(1997: 285) mantiene que este derecho debe ser protegido a toda costa, entre otras cosas, porque el incumplimiento no solo afecta al titular, también al interés superior del menor, encontrándose implicados bienes jurídicos recogidos en la CE, como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y la protección integral de los hijos (art. 9.2). Así, se entiende que cuando se obstruye o limita el ejercicio del mismo puede causarse un perjuicio en la formación integral del hijo o hija, al privarle de la relación con el progenitor no custodio, referente primordial en su desarrollo (Acuña, 2014: 255). La no realización de las comunicaciones y relaciones personales entre progenitor e hijos/as “supone un fracaso del Derecho como instrumento de organización social y de justicia”. Según esta argumentación, se esgrime la necesidad de emplear todos los medios jurídicos para el efectivo cumplimiento de tales relaciones personales otorgando el ordenamiento jurídico protección civil y penal (Rivero, 1997: 285-286).

Una parte importante de la doctrina (Rivero, 1997: 283; Moreno, 2011; Romero, 2014) entienden que con bastante frecuencia los incumplimientos del régimen de visitas se producen por parte de la madre custodia, impidiendo u obstaculizando las relaciones personales: no permitiéndolas materialmente, creando graves obstáculos, adoptando comportamientos o actitudes no favorables a la relación del hijo o hija con el progenitor por venganza o rencor, alegando excusas para evitarlas, teniendo conductas alentadoras a la negativa del menor, etc. De esta manera, afirman que este derecho en muchas ocasiones se convierte en algo ilusorio e inexistente ante la negativa a que se lleve a cabo por parte del progenitor custodio. ¿Realmente esto es un problema generalizado o estamos volviendo a ocultar la realidad? Estas afirmaciones están impregnadas de las exigencias patriarcales hacia la madre obligando a que se responsabilice de la relación de padre e hijos/as, obviando que la resistencia al cumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre puede tener su origen, en muchas ocasiones, en un ejercicio abusivo de este derecho por muchos padres, con la consiguiente negativa de los hijos e hijas a mantener esta relación. De esta manera, se invisibiliza,

minimiza o niegan sus conductas, y se le exime de su responsabilidad en la construcción de una relación sana y fuerte con sus hijos e hijas. Se producen realidades como: ausencia en la vida del menor por largo tiempo, irresponsabilidad o negligencia o en los cuidados, dejación de sus funciones, dejando al menor en manos de terceros, incumplimientos reiterados del régimen de visitas, falta de habilidades en la crianza, existencia de violencia de género o de cualquier otro tipo de abuso; circunstancias que en la práctica llevan al niño o niña a rechazar la relación con el padre.

Rivero (1997: 291-303) propuso como medidas efectivas para garantizar el cumplimiento del régimen de visitas: supeditar el ejercicio del derecho a relacionarse con los hijos al pago puntual de la pensión alimenticia por parte del progenitor no custodio; una multa civil o sanción económica; así como supresión del derecho de guarda y custodia o cambio de guarda por régimen de visitas para quien no facilite las visitas, o supresión del derecho de visitas para el beneficiario de este derecho que incumple el mismo. En relación con la medida de cambio de guarda y custodia, afirmó que sería una medida del todo eficaz ante la existencia de demasiados incumplidores recalcitrantes: “si ciertos guardadores jurídicos del menor supieran que arriesgaban la pérdida de la guarda y custodia del mismo en caso de reiterado e injustificado incumplimiento, procederían de otra forma”. En este sentido, la LEC introdujo parte de estas propuestas, estableciendo la imposición de multas coercitivas en el ámbito de derecho de familia y la posibilidad de modificación del régimen de guarda y custodia o visitas. Como se verá, este precepto supuso una concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor (Lefebvre, 2017: 91).¹³⁶

136. Se encuentran sentencias dictadas en procedimientos de familia en las que antes de que se produzca el incumplimiento del régimen de visitas, se advierte de las consecuencias que esta circunstancia producirían: comisión de infracciones penales, imposición de multas coercitivas y modificación del régimen de visitas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. SSAP de las Palmas nº 468/2008, de 8 de julio de 2008, Sección 3º, Rec. 61/2008, nº 684/2014, de 7 de noviembre de 2014, Sección

3.1 Los instrumentos jurídicos para proteger el “derecho de visitas”

El deber de la persona guardadora de hacer entrega del hijo o hija menor común al otro, para el disfrute y cumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente, constituye una obligación de carácter personalísimo, su ejecución forzosa está sometida al régimen específico del art. 709 de la LEC, estableciendo reglas especiales el art. 776.2 y 3 del mismo texto legal.

El art. 776.2 establece: “en caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del art. 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto”.

El progenitor no custodio, si considera que se está produciendo un incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre, podrá presentar demanda ejecutiva, requiriéndose posteriormente a la misma, para que dentro del plazo que el Tribunal estime adecuado, se cumpla la resolución, con la posibilidad de apercibimientos personales y pecuniarios, según establece el art. 699 de la LEC. Tras este requerimiento, la madre ejecutada podrá manifestar, dentro del plazo concedido para cumplir con el requerimiento, los motivos por los que se niega a cumplir con el régimen de comunicaciones y estancias establecido en la resolución correspondiente, según prevé el art. 709 de la LEC. Transcurrido el plazo, sin que se haya realizado la prestación, el ejecutante podrá pedir que la ejecución siga adelante y que se apremie a la persona ejecutada con multas coercitivas mensuales durante todo el tiempo que sea necesario. Diversos autores recomiendan que en la demanda ejecutiva se solicite además de la imposición de una multa coercitiva (art. 709 y 776.2 de la LEC), la adopción de otras medidas más contundentes

3º, Rec. 242/2014, SAP de Madrid nº 247/2016, de 15 de marzo de 2016, Sección 22ª, Rec. 835/2015. SAP de Málaga nº 630/2017, de 21 de junio de 2017, Sección 3ª, Rec. 959/2015

como el apercibimiento de que puede incurrir en un delito de desobediencia grave a las resoluciones judiciales (Molleja, 2013: 5; Escalona, 2016).

Se entiende que el apercibimiento de la imposición de estas multas se hará en el auto que despacha ejecución, imponiendo las mismas en el auto que resuelve la oposición a la ejecución, resolución que será la que aclare si se ha producido o no el incumplimiento y si este es injustificado. Se trata de una medida discrecional, que el Tribunal puede imponer de oficio o a instancia de parte, siendo también discrecional la cuantía, que vendrá determinada por diversas circunstancias, como la capacidad económica y el grado de resistencia al cumplimiento, tratándose en todo caso de una medida amenazante o coactiva (Acuña: 2014, 337). La gran mayoría de la doctrina considera que esta medida es aplicable y muy útil para el supuesto del incumplimiento del régimen de relación por parte del progenitor custodio, cumpliendo con una finalidad coercitiva, como sanción a compeler a la persona obligada con la que contribuir a dobligar su resistencia a cumplir dicha obligación de hacer (Moreno, 2011) (Romero, 2014). Así, la jurisprudencia ha considerado que debe existir una actitud por parte de la persona que ostenta la guarda y custodia obstativa e incumplidora, y que el incumplimiento sea reiterado y duradero. La SAP de Madrid, auto 19/2009, Sección 22ª, de 23 de enero de 2009, Rec. 1187/2008 impuso multa coercitiva durante todo el tiempo necesario hasta que la madre cumpliera sus obligaciones derivadas de su condición de guardadora de los menores, presentando a los mismos en el punto de encuentro familiar.¹³⁷

Este precepto también está previsto para el incumplimiento por parte del progenitor no custodio: falta de puntualidad en la recogida y entregas, cumplimiento esporádico de las visitas, absoluta falta de cumplimiento, etc. La persona custodia podría solicitar en demanda que se

137. En la misma línea se encuentra la SAP de Valladolid, auto 59/2004, Sección 1ª, de 25 de marzo de 2004, Rec. 507/2003, SAP de Asturias, auto 12/2008, Sección 4ª, de 13 de febrero de 2008, Rec. 19/2008

requiera al progenitor para que cumpla el régimen de visitas en los términos establecidos en la sentencia, bajo apercibimiento de multas coercitivas y de modificación del régimen de visitas. Sin embargo, se hallan diversas posturas doctrinales que entienden que es imposible obligar al progenitor a llevar a cabo un régimen de visitas a la fuerza, por lo que el órgano juzgador no podrá acordar ninguna otra medida para hacerle cumplir un régimen de visitas no deseado al que tiene derecho (Trinchant, 2017; Torres, 2015: 48). De esta manera, este precepto está establecido para el progenitor custodio, ya que el art. 94 del CC contempla el régimen de visitas como un derecho del progenitor no custodio, por lo que su incumplimiento excluiría las consecuencias previstas en el mismo, esto hace que se suela centrar el tema en el progenitor custodio (Pérez, 2001). Morales (2013: 157) expresa que si se producen incumplimientos del régimen de visitas por parte del progenitor custodio se deberá presentar demanda ejecutiva solicitando las medidas necesarias para el cumplimiento: multas, apercibimientos. Sin embargo, cuando el incumplimiento procede del progenitor no custodio tendría que instarse la demanda ejecutiva a fin de ser requerido para el cumplimiento y que quede constancia la actitud incumplidora del progenitor no custodio¹³⁸.

Por otro lado, el art. 776.3 de la LEC establece: “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”. Se entiende que este precepto tiene una finalidad de prevención especial

138. En este sentido, la SAP de las Palmas nº 468/2008, Sección 3ª, de 8 de julio de 2008, Rec. 61/2008 señala en relación a la recriminación realizada por el juzgado de 1ª Instancia en la sentencia del procedimiento de familia: “no hay méritos para que “ad cautelam” se realicen admoniciones o se fijen cuantías mínimas de las multas que recaerán sobre una parte en caso de incumplimiento de las visitas, máxime cuando además sólo se advierte de tales multas a la madre, como si el padre no pudiera incumplir también el régimen” “Entendemos que en caso de incumplimientos de una u otra parte, sería el Tribunal de ejecución el que tendrá que adoptar las medidas de toda índole, incluida las coercitivas, para lograr la regularización del derecho de visitas, pero en este estado de las actuaciones no se debe introducir pronunciamiento sobre tales multas.

y general principalmente sobre quien ejerce la guarda y custodia, por considerar que tiene “más poder” sobre la situación de los/las hijos e hijas (Soletto, 2010). El art. 94 del CC, como hemos visto en el capítulo anterior, ya prevé la posibilidad de limitar o suspender el régimen de visitas para el progenitor no custodio, si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen, o se incumpliera grave o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial, por lo que la creación del artículo 776.3 de la LEC estaba pensado para disciplinar a la persona que ejerce la guarda y custodia sobre las graves consecuencias de un posible incumplimiento reiterado.

En este sentido, Rivero (1997: 271) afirma que para que se produzca un verdadero incumplimiento es necesario que se impida u obstaculice las relaciones sin causa justificada. Acuña (2014: 341) indica que el nacimiento de este precepto deja claras determinadas cuestiones en torno al derecho de visitas: se vincula el régimen de visitas y la guarda y custodia, permitiendo adoptar al órgano judicial medidas vinculadas a la lesión del derecho de visitas, se establece el criterio de que el mejor progenitor para tener la custodia de los hijos o hijas es aquel o aquella que asegure el mantenimiento de la relación con el progenitor no custodio y, por el último, se establecen las obligaciones de la persona custodia para garantizar el derecho de visitas. Se trata de un precepto que permite al órgano juzgador valorar si se dan las circunstancias requeridas para proceder a la modificación del régimen de guarda y custodia a través de una ejecución forzosa. No se estaría ante una disposición de aplicación automática, debe producirse un incumplimiento reiterado, imputable a la persona custodia y que el cambio de guarda y custodia no suponga un perjuicio para el menor. Se entiende que el interés del menor deberá ser valorado desde el beneficio del hijo o hija a comunicarse con la madre y el padre, estableciendo este precepto la presunción de considerar que la vulneración del régimen de visitas es contraria al interés del menor (López, 2014: 54-62).

La STS 823/2012, Sala 1ª de lo Civil, de 31 de enero de 2013, Rec. 2248/2011 considera que esta norma determina los derechos y deberes

de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio, para garantizar el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia recogido en el art. 39 de la CE. Afirmando que este precepto permite de forma facultativa modificar el régimen de guarda y custodia, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que deben ponderar para justificar el cambio de régimen. Expresa que la norma defiende el interés del menor por verse y comunicarse con el progenitor no custodio, evitando que la ruptura del contacto con el hijo pueda conducir a una alteración grave de dicha relación.

La SAP de Madrid nº 33/2009, Sección 22^a, de 19 de enero de 2009, Rec. 484/2009 considera que este precepto no contiene una sanción automática sino un presupuesto para instar el cambio de custodia que exige acreditar no solo el incumplimiento sino también la idoneidad del otro progenitor y que la medida sea beneficiosa para el menor; de lo contrario, podría convertirse en una forma indirecta de sancionarlo. De la misma forma, la SAP de Palencia nº 207/2017, de 18 de julio de 2017, Rec. 415/2016 revoca la decisión del Juzgado de Primera Instancia en la que se modificó la guarda y custodia a favor del padre, según el informe del Equipo psicosocial que consideró que el rechazo del niño a la relación con el padre era provocado por la actitud de la madre, quien lo había implicado en el conflicto interparental e influenciando negativamente en su representación afectiva del padre y de su entorno familiar, dando lugar a un incumplimiento del régimen de visitas. El equipo psicosocial consideró que la única solución para superar esos impedimentos era un cambio de guarda y custodia. La Audiencia revoca esta decisión por considerar que el cambio de guarda y custodia produciría perjuicios en el menor, ya que los propios técnicos del equipo consideraron que para el cambio de guarda y custodia el menor necesitaría tratamiento especializado en salud mental, por las dificultades de adaptación. Para evitar el riesgo de una ruptura definitiva con el padre, se establece “un amplio régimen de visitas y estancias con su padre y la estricta advertencia a la madre de que un mantenimiento de la situa-

ción existente hasta ahora necesariamente habrá de suponer el cambio radical en la titularidad de la custodia cotidiana, cualesquiera que sean sus consecuencias”¹³⁹. Así, esta resolución considera que esta norma no posibilita que cuando se den los presupuestos que contempla el cambio de guarda y custodia se realice en fase de ejecución, sino que esta modificación esencial debe llevarse a cabo a través del cauce procesal previsto para la modificación de medidas regulado en el art. 775 de la LEC, que es sinónimo de garantía de los principios de audiencia, prueba y contradicción. Aunque esta es la postura mayoritaria, se encuentran autos en los que por la vía del art. 776 de la LEC se procede al cambio de guarda y custodia¹⁴⁰.

Por otro lado, hay que traer la STS nº 642/2012, Sala 1º, Rec. 1238/2011. Esta sentencia establece que el cambio de residencia de los hijos menores decidido unilateralmente por uno de los progenitores puede comportar un cambio radical tanto en el entorno social como parental de los menores, que conlleve problemas de adaptación y problemas o dificultades en la relación con uno de los progenitores. Entendiendo que en caso de resultar perjudicados los intereses de los menores por dicho cambio, puede conllevar a dar lugar a un cambio de guarda y custodia. En ese sentido, se pronuncia la SAP de Castellón, nº 64/2016, Sección 2ª, de 18 de mayo, Rec. 199/2015 manteniendo la decisión de Primera Instancia de modificar la guarda y custodia a favor del padre, por la decisión unilateral de la madre de trasladar su residencia, pro-

139. En el mismo sentido se pronuncia de la SAP de las Palmas nº286/2017, Sección 3ª, de 16 de mayo de 2017, Rec. 864/2016. La SAP de la Coruña nº 214/2015, Sección 3ª, de 3 de julio de 2015, Rec. 101/2015, no modificó la guarda y custodia a favor del padre, porque entendió que, aunque la madre había incurrido en una actitud claramente obstaculizadora, los incumplimientos se habían producido por “*imponderables en la crianza de un hijo*”, teniendo en cuenta la corta edad, con los múltiples y reiterados episodios de visitas al pediatra, infecciones al empezar la guardería y situaciones similares. Considerado también que el sistema de las visitas en el Punto de Encuentro Familiar de dos horas en las tardes de todos los sábados y domingos, así como dos días a la semana, perjudicaba seriamente a la madre y tampoco satisfacía al padre.

140. SAP de Vizcaya auto 501/2006, de 4 de julio de 2006, Sección 4ª, Rec. 662/2005, SAP de Sevilla auto 52/2008, Sección 2ª, de 27 de febrero de 2008, Rec. 2009/2007.

vocando el incumplimiento del régimen de visitas, con el consecuente perjuicio que este hecho supone para el correcto nivel de interrelación con la figura paterna. Afirma la sentencia que la madre priorizó sus propias necesidades e intereses, frente a los de sus hijas, ya que este cambio de residencia provocó en la hija mayor tanto en el ámbito escolar como social alteraciones en la capacidad de adaptación.

A pesar de la postura mantenida por el Tribunal Supremo, diversas sentencias acuerdan el cambio de guarda y custodia como sanción, por quedar acreditado el incumplimiento, sin tener en cuenta el beneficio para el menor. Pero, ¿cuándo se produce un incumplimiento? ¿Qué ocurre si la madre cumple con el régimen de visitas de forma material, pero este no puede llevarse a cabo por el rechazo del niño o la niña? Preguntas necesarias, si como hemos visto, una de las obligaciones que se le impone a la madre que ostenta la guarda y custodia es procurar el mantenimiento de la relación de los hijos e hijas con el padre.

De esta manera, y dando respuesta a las cuestiones planteadas, la SAP de Valencia, nº 506/2011, Sección 10ª, de 30 de junio de 2011, Rec. 212/2011 modifica la guarda y custodia a favor del padre, pese a la voluntad del hijo de 15 años de vivir con la madre, por el incumplimiento de la madre del régimen de visitas, haciendo referencia a que dicha decisión se apoya en el dictamen del equipo psicosocial, que coincide con la doctrina de la sala relativa a una de las cualidades que debe exigirse a todo progenitor custodio: “que mantenga una actitud de promover, facilitar y vencer los obstáculos que puedan impedir la relación de su hijo con el progenitor que no lo tiene en su compañía”¹⁴¹. Se entiende que el rechazo a la relación con la madre proviene de la manipulación de esta. La SAP de las Palmas, nº 401/2007, Sección 5ª, de 29 de noviembre, Rec. 509/2006 modifica la guarda y custodia a favor del padre por quedar acreditado el incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre, habiendo sido condenada cinco veces por falta por

141. En este sentido se pronuncia la SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 4 de julio de 2016, Rec. 662/2005.

incumplimiento del régimen de visitas. La madre presentó cinco denuncias penales al padre, que fueron archivadas, y puso de manifiesto que la niña tenía miedo a su padre. Expresa la Audiencia que “las obligaciones derivadas del régimen de visitas, de comunicación y estancia establecido por resolución judicial, ha sido en esencia lo que ha tenido en cuenta por la juez a quo para alterar drásticamente el primitivo régimen de guarda y custodia, apoyándose esencialmente en los referidos datos fácticos y en lo dispuesto en el art. 776.3 de la LEC”. Para la confirmación de la decisión adoptada en primera instancia se utilizó el informe del Equipo Psicosocial que llega a la conclusión “que la menor mantiene una fuerte vinculación afectiva y altamente dependiente con su madre, lo que la conduce a plegarse a los deseos de tal progenitor y por extensión a excluir y a rechazar a la figura paterna”. En su argumentario considera que el cambio de guarda y custodia es fundamental para que el padre y la hija desarrollen vínculos afectivos más sólidos, recordando al padre su obligación de participar de forma activa e implicada en la atención directa y personalizada de la menor, procurando no delegar sus cuidados a terceros. La sentencia establece que en relación a lo argumentado no es viable que la menor esté a solas con su madre, limitando las comunicaciones y relaciones a las tuteladas en el punto de encuentro, que tendrán lugar durante dos veces por semana y un máximo de dos horas cada uno. Estas sentencias aplican, sin nombrarlo, los constructos y consecuencias del Síndrome de Alienación Parental, que analizaremos en el siguiente epígrafe, acordando el cambio de guarda y custodia como sanción por considerar acreditado el incumplimiento del régimen de visitas por la negativa del menor a relacionarse con su padre.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos jurídicos para garantizar el régimen de comunicaciones y estancias. En ese sentido, el Tribunal Supremo¹⁴² estableció la posibilidad de solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios conforme al art- 1902 del CC, por la

142. STS nº512/2009, Sección 1ª, de 30 de junio de 2009, Rec.532/2015

total ruptura, según esta sentencia, de las relaciones paterno- filiales de un progenitor con el menor por una conducta obstructiva, reticente y continuada del progenitor custodio. Aborda un supuesto de indemnización de los daños morales sufridos por un padre, al verse privado de la relación con su hijo, que fue trasladado a Estados Unidos por la madre, que había sido compañera sentimental de aquél. La sentencia determinó la concurrencia de acción u omisión culposa, ya que la demandada realizó un acto contrario a derecho por impedir que el menor pudiera relacionarse con su padre, y por oponerse a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, que conocía perfectamente. En esta misma línea, existen distintos pronunciamientos doctrinales (Múrtula, 2016: 217; Escalona, 2016). El art. 1902 del CC establece: “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. El daño moral supone la perturbación de la personalidad o dignidad de una persona; por su naturaleza, no se incluyen los daños materiales. Aunque no tiene un valor económico, la indemnización sirve para compensar el sufrimiento y el trastorno emocional de quien lo padece (Martínez, 2014: 58). Considerando esta opción como una medida útil para la prevención de este tipo de conductas lesivas para el progenitor no custodio (Romero, 2014).

Como herramienta de coacción poderosa para garantizar el cumplimiento del régimen de visitas se encuentra la intervención del derecho penal. La Ley 15/2003 de 25 de noviembre introdujo la falta del incumplimiento de las obligaciones familiares a través del art. 618.2 del CP, que establecía: “el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días”. Sancionaba el incumplimiento leve del régimen de custodia. Frente a

este ilícito penal, se encuentra el art. 556 del CP, que sanciona el incumplimiento grave del régimen de visitas. La falta del art. 618.2 del CP fue derogada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 10/1995, eliminando de nuestro Código Penal los ilícitos penales considerados faltas. El art. 556 del CP prevé: “serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. La STS nº 800/2014, de lo penal, Sala 2ª, de 12 de noviembre de 2014, Rec. 2374/2013 determina los elementos por los que está caracterizado este delito: “la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes; que el mandato se halle dentro de las legales competencias de quien lo emite; que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se ordena; la concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde.”

Por lo tanto, este delito requiere, como requisito objetivo, una resolución anterior en la que le haga un requerimiento concreto y la persona obligada haya mostrado un comportamiento obstructivo, renuente, persistente y reiterado en orden a incumplir el mandato judicial a su cumplimiento. Como elemento subjetivo del tipo requiere la negativa u oposición voluntaria al cumplimiento de la orden y mandato, así como el específico ánimo por parte del autor de menospreciar el principio de autoridad (Magro, 2004: 1819 y ss). La SAP de Tarragona nº 16/2016, Sección 2ª, de 20 de enero de 2016, Rec. 24/2015 establece que la desobediencia debe ser grave, ello implica: claridad en el mandato que

debe obedecerse, que éste sea conocido por parte del obligado, así como atender al contexto en el que se produce el comportamiento. Señala: “la finalidad de protección de un tipo como el de la desobediencia delictual es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de “cosificación”, de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, de sus progenitores”. El Tribunal Supremo¹⁴³ en relación a una antigua discrepancia doctrinal, acerca de si uno de los requisitos del delito de desobediencia es que se haya advertido expresamente de la posibilidad de incurrir en tal delito, afirma claramente que es necesario un apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento, salvo cuando la orden fue dirigida a una autoridad o funcionario público.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El art. 776.2.3 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil garantiza la perpetuación de las palabras de Rousseau, palabras que aún resuenan con eco en nuestra sociedad y que han construido nuestra subjetividad:

“la madre es el vínculo entre los hijos y el padre; ella se los hace amar y le inspira confianza para que los llame suyos”, “aquel de los dos a quien la naturaleza confió el depósito de los hijos, le corresponde responder de ellos al otro”.

Esta norma se nos muestra como neutra, pero en realidad fue creada para cumplir las necesidades de los hombres: garantizar el cumplimiento del derecho de visitas “a toda costa”. La no realización de las comunicaciones y relaciones personales entre el padre y los hijos/as supone

143. STS nº 177/2017, de lo penal, Sala 2ª, de 22 de marzo, Rec. 20249/2016.

un fracaso como instrumento de organización social y de justicia, por ello es necesario emplear todos los medios jurídicos para el efectivo cumplimiento del mismo (Rivero, 1997: 285). De esta manera, se asegura el poder de los padres sobre los/las hijos/as y el control sobre las mujeres.

La doctrina y la práctica judicial reclaman a las madres el deber de respetar el derecho de relación, entendiéndolo como un deber de colaboración basado en la obligación constitucional de prestar asistencia de todo orden a los/las hijos e hijas. Esto supone que no basta con consentir las relaciones del hijo o hija con el padre, debe facilitarlas material y moralmente, así como propiciarlas. De esta manera, se les exige que sigan siendo las mediadoras y transmisoras de la autoridad paterna, siendo determinante su participación en la formación de la imagen del padre, así como de los afectos de los/las hijos/as con respecto a él. Se les reclama que sean las transmisoras del orden patriarcal, así serán esencialmente buenas. Cuando no responden a estas prescripciones de género, nuestro ordenamiento jurídico se las “recordará” a través del art. 776 de la LEC, creado expresamente a tal fin. Instrumento que garantiza los modelos antropológicos de masculinidad y feminidad diseñados por Rousseau en su obra *El Emilio* (Rubio, 2015: 47).

Así, se ha visto cómo la doctrina considera que este precepto es aplicable y muy útil para el supuesto del incumplimiento del régimen de relación por parte de las madres custodias que actúan por venganza o rencor, olvidando y negando que el incumplimiento puede estar motivado por la negativa de los hijos e hijas ante los comportamientos negligentes o violentos de los padres. Se vuelve a acudir al interés del menor, considerando que el incumplimiento a priori vulnera el libre desarrollo de la personalidad de los/as hijos/as, su formación y protección integral.

La doctrina entiende que este precepto no es aplicable a quien tiene el derecho, ya que es imposible obligar al progenitor no custodio a llevar a cabo un régimen de visitas a la fuerza. No pudiendo el órgano juzgador acordar ninguna medida para hacer cumplir un régimen de visitas no deseado al que tiene derecho, por lo que su incumplimiento excluirá

las consecuencias previstas en el mismo. Por lo tanto, este precepto está pensado, y se utiliza, para disciplinar a las mujeres que ejercen la guarda y custodia, sobre las graves consecuencias de no cumplir con su deber de asegurar la presencia paterna en la vida de los/las hijos/as.

Las siguientes palabras de nuestro sistema judicial no difieren mucho a las pronunciadas por Rousseau: “es necesario una implicación previa con su hija, preparatoria con su hija para que entienda la situación y le transmita la necesidad de la figura paterna”. Figura que representa los atributos y valores considerados como el máximo cultural, social y político; su ausencia convierte las maternidades en defectuosas o deficientes.

A pesar de la postura mantenida por el Tribunal Supremo afirmando que este precepto permite modificar el régimen de guarda y custodia, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que deben ponderar para justificar el cambio de régimen. En la práctica se está aplicando como sanción a las madres por no asegurar la presencia paterna en la vida de sus hijos/as. Se atribuye como causa del rechazo de los/as hijos/as hacia el padre la manipulación de la madre, independientemente de la conducta violenta o negligente del progenitor no custodio, castigando a la madre, y por consiguiente a los/las hijos/as, con las peores de las consecuencias. De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico abre la puerta a los constructos del Síndrome de Alienación Parental, mediante la llave del art. 776.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



CAPÍTULO VII

CÓMO LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PRESENCIA PATERNA NOS LLEVA AL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

1. El Síndrome de Alienación Parental
2. La entrada del SAP en las resoluciones judiciales
3. Posiciones jurisprudenciales en contextos de violencia de género
 - 3.1. La modificación de la guarda y custodia a favor del padre por incumplimiento del régimen de visitas por rechazo del menor
 - 3.2. La modificación de la guarda y custodia por incumplimiento del régimen de visitas motivado por cambio de domicilio de la madre
4. La utilización del Síndrome de Alienación Parental en escenarios de violencia de género
 - 4.1 Se otorga la guarda y custodia al padre por quedar acreditada la existencia del Síndrome de Alienación Parental
 - 4.2. Se otorga la guarda y custodia al padre por el rechazo del menor a la madre
 - 4.3. La madre solicita la limitación o suspensión del régimen de visitas por considerar que existe un Síndrome de Alienación Parental
 - 4.4. No se modifica la guarda y custodia según el SAP argumentado por el padre
 - 4.2. Se otorga la guarda y custodia al padre por el rechazo del menor a la madre
 - 4.3. La madre solicita la limitación o suspensión del régimen de visitas por considerar que existe un Síndrome de Alienación Parental
 - 4.4. No se modifica la guarda y custodia según el SAP argumentado por el padre
5. La atribución de la guarda y custodia individual y compartida al padre en ambientes de violencia de género
6. La mirada patriarcal de los informes de los Equipos psicosociales y del Instituto de medicina legal
7. A modo de conclusión

1. EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

Gardner en 1985 acuñó este término para casos de lucha por la custodia en la que el menor rechazaba al progenitor no custodio. Gardner (1992: 20) definía este síndrome como: “un trastorno que se presenta principalmente en el contexto de las disputas por la custodia de los hijos. Su manifestación principal es una campaña de denigración no justificada, del hijo contra un progenitor. Es el resultado de la combinación de una programación (lavado de cerebro) o adoctrinamiento de un progenitor, y de las propias contribuciones del niño a la denigración del progenitor atacado”. Afirmó que este adoctrinamiento debe ser realizado por el progenitor con más contacto, entendiendo que la madre es más proclive evolutivamente, por lo que para paliar la capacidad adoctrinadora del alienador se debe realizar una separación física entre este y el niño o niña.

Acuñó el término en un principio para exculpar a padres acusados de abusar sexualmente de sus hijos/as, para extenderse posteriormente a todo tipo de casos en las que el niño o niña rechazaba al progenitor no custodio, convirtiéndose en un instrumento para conseguir la guarda y custodia. No consideró la violencia sexual masculina como abuso, por lo que afirmaba que las denuncias falsas eran realizadas por madres que engrandecían el efecto negativo de las relaciones de los niños y niñas con el abusador (Barea, 2013:28-29).

Gardner (1991: 14-21) expresaba¹⁴⁴:

“Cuando una acusación de abuso sexual se incorpora al paquete, tales

144. Gardner autopublicó sus libros a través de su propia editorial privada, debido a que ninguna revista científica quiso hacerlo. Los primeros libros eran misóginos y pro-pedófilos. Debido a las críticas recibidas, adoptó posteriormente un discurso más correcto políticamente, aunque no renunció al fondo ideológico de su teoría (Barea, 2013: 28-29)

madres pueden estar proyectando sus propias inclinaciones sexuales hacia el padre. Al servicio de este objetivo, exageran y distorsionan cualquier comentario que haga el niño que pueda justificar la acusación. Y esto no es difícil de hacer porque los niños normalmente entretendrán fantasías sexuales, a menudo de la forma más extraña. Estoy de acuerdo con Freud en que los niños son “polimorfos perversos” y, por lo tanto, les proporcionan a estas madres un amplio suministro de material para que sirvan de núcleo a sus proyecciones y acusaciones”.

Este concepto no está incluido en ninguna diagnosis psiquiátrica, se evidencia en el ámbito legal en el marco de la disputas por la guarda y custodia. Se diseñó para achacar a las madres el rechazo del menor al padre, invisibilizar las causas reales por las que el padre es rechazado y servir de argumento para lograr la guarda y custodia de los hijos e hijas por parte de los padres, negando, de esta manera, la credibilidad del niño o la niña. Estableció unas normas para los y las operadores jurídicos que intervienen en los procedimientos: debían respaldar las conclusiones de los terapeutas entrenados en el Síndrome de Alienación Parental, imponiendo multas, pérdidas de custodia y prisión para las madres que no cumplieran, sumisión a terapia coactiva, estableciendo la premisa de que en estos casos el interés del menor será que los niños sean forzados a visitar al padre rechazado (Barea, 2013: 32-41; Marín, 2011). De este modo, los y las terapeutas que hayan interiorizado los constructos del SAP serán los que realicen el diagnóstico y propongan la terapia de la amenaza. Los demás profesionales; operadores jurídicos, trabajadores/ ras sociales y profesionales de la salud que no actúan de acuerdo con el síndrome de alienación parental tendrán la consideración de personas ingenuas influenciadas por “el progenitor alienador”, entendiendo que un síntoma atribuido a este es el éxito en la manipulación del sistema legal (Escudero et al., 2008).

Lorente (2009: 134-155), afirma que presenta dos ingredientes esenciales: la conducta manipuladora, y el resultado sintomatológico en el

menor alienado, afirmando los/as seguidores del SAP que su diagnóstico debía basarse principalmente en el cuadro que presente el niño o la niña. La objetividad del cuadro, y la unión de los dos ingredientes que lo determinan, hace que no se admitan otros factores que causen el rechazo del menor o la menor. Este autor mantiene que Gardner transformó en patológico la conducta normal de una madre que quiere proteger a sus hijos e hijas de situaciones de maltrato o abuso, considerándola una madre alienadora.

Así las cosas, una madre no alienadora deberá hacer todo lo que pueda para salvaguardar la relación entre el niño y el padre. Las madres, tal como exige *la ideología conyugal complementaria*, deben asegurar la presencia paterna en la vida de sus hijos e hijas a toda costa; de lo contrario, nos encontraríamos con una madre alienadora. Ante este diagnóstico, la acción terapéutica que propuso Gardner fue contundente: “la terapia de la amenaza”. Como se ha visto anteriormente, nuestro ordenamiento jurídico introduce las herramientas jurídicas para aplicar esta “acción terapéutica”: estableciendo multas, modificando la guarda y custodia a favor del progenitor rechazado por el menor, y utilizando la amenaza de la intervención del derecho penal para las madres que se rebelan.

En nuestro país, Aguilar (2008: 76) describe las estrategias para llevar a cabo la manipulación de la voluntad del menor:

“se centran en la generación del menor de dos realidades psicológicamente diferenciadas. Por un lado, la familia alienadora, donde se ubica toda la verdad, la seguridad y el afecto. Por otro, la familia alienada, donde se sitúa la responsabilidad de todo lo negativo que a la primera pudiera ocurrir, cargándola de afectos nocivos y expresiones de temor y amenaza si se encuentra próxima. Para lograr esta meta, el progenitor alienador comienza interfiriendo en las relaciones del otro progenitor con el hijo, mediante la interrupción de las comunicaciones y visitas”.

Pone de manifiesto que, para elaborar el SAP, “los progenitores” (las comillas son mías) utilizan las falsas denuncias de abusos sexuales y malos tratos, implicando a sus hijos activamente. Este autor describe la sintomatología para que se presente: campaña de injurias y desaprobación del otro progenitor. Esto tiene como consecuencia que el menor trate al padre como un desconocido odioso cuya proximidad siente como una agresión a su persona, produciéndose: explicaciones triviales para justificar la campaña de desacreditación; ausencia de ambivalencia en su odio hacia el progenitor, el hijo alienado muestra su odio sin fisuras; autonomía del pensamiento, utilizando el menor frases o argumentos prestados del progenitor que está alineando; defensa del progenitor alienador; ausencia de culpabilidad; presencia de escenarios prestados, entendiéndose como la manifestación más convincente de la programación; extensión del odio al entorno del progenitor alienado. Recomienda al ámbito judicial que, ante el diagnóstico de un SAP, (en grado leve, moderado o grave) es necesario tomar decisiones que impliquen un cambio sustancial en la realidad contemplada, para así eliminar o reducir los problemas psicológicos, físicos y educativos de los menores producidos por esta patología (Aguilar, 2008: 79-85).

Los y las terapeutas del SAP serán quienes realicen el diagnóstico. Gardner (1991: 14-21) describió tres diagnósticos: leve, moderado o severo. Estos niveles dependerán de los “síntomas” del alienador y de los hijos. En los casos severos afirmaba que las madres serán a menudo fanáticas, obsesionadas con el odio a sus maridos. Así, usarían todas las maniobras legales y no legales para obstruir las visitas y crearían fácilmente los escenarios proporcionados por o extraídos por sus hijos. De esta manera, los hijos de estas madres también serían paranoicos, reaccionando con pánico y hostilidad ante la posibilidad de relacionarse con el padre. El enfoque terapéutico en este caso sería “retirarlos de la casa de la madre y colocarlos en la casa del padre”, no teniendo ningún contacto con los niños durante un tiempo, utilizando todos los medios jurídicos necesarios. En el nivel moderado, aunque las madres no son fanáticas como en la categoría anterior, sí tienen un deseo de vengarse

del padre, alejando a los niños de él, creando diversas excusas para obstruir las visitas. Gardner afirmó que estas madres cumplirían tras las amenazas de multas o cambio de guarda y custodia, “la amenaza de pérdida de custodia primaria también puede ayudar a estas madres a recordar cooperar”. Los niños en esta fase mantendrán una campaña de desaprobación del padre, por ello sería necesario una intervención por un terapeuta del tribunal, “que debe tener una piel gruesa y ser capaz de tolerar los gritos de los niños y los reclamos de maltrato. Hacer lo que los niños profesan que quieren no siempre es lo mismo que hacer lo que es mejor para ellos”. En la fase leve, las madres tienen ira y puede permanecer algún deseo de venganza hacia el padre. Los niños pueden ser más receptivos a las visitas y pueden expresar afecto hacia sus padres.

Barea (2013: 35) evidencia que estos criterios pueden reflejar la conducta de un niño o niña que ha sufrido maltrato, abusos o ha estado expuesto a la violencia de género. En el mismo sentido, se pronuncia el Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre el llamado Síndrome de Alienación Parental¹⁴⁵, evidenciando que en dicho síndrome “la bondad del alienado es una premisa dada y necesaria para la materialización final del diagnóstico, que culmina o permanece en forma de amenaza con el cambio de custodia”. Esta medida de cambio de guarda y custodia, denominada como “terapia de la amenaza”, se convierte en el “tratamiento terapéutico que actuaría sobre el mecanismo patogénico de adoctrinamiento o inducción”. Actuación que desmantela los derechos fundamentales de los niños y niñas, así como de quien ejerce la custodia, colisionando frontalmente con los componentes básicos necesarios de todo tratamiento terapéutico: la voluntariedad y la ausencia de presión, coacción o castigo. Advirtiendo dicho informe que del análisis del SAP se desprende que es un concepto ideológico, una creencia subjetiva, y como tal no puede ser debatido ni analizado a la luz de la ciencia y del rigor científico. Observando que cuando la palabra SAP

145. Informe del Observatorio Estatal de Violencia Sobre la Mujer del año 2009.

aparece en algún expediente judicial o alguno de sus eufemismos: “alienación parental”, “alienación familiar”, “interferencia parental” “impedimento de contacto”, “madre maliciosa”, etc. todos los antecedentes y evidencias pasan a un segundo plano o desaparecen, como procedimientos judiciales y sentencias por violencia de género, desviándose la atención hacia la evaluación de quien anteriormente había sido la víctima. El referido informe muestra también que la utilización del SAP, así como los otros conceptos que sustentan esta ideología, sirve para: desacreditar la palabra de la madre y de los/las menores, impedir su protección y ocultar e invisibilizar cualquier tipo de violencia. El Observatorio de Violencia de Género alertaba que el SAP estaba creando un efecto perverso: la inversión de la carga de la prueba, conculcando además del principio básico del Estado de derecho; el de presunción de inocencia, que postula el art. 24.2 de la CE, vulnerando además el derecho a la tutela judicial efectiva.

Lorente (2009: 132) define el Síndrome de Alienación Parental como:

“una construcción conceptual específica aplicada a los conflictos que surgen entre los hijos, los padres y las madres tras la separación para explicar los acontecimientos de forma coherente con lo que ha sido la posición histórica del patriarcado y con los roles atribuidos a cada uno de los progenitores”.

Es una elaboración utilizada por el sistema patriarcal para frenar el avance de las mujeres, que empezó a utilizarse una vez que se generalizaron las separaciones y divorcios y se hicieron manifiestas las consecuencias económicas y personales (Marín, 2011). Existen muchos intereses ocultos a la utilización del SAP: el cambio de guarda y custodia hacia el padre supone la atribución del uso de la vivienda familiar hacia este, así como el establecimiento de una pensión alimenticia que tendrá que abonar la madre para el mantenimiento de los hijos o hijas. En contextos de violencia de género, el constructo del SAP se diseña como una

poderosa arma, que asegura, en muchos casos, la sumisión de la mujer y los hijos e hijas, ante la amenaza a las desgraciadas consecuencias que supondría revelarse.

Lorente (2009: 155) afirma que la conducta manipuladora que define el SAP sería prácticamente imposible de realizar: llegaría hasta el extremo de desestructurar la organización psíquica del niño o la niña para sustituirla por otra coherente con todo su entorno, excepto en lo referente al comportamiento hacia el padre alienado. El Síndrome de Alienación Parental no ha sido estudiado de acuerdo con experimentación, ni en consulta clínica controlada con fines de estudio. Además, no lo ha reconocido ninguna asociación profesional o científica. Ha sido rechazado su inclusión en los dos grandes sistemas diagnósticos de salud mental utilizados en todo el mundo: el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V) de la Asociación Americana de Pediatría, y los Criterios de Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE-10) de la Organización Mundial de la Salud.

La Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), en el año 2010, se pronunció sobre el uso clínico y legal del llamado Síndrome de Alienación Parental. Esta declaración argumentaba que el éxito del término en el campo judicial “se debe a que da una respuesta simple (y simplista) a un grave problema que preocupa y satura los juzgados de familia, facilitando argumentos pseudo-psicológicos o pseudo-científicos a los abogados de aquellos progenitores litigantes por la custodia de sus hijos”, alertando del riesgo de que el referido constructo se infiltre en los sistemas de diagnósticos internacionales. La AEN afirmó que su aplicación evita tener en cuenta el papel que juega en el problema planteado el cónyuge que es considerado “víctima” del “alienador”, alertando también del sesgo de género, considerando este “síndrome” que la mayoría de las personas alienadoras eran “mujeres que odiaban a los hombres”. Cualquier intento de rebelarse ante el riesgo de cambio de custodia se convierte en nuevas pruebas de la programación, así como cualquier intento de protesta del niño o niña se entendería como nuevos síntomas de la alienación, invisibilizándose cualquier situación de maltrato o abu-

so manifestada por la madre y los/las hijos e hijas.

La AEN afirmó que la solución propuesta por Gardner, “la terapia de la amenaza”, cierra cualquier salida a un niño/a para escapar de la situación, y estableció las siguientes recomendaciones: el profesional de la salud mental no puede ocupar el papel de dictar la verdad o falsedad de un asunto, aspecto que corresponde al juzgado; no debe emplearse este constructo por los equipos técnicos adscritos a los juzgados, ni por los/las profesionales de la salud, si son requeridos, por no tener un carácter científico, y por el daño que su aplicación está causando en los/las menores y las personas adultas, ya que una vez “diagnosticados”, todo intento de defensa se convierte en autoafirmación del diagnóstico asignado.

Los constructos del SAP vienen acompañados de otras terminologías como el “Síndrome de la madre maliciosa de Turkat”, “la interferencia parental”, o la aplicación directa de la ideología pro-sap sin utilizar ningún concepto que identifique la situación, aunque sí las “soluciones” que propone dicha doctrina (Barea, 2013: 53), como ya se ha visto en las sentencias anteriores.

2. LA ENTRADA DEL SAP EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El SAP se ha “colado” en las resoluciones judiciales de los Juzgados, Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, asumiendo su existencia, aunque no se acredite su concurrencia. La entrada en las resoluciones judiciales se produce: a través de informes, por posicionamiento directo del Tribunal, o por alegaciones de las partes (Marín, 2009).

Aunque desde el año 2002 existen sentencias de las Audiencias Provinciales que aceptan el SAP, este constructo ideológico se dio a conocer por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Manresa de fecha 4 de junio de 2007. Esta resolución judicial tuvo una gran cober-

tura mediática y caló hondo en el ámbito judicial. Así, se encuentran noticias como la aparecida en la versión digital del Mundo¹⁴⁶ con el titular: “Buscan a una mujer de Manresa y su hija sobre la que le han retirado la custodia”. El contenido de la noticia reconoce la existencia del SAP y sus efectos, por lo que lo legitima ante la sociedad: “este caso puso la semana pasada en evidencia los efectos del síndrome de alienación parental, por el cual un progenitor predispone a su hijo contra el otro en el marco de una separación”. En la misma línea se ha localizado la noticia aparecida en la versión digital de La Vanguardia¹⁴⁷: “La madre de la niña con alienación parental podrá visitarla tras diez meses sin verla”. La noticia valida las consecuencias del SAP, la terapia de la amenaza, afirmando: “Durante el primer mes, la niña llegó a telefonar a su madre en 35 ocasiones a pesar de la prohibición de comunicarse. Esto llevó a su padre a seguir las indicaciones de los especialistas, que en casos de alienación parental recomiendan cortar, “por muy duro que parezca”, cualquier vínculo entre un hijo y el progenitor que fomenta la aversión hacia el otro. A partir de entonces, y cumpliéndose “al dedillo” lo que predijeron los expertos, la relación entre padre e hija fue mejorando y la pequeña está recuperando sus vínculos con la familia paterna”.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Manresa modificó la guarda y custodia a favor del padre, suspendiendo el régimen de visitas de la madre durante un periodo mínimo de seis meses, hasta que en ejecución de sentencia, previa acreditación del estado de la menor, e informe de los profesionales designados, pudiese restablecerse el contacto con la menor. La juzgadora acepta la existencia de un síndrome de alienación parental.

En la sentencia previa de separación matrimonial, por la que se otorgó la guarda y custodia a la madre, se expresaba que esta denegaba al padre la comunicación con su hija por los malos tratos realizados por el mismo contra la menor. Así mismo, se puso de manifiesto la existencia

146. Con fecha 26 de junio de 2007.

147. Con fecha 18 de abril de 2008.

en el procedimiento de informes médicos que desaconsejaban la comunicación, así como el rechazo y resentimiento de la menor hacia el padre. Dejando constancia la resolución de que estas presuntas agresiones físicas y psíquicas hacia la madre y la hija, extrañamente, no habían sido denunciadas, ni habían quedado acreditadas por medio de prueba concluyente alguna. En el fallo de la referida resolución se apercibía a la madre de que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador, como del no guardador, podría dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas. Por otro lado, se permitía a las partes designar de mutuo acuerdo un psicólogo ante el cual debían desarrollarse las visitas; este, tras tres meses de sesiones terapéuticas, una vez por semana, no pudo conseguir una respuesta correcta por parte de la menor, que facilitase el acceso a lograr el objetivo de favorecer la relación entre la niña y el padre.

En el posterior procedimiento de divorcio, el auto de medidas provisionales cambia la custodia a favor del padre, testimoniando la sentencia que la madre para eludir el cumplimiento de auto se oculta con la menor, impidiendo que se produzca, no solo la comunicación de la menor con el padre, sino que se dé cumplimiento a la resolución judicial. Concluye que la situación descrita, por sí sola, ya autoriza legalmente a ratificar el referido auto de medidas en el que se produce un cambio de custodia a favor del padre, por lo previsto en el artículo 776.3 de la LEC, ya que “resulta evidente y probado que la madre desde el inicio de la separación ha estado permanentemente obstaculizando dicha comunicación y que no ha sido dos veces, sino muchísimas más las que el padre se ha visto privado de la misma”. La juzgadora también expresa: “ya que la madre se ampara en que es la niña la que no quiere estar con el padre. Pensemos que la menor tiene 8 años y que cuando comenzó el proceso tenía cuatro. A esas edades los padres y las madres no pueden ceder en la autoridad que como madre o padre les corresponden, autoridad que deben ejercer con cariño, constancia y tesón, fomentando en los hijos no rechazo hacia el otro progenitor, sino alentando respeto y

amor hacia el mismo con independencia de la situación de separación entre ellos”. “Que no se haya producido le lleva a considerar que los problemas de la niña van más allá de un estado de ansiedad o una fobia que tenga que ver solo con hechos acontecidos antes de la separación”.

La jueza entiende que, a pesar de tener datos objetivos para modificar la guarda y custodia (incumplimiento del régimen de visitas, incumplimiento de la resolución judicial de cambio de custodia que hizo que la menor no acudiera al colegio, la constatación de que la menor está viviendo una situación relacional patológica e insana), debe analizar, en beneficio de los intereses de la menor, qué es lo más conveniente para solucionar la falta de comunicación entre padre e hija, provocada, auspiciada y fomentada por la madre y familia materna, así como qué es lo mejor para que la niña supere la fobia hacia su padre.

En el procedimiento intervinieron seis peritos, todos concordaron la existencia de fobia, animadversión y miedo de la menor hacia el padre, discrepando en la causa de estos temores. Tres de los mismos la atribuyen al hecho de que el padre maltrataba a la madre y que la niña se sentía amenazada, siendo por tanto ese miedo consecuencia lógica de la vivencia traumática y experiencias negativas de la niña con el padre. Los otros tres (dos designados judicialmente) atribuyeron la causa del rechazo a la existencia de un Síndrome de Alienación Parental. La jueza se basa en estos últimos informes, rechazando los contrarios a esta postura. Expresa: “estos tres doctores basan sus conclusiones partiendo de datos de una supuesta violencia intrafamiliar, lejanos ya en el tiempo y que nunca han resultado probados ni judicial, ni científicamente, mientras que los tres primeros se amparan en unas observaciones de la conducta de la niña en tiempo presente y en el desarrollo de los acontecimientos durante estos 4 años, sin partir de datos no constatados ni probados como son los maltratos, que evidentemente condicionan, si son tenidos en cuenta, todas las conclusiones ulteriores”. Considera la juzgadora que no puede negarse la existencia de este síndrome, entendiéndose que no se encuentra dentro de la clasificación de la OMS, porque no es considerado una enfermedad, sino un problema relacional.

Recurrida esta resolución, la SAP de Barcelona, nº 272/2008, Sección 18ª, de fecha 17 de abril de 2018, Rec. 837/2017 manifiesta que no corresponde al ámbito forense pronunciarse si el denominado Síndrome de Alienación Parental existe o no desde un prisma estrictamente científico, y de ahí que no haga pronunciamiento genérico alguno sobre el mismo. Por otro lado, a resultas del material probatorio, indica que no ha quedado acreditado que un primer momento hubiera habido o no una actitud manipuladora, impeditiva u obstaculizadora por parte de la madre, para que la niña no tuviera relación alguna con su padre. Considerando que había quedado probado: una falta de vinculación afectiva entre padre e hija constante durante el matrimonio, dado que el padre no se implicaba en el cuidado de la niña, habiendo delegado en la madre de la menor todas las necesidades de la misma, lo que originó que entre ambas se estableciera una especial vinculación y complicidad; una actitud de la madre, y del entorno materno, poco colaborada y complaciente con su hija para que la niña, tras la ruptura de la convivencia, no viera a su padre biológico; un comportamiento impulsivo y contrario a los intereses de la niña, al no cumplir de forma voluntaria con lo acordado en el auto de medidas, desapareciendo del domicilio junto a la menor, sin escolarizar durante los prácticamente seis meses que estuvieron en paradero desconocido; un cambio en los roles familiares por permitir la madre que la niña tomase decisiones que no le correspondían por su edad. La Audiencia recuerda: “entre las varias funciones del progenitor custodio se encuentra la de lograr, fomentar y potenciar la relación de los hijos con el otro progenitor”. Confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia, al considerar que es beneficioso para el interés de la menor, al encontrarse la niña estabilizada, aunque con la necesidad de proseguir con la terapia para aprender a introducir la triangulación familiar. Valida la decisión del Juzgado de modificación de cambio de guarda y custodia, al estar amparado por el artículo 776.3 de la LEC, considerando que otro cambio de guarda podría resultar perjudicial para el desarrollo de la menor. Sin embargo, llega a la conclusión de que no había justificación suficiente para privar

a la madre de contacto alguno con su hija, aunque se haya acreditado que ha existido una actuación negligente, pasiva y permisiva para con los deseos de la niña. Afirma que se ha castigado a la madre con una dureza inusual (diez meses sin ver ni contactar con la hija), hecho que no había ocurrido hasta ahora en ninguno de los casos en los que se había probado la existencia del SAP, recordando que en este caso no se había producido dicha acreditación. Por ello, fija un régimen de visitas de fines de semana alternos y mitad de periodos vacacionales.

De este modo, diversas posturas doctrinales expresan abiertamente la existencia del SAP, según el cual el progenitor, normalmente el custodio, intenta alienar al hijo o hija en contra del padre, hasta destruir la relación paterno-filial. Validando la aplicación de la terapia de la amenaza, introducida por la LEC a través del art. 762.2.3 (Roda, 2014: 116; Vilata, 2005: 5-18; Moreno, 2011: 1397 y ss; Sariego, 2009: 289 y ss). Roda (2014: 117), en torno a este concepto, entiende que el sujeto activo del SAP pretende que la relación entre el hijo y el otro progenitor desaparezca o sea nula, suponiendo este hecho un ataque frontal contra el ejercicio de la patria potestad. Por otro lado, García (2009: 209) lo define como “el fenómeno que tiene lugar cuando uno de los progenitores, o en ocasiones otros familiares, tratan de manipular al hijo en contra del otro progenitor, a fin de provocar el rechazo, o incluso la negación de la figura del otro progenitor, sin que exista causa justificada para ello”, entendiéndolo como un problema relacional.

Llama la atención que la doctrina, en contextos de violencia de género, ponga sobre la mesa la manipulación de la madre como una posible causa del rechazo del menor (víctima de violencia de género) hacia el padre agresor. Cueto (2011) alega que en el caso de rechazo del menor al padre, habrá que indagar si este se produce por causas objetivas verificables o, por el contrario, en un proceso de manipulación por parte de la madre, eso sí, cuidando de no identificar dichas posibles manipulaciones con el cuestionado Síndrome de Alienación Parental. Parece que olvidamos que las decisiones que proceden de un Juzgado de Violencia derivan de denuncias por situaciones de violencia de género, y que la

presunción de la que se debería de partir es que el rechazo podrá ser debido a la situación de violencia a la que han y puedan seguir estando expuestos los y las menores. Por otra parte, tal como se expuso en el Capítulo 1, en contextos de violencia de género, son los padres los que intentan romper la relación entre madres e hijos/as, como una estrategia más de control y sumisión.

El Consejo General del Poder Judicial, en la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género del año 2016¹⁴⁸, revela cómo “la especificidad del fenómeno de la violencia contra las mujeres en el ámbito regulado por la Ley Integral ha supuesto la aparición en escena de reacciones para su minimización que no pueden ser desconocidas a la hora de resolver”. Refiriéndose como una de esas reacciones al SAP, afirmando que la utilización de este “síndrome”, para explicar y tratar de solucionar los problemas de relación entre padres e hijos tras la separación es una preocupante realidad cada vez más común. Deja claro que el rechazo del menor al padre, cuando ha estado expuesto o expuesta a situaciones de violencia de género, se explica por las vivencias vividas, y que aplicar el referido síndrome a los procedimientos de guarda y custodia supone una terapia coactiva, así como una vulneración de sus derechos por parte de las instituciones, que son las que tienen la obligación de protegerlos/as. La Guía hace referencia a las conclusiones alcanzadas en el curso de Formación continua sobre “Valoración del daño en las víctimas de violencia de género”.¹⁴⁹ Entre ellas, reproducimos las siguientes:

“Cuando un menor o una menor presenta un rechazo o una conducta de rechazo al padre al poco tiempo de la separación, es prácticamente imposible que se deba a una manipulación por parte de

148. Argumento que ya se incorporó en la Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género del Consejo General del Poder Judicial del año 2013.

149. Celebrado en septiembre de 2007.

terceras personas. Los lazos afectivos establecidos en una relación paterno-filial no se pueden romper a través de una manipulación de la realidad sin base objetiva”.

“La conclusión diagnosticada del SAP no es aplicable cuando ha existido una situación de violencia de género, al haber sido los hijos y las hijas de esa relación víctimas y testigos de la violencia”.

“En los casos en los que se aprecie problemas de relación y rechazo de los hijos e hijas hacia el padre, la primera aproximación desde el punto de vista científico debe ser descartar situaciones de violencia y abordarlos como un problema de adaptación o de relación del menor o de su entorno familiar y no como una patología. Desde esta perspectiva, el abordaje terapéutico debe centrarse en el empleo de técnicas de mediación, no coactivas y basadas en la manipulación intencionada de la madre”.

El Consejo General del Poder Judicial rechaza a través de esta Guía un cambio de guarda y custodia a favor del progenitor investigado o condenado por violencia de género según el supuesto SAP, debiendo presidir en todo caso la decisión judicial el interés de los y las menores, valorando la prueba pericial, y debiendo entrar la sentencia a resolver dicha cuestión cuando es alegada por alguna de las partes para no incurrir en un vicio de incongruencia omisiva. Afirma que la STS nº162/2016, Sala 1ª, de lo Civil, de 16 de marzo de 2016, Rec. 590/2015 rechaza el mencionado síndrome. Lorente (2009: 169) declara que el cambio de guarda y custodia para los/las menores víctimas de violencia de género, separándoles de la madre, supondría someter a los niños y niñas a una “terapia compulsiva para modificar una conducta nacida de los sentimientos y de su experiencia traumática”. Entiende que “eso sí es una verdadera alienación que encaja en lo que la psicología ha definido como procedimientos coercitivos y violentos similares a los utilizados por las sectas y en algunos casos de tortura”.

Se pronuncia en el mismo sentido la SAP de Málaga, nº 113/2017, Sección 6ª, de 8 de febrero de 2017, Rec. 10/2016 cuando expresa: “el denominado síndrome de alienación parental, conocido 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, hasta hacerla contradictoria con lo que se esperaría de su condición, logrando provocar el progenitor alienador mediante un mensaje y un programa constituyendo lo que normalmente se denomina “lavado de cerebro”, desarrollando los hijos que sufren este síndrome un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado. Esta Sala comparte las profundas dudas científicas sobre la existencia de ese síndrome, y, en su caso, sus causas, consecuencias y soluciones”. Como ejemplo de buena praxis se halla la SAP de Toledo, nº 114/2016, Sección 1ª, de 9 de junio de 2016, Rec. 324/2015. Revoca la sentencia de primera instancia por la que se modifica la guarda y custodia a favor del padre, como única manera de corregir el SAP detectado. La Audiencia en cuanto a este pretendido síndrome pone de manifiesto: “no estima esta Sala que sea preciso entrar a examinar en gran profundidad la cuestión referida al síndrome de alienación parental, muy discutido en la doctrina científica, que no ha contado con respaldo de organismos tan solventes como la Organización Mundial de la Salud ni la Asociación de Psiquiatría de Estados Unidos que no recogen el mismo como una alteración psicopatológica pero si hacer ver que asumir, ya a favor ya en contra, de un modo rotundo su existencia o inexistencia es cuando menos ligero porque si los especialistas no se ponen de acuerdo en su existencia con menor razón pueden los tribunales hacer aseveraciones tajantes en uno u otro sentido. Por otro lado es que resulta de todo punto indiferente, a los efectos del derecho, es la denominación o si existe o no como síndrome, en sentido técnico, porque de lo que se trata, cuando se enfoca en supuestos como el presente en el que se trata de establecer un régimen de guarda y custodia y de visitas tras la rotura de una relación de familia, no es tanto darle una concreta nomenclatura

sino determinar, sea síndrome o no, los concretos aspectos en los que se afecta al menor; dicho de otro modo, lo que importa para decidir cuál es su beneficio no es otra cosa sino la determinación del modo y manera en que el interés del niño queda mejor protegido”.

La sentencia hace un juicio sobre la asunción de forma acrítica por parte del juzgador de los informes periciales en los que se argumenta la existencia del síndrome de alienación parental, como causa bastante para la modificación de la guarda y custodia, cuando lo que se debería haber buscado es el interés del menor. Afirma que, de esta manera, se convierten los peritos en jueces, cuando la labor de juzgar, aun contando con la indispensable ayuda de los técnicos, es una labor más compleja, en la que se han de ponderar todas las pruebas, extralimitándose dichos peritos al determinar cuál es la mejor forma de corregir la situación. Hace expresa referencia a la existencia de una condena por malos tratos, y “al derecho del menor a desarrollarse en un ámbito en el que la resolución de los conflictos no venga de la mano del uso de la fuerza, debiendo de preservarse a los niños de un ambiente en los que se pueda desarrollar una situación semejante”.

Por otro lado, en la SAP de Vizcaya, nº 256/2008, Sección 6ª, de 27 de marzo de 2008, Rec. 99/2008 se recurre por la madre la condena por un delito de desobediencia basado en la existencia de un Síndrome de Alienación Parental, considerando la resolución de instancia que la negativa del hijo de 12 años a acudir al punto de encuentro a ver a su padre era motivada por la influencia de la madre y que el menor ofrecía un discurso aprendido. Afirmando que a la acusada le era exigible que obedeciera la orden del juzgado, obligando al hijo a ejecutar un acto que no deseaba. La Audiencia discrepa frontalmente de estos argumentos: “la percepción va más allá, puesto que se descarta absolutamente la existencia de voluntad autónoma en el hijo, juzgando a... como un pelele en manos de su madre, que es quien le induce. No considera la resolución judicial al joven como una persona en pleno proceso de madurez, ni como un ser no autónomo, a pesar de su edad”. La sentencia hace referencia a una apreciación importante “el menor es sujeto de las visitas,

no únicamente objeto de las mismas”. Realiza toda una argumentación en contra del carácter científico del SAP y de su aplicación por considerar la ideología que lo sustenta como pedófila y sexista, siendo un instrumento de peligroso fraude pseudo- científico, que está generando situaciones de riesgo para los niños, y está provocando una involución en los derechos humanos de los menores y de sus madres. En este caso, el padre fue condenado en primera instancia por unos abusos sexuales, si bien en apelación fue absuelto con los siguientes argumentos: ...”todo lo relatado por el menor no puede ser fantasía... se puede llegar a la conclusión de que hay algo de cierto en lo que dice el menor, pero no se sabe muy bien qué. Existió algún tipo de estímulo pero no necesariamente tuvo que ser sexual, pudo ser neutro, y la Sala concluye que «no se puede decir que no se haya practicado prueba de cargo, pero la Sala ha de aplicar el principio de «in dubio pro reo», puesto que la practicada no es bastante para formar convicción de que haya de condenar al acusado”. Por lo tanto, la Audiencia de Vizcaya no comparte la existencia del referido síndrome, ni que en este caso la madre manipulara al hijo para que rechazarse ver a su padre, ya que existen unas vivencias y episodios objetivados que difícilmente se solucionarían con un recurso a la fuerza. Concluye que, ante el conflicto que se evidencia, prima el equilibrio del hijo al derecho del padre privado por el incumplimiento de la resolución judicial, afirmando que es necesario posibilitar soluciones jurídicas conforme al principio de dignidad humana.

3. POSICIONES JURISPRUDENCIALES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Se encuentran resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia, recurridas ante la Audiencias correspondientes, que establecen la exigencia del deber para las madres de asegurar la presencia paterna en la

vida de los hijos e hijas tal como se vio en el Capítulo V¹⁵⁰, así como la sanción o amenaza de cambio de guarda y custodia, por considerar que existe manipulación por parte de la madre o síndrome de alienación parental (sin nombrarlo).

3.1. La modificación de la guarda y custodia a favor del padre por incumplimiento del régimen de visitas por rechazo del menor.

En diversas resoluciones procedentes de los Juzgados de Violencia se modifica la guarda y custodia, o se amenaza con dicho cambio, por considerar acreditado el incumplimiento reiterado del régimen de visitas por parte de la madre, debido al rechazo del menor a relacionarse con su padre. Decisiones que se adoptan según los Informes de los Equipos Psicosociales, en los que se advierte la existencia de un riesgo para el desarrollo de los/las menores por la influencia negativa que se deriva de la posición de la madre respecto al padre, provocando un rechazo injustificado hacia la figura paterna. Lo impactante es que se considere el rechazo, miedo y la idea de peligro de los/las menores como algo injustificado, cuando los padres habrían sido condenados previamente por delitos de violencia de género e incluso denunciados por abusos sexuales.

En este sentido la SAP de Ourense, nº 384/2012, Sección 1ª, de 18 de octubre de 2012, Rec. 384/2012 confirma la decisión adoptada por el Juzgado de Violencia de modificar la guarda y custodia a favor del padre, por producirse un persistente incumplimiento en el régimen de visitas por parte de la madre, a raíz de una denuncia presentada por esta por abusos sexuales, en la que se solicitó la suspensión del régimen de

150. En ese sentido también se halla la SAP de Málaga, nº 53/2017, Sección 6ª, de 26 de febrero de 2016, Rec. 470/2016, SAP de Guipúzcoa, nº 2379/ 2007, Sección 2ª, de 13 diciembre de 2007, Rec. 2313/2007, SAP de Alicante, nº 84/2015, Sección 4ª, de 10 de marzo de 2015, Rec. 556/2015, SAP de Jaén, nº 440/206, Sección 1ª, de 24 de junio de 2016, Rec. 241/2016, SAP de Cantabria, nº 366/2015, Sección 2ª, de 28 de julio de 2015, Rec. 243/2015 (estas dos últimas referencias en el Capítulo V).

visitas, pretensión que fue denegada por el correspondiente Juzgado de Instrucción. El padre había sido condenado anteriormente por un delito de lesiones causadas a la madre (rebajando la Audiencia la calificación a una falta de lesiones), así como a un delito de quebrantamiento. También fue condenado por una falta de injurias y coacciones hacia su nueva pareja. En relación con la denuncia de abusos sexuales, el Instituto de Medicina Legal restó credibilidad a las manifestaciones de la menor y advirtió de la existencia de un riesgo para su desarrollo, por la influencia negativa que se deriva de la posición de la madre respecto al padre, que viene a condicionar la percepción que tiene la niña de su padre¹⁵¹.

En otras no se produce el cambio de guarda y custodia pero está latente la amenaza, estableciéndose medidas para lograr el restablecimiento de las relaciones entre el padre y los/as hijos. En la SAP de Albacete, nº 326/2015, Sección 1ª, de 27 de noviembre de 2015, Rec. 326/2015 no se modifica la guarda y custodia a favor del padre, aunque habían quedado acreditados varios incumplimientos del régimen de visitas a través de sentencias condenatorias en Juicio de Faltas. Se considera según el informe del Equipo Psicosocial que dicho cambio no beneficiaría el interés del menor, ya que no se han observado indicadores de abandono o negligencia en su cuidado, y el menor habló de la figura paterna con naturalidad durante las entrevistas que se practicaron por los técnicos. Se advierte a la madre, que en el que caso de que siga dificultando el régimen de visitas y comunicación del padre con su hijo, la decisión de mantener la guarda y custodia tendrá que ser revisada; para ello, se establecen medidas de control realizándose las entregas y recogidas en el Punto de Encuentro Familiar, realizándose seguimiento por los Servicios Sociales, que podrán adoptar las medidas de protección que estimen adecuadas.

La SAP de Barcelona, nº 585/2009, Sección 12ª, de 15 de septiembre de 2009, Sección 12ª, Rec. 294/2009 confirma la resolución dictada por

151. En similar sentido, la SAP de Valencia, nº 639/2015, Sección 10ª, de 9 de noviembre de 2015, Rec. 672/2015, referenciada en el Capítulo V.

el Juzgado de Violencia en procedimiento de modificación de medidas, por la que se establece la realización de un programa de acercamiento entre el padre y el hijo tendente a restablecer los canales de comunicación. Los peritos informan que la relación entre padre e hijo está absolutamente deteriorada, llegando incluso a sentir fobia al padre, responsabilizando a la madre de esta situación, por haber imbuido en el menor la idea de peligro en su relación con el padre, habiendo hecho partícipe al niño del deterioro de sus relaciones con el progenitor. Este rechazo se produce en un contexto en el que la madre denunció al padre por abusos sexuales, si bien dicha denuncia fue sobreseída, existiendo varias denuncias más de la madre hacia el padre por amenazas, lesiones, etc. Los peritos valoraron que, dada la estrecha vinculación del menor con su madre, el cambio de custodia sería absolutamente traumático y de difícil ejecución. También evaluaron la necesidad de reanudar las relaciones con el padre, al no existir motivo justificado para su limitación o suspensión. Advirtiendo que si la madre pusiera impedimentos, o se detectará por los técnicos que sigue con la manipulación, se procedería a un cambio inmediato de guarda y custodia, bajo la supervisión de los equipos de asesoramiento técnico de los Juzgados de Violencia sobre la mujer.

En las resoluciones referidas, se elude hacer referencia a los escenarios de violencia de género vividos por los/las menores como causa del rechazo al padre, se desvincula dichos episodios con los niños y niñas, ignorando todas las alteraciones que la exposición a la violencia de género provoca en la infancia: físicas, emocionales, cognitivas, de conducta y sociales. No se utiliza el concepto del síndrome de alienación parental, pero sí toda la ideología que cimienta el mismo, que trae como consecuencia la aplicación de la terapia de la amenaza amparada por el art. 776.2.3 de la LEC. Se produce la modificación de la guarda y custodia, o la amenaza, como sanción, por no haber asegurado la presencia paterna en la vida de los hijos e hijas, contraviniendo así la Sentencia número 823/2012, del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 31 de enero de 2013. De esta manera, prevalece sobre el interés del menor la necesidad de sancionar a las madres por haber trasgredido el mandato

patriarcal; en definitiva, se les castiga por haber intentado proteger a sus hijos e hijas.

3.2. La modificación de la guarda y custodia por incumplimiento del régimen de visitas motivado por cambio de domicilio de la madre

También se localizan decisiones de los Juzgados de violencia confirmadas por las Audiencias, donde se otorga la guarda y custodia al padre por cambio de domicilio de la madre con sus hijos e hijas. En este sentido, se pronuncia la SAP de Burgos, nº 193/2015, Sección 2ª, de 7 de julio de 2015, Rec. 276/2014. La resolución correspondiente a la denuncia presentada por malos tratos fue absolutoria tanto en primera instancia como en segunda, argumentando el Juzgado que esta fue la razón por la que se otorgó la guarda y custodia al padre. Esgrime que el informe del equipo psicosocial ha sido determinante en la decisión del juzgado. Este equipo valoró que “ambos progenitores están capacitados para ostentar la guarda y custodia de los menores, sin embargo el padre presenta una mayor estabilidad emocional, con un comportamiento más adecuado, habiendo priorizado el bienestar de sus hijos, no siendo así el caso de la madre, quién de manera unilateral, atendiendo a sus intereses personales, se trasladó a su ciudad de origen con los hijos comunes, separándolos de su entorno más conocido y privando injustificadamente tanto al padre como a los hijos de la relación paterno filial. Esto constituye un “maltrato emocional a los niños”. Así, el informe del equipo psicosocial llega a las siguientes conclusiones en relación a los menores: “existencia de escenarios prestados” al relatar un episodio de violencia vivido igual que la madre; “introducción de la progenitora en el conflicto”: “cuando estábamos en el coche, mi madre me dijo que mirara a ver si nos perseguía de nuevo”, con transmisión de miedo y razonamientos impropios de su edad y nivel madurativo”; “alusión constante a sentimiento de miedo sin expresividad facial o lenguaje no verbal que avale dicha emoción”; “polarización extrema hacia

la figura materna frente a la paterna, con idealización de la primera frente a la devaluación constante de la última”. El informe concluye diciendo: “la consecuencia a juicio de los informantes no puede ser otra que la de tratarse de ideas inducidas por la madre, la cual sí ha podido sufrir de la manera en la que se queja el menor, pero no le autoriza a imbuir a sus hijos de las mismas ideas hasta el punto de intentar anular la figura paterna”. El informe admite que la madre sí ha podido sufrir una situación de violencia, pero que esto no la autoriza a inculcar a sus hijos las mismas ideas. Parecería que los hijos no hubieran percibido el clima de violencia, así como el miedo y la tensión mientras el padre los perseguía. Se vuelve a partir de un desconocimiento absoluto de las consecuencias que la violencia de género tiene para los y las menores expuestos, negando la conducta del padre y responsabilizando a la madre del rechazo, terminando el informe expresando: “la falta de prudencia y de moderación de la demandada para gestionar la crisis de su matrimonio. La interposición de dos denuncias por violencia doméstica que han acabado en sentencia absolutoria, y la reacción desmesurada de abandonar al domicilio llevándose a sus hijos, demuestran la falta de capacidad de la demandada, no solo para gestionar de forma civilizada la situación, sino para que la crisis afecte de la forma menos traumática posible a los menores”. ¿Se produjo falta de prudencia o una absoluta responsabilidad de la madre en la protección de sus hijos? La sentencia absolutoria no significa que los hechos denunciados no sean ciertos, simplemente que el órgano juzgador considera que no han quedado suficientemente acreditados.

En el mismo sentido, la SAP de las Islas Baleares, nº 17/2015, Sección 4ª, de 21 de enero de 2015, Rec. 460/2014 revoca la decisión del Juzgado de Primera Instancia otorgando la guarda y custodia al padre, así como la suspensión de la patria potestad, por haber trasladado la madre a los hijos a otro país, entendiendo la Audiencia que “de forma arbitraria y unilateral ha sacado a los niños de su entorno y los ha privado de la presencia y contacto con su padre y familia paterna, a pesar de la prohibición expresa y reiterada de sacar a los niños de España, cuya

patria potestad ostenta también el padre, sin la previa y expresa autorización judicial”. La denuncia presentada por la madre contra el padre por abusos sexuales fue archivada, recomendando en ese momento el magistrado, para el bienestar de los menores, el cambio de guarda y custodia de los niños, o que se aumente el régimen de visitas del padre respecto de sus hijos, para que no acudan tan frecuentemente a los médicos de urgencia, sin motivo alguno que lo justifique, o que se extreme la vigilancia para valorar las causas de los repetidos incumplimientos del régimen de visitas por parte de la madre, por si son constitutivos de ilícito penal. La Audiencia modifica la guarda y custodia otorgándosela al padre, sin que exista base bastante para poder afirmar que los niños sufren un SAP. Sin embargo, a pesar de no existir base suficiente del referido síndrome, aplica las soluciones del mismo: otorgando la guarda y custodia al padre y estableciendo un régimen de visitas limitado y tutelado en el punto de Encuentro.

En ambas decisiones está latente el ideario del constructo del síndrome de alienación parental. En la resolución de la Audiencia Provincial de Burgos, a través del informe del equipo psicosocial, se introducen los síntomas del trastorno que definió Gardner. En ambas se percibe la sombra de la denuncia falsa; reprochando a la madre la falta de prudencia y de moderación para gestionar la crisis, interponiendo dos denuncias por violencia doméstica que acabaron en sentencia absolutoria, o la recomendación del magistrado cuando se archivó la denuncia por abusos sexuales a modificar la guarda y custodia a favor del padre.

Por otro lado, se hallan sentencias en las que no se modifica la guarda y custodia, a pesar de producirse un traslado decidido por la madre del menor a otro país, teniendo en consideración el interés del menor. La SAP de Burgos, nº 403/2016, Sección 2ª, de 22 de noviembre de 2016, Rec. 207/2016, argumenta: “pese a lo dispuesto en el art. 776.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sanción no puede ser, en este caso, la privación de la custodia sobre el menor si ello redundaría en perjuicio del mismo. Dicho en otros términos, aunque la progenitora haya actuado ilícitamente, no cabe imponerle una sanción, la privación de la

custodia, que va a terminar sufriendo el hijo menor”. Entendiendo que su conducta puede acarrear las consecuencias que sean oportunas, tal como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2013: imposición de multas coercitivas, incumplimiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980¹⁵² y de posibles indemnizaciones por el daño moral ocasionado. Decisión acorde con lo establecido en la referida Sentencia del Tribunal Supremo nº 642/2012, Sala 1ª, Rec. 1238/2011, por la que se argumenta que es posible la modificación de la guarda y custodia por el cambio de domicilio decidido unilateralmente por el padre o de la madre, siempre que resulten perjudicados los intereses de los menores por dicho cambio.

4. LA UTILIZACIÓN DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN ESCENARIOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Se han analizado todas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales procedentes de decisiones adoptadas por los Juzgados de Violencia, en las que se introduce por algunas de las partes, por los informes forenses, o por el juzgador o juzgadora el término “Síndrome de Alienación Parental”, en total, 55 resoluciones. Se ha podido observar la siguiente realidad en nuestra práctica judicial: resoluciones en las que se otorga la guarda y custodia al padre por el rechazo de los/as menores al mismo, por entender, según los informes de los Equipos Psicosociales, que queda acreditado la existencia del SAP; pronunciamientos en los que se otorga la guarda y custodia al padre, en esta ocasión por el rechazo del menor a la madre, y decisiones que se alejan de la ideología que sustenta el SAP.

152. Instrumento internacional sobre aspectos civiles en materia de sustracción internacional de menores, sobre aspectos civiles.

4.1 Se otorga la guarda y custodia al padre por quedar acreditada la existencia del Síndrome de Alienación Parental

Se hallan resoluciones en las se otorga la guarda y custodia al padre por el rechazo de los menores al mismo, por entender, según los informes de los Equipos Psicosociales, que queda acreditado la existencia del SAP, sin hacer alusión a la situación de violencia de género de la que se partía. Se trata de decisiones adoptadas con anterioridad a la publicación de la ¹⁵³Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género del año 2013 y 2016, del Consejo General del Poder Judicial. Como se ha señalado, en dichas Guías se rechaza un cambio de guarda y custodia a favor del progenitor investigado o condenado por violencia de género, según el supuesto síndrome de alienación parental, debiendo presidir en todo caso la decisión judicial el interés de los y las menores.

La SAP de la Coruña, nº 154/2012, Sección 6ª, de 26 de junio de 2012, Rec. 127/2011 confirma la decisión adoptada en Primera Instancia, a través de la cual se otorga la guarda y custodia al padre, por el rechazo extremo de los menores hacia el mismo en las visitas frustradas en el PEF. Los informes del referido centro alaban la actitud del padre, empeñado en restablecer la relación con sus hijos, pero critican el comportamiento reticente de la madre, por desdeñar las sugerencias e instrucciones que las psicólogas entendían adecuadas para propiciar una mejor marcha de las sesiones. La madre argumentaba que la actitud de los menores era debido a una situación de agresividad o desinterés del padre, que había dado lugar incluso a una situación de violencia. El Informe del equipo psicosocial por estas tensiones que afectaban a los menores “otorgó” la custodia al padre. En la argumentación de la sentencia se asegura que no se ha aplicado un síndrome de alienación parental; sin embargo, se utilizan las consecuencias acordes al mismo.

153. Se ha observado en el apartado anterior que aunque el término no se nombre o se niegue que se aplica, se sigue utilizando por los Juzgados de Violencia sus constructos.

La SAP de Madrid, nº 405/2009, Sección 24ª, de 23 de abril de 2009, Rec. 81/2009 confirma la decisión adoptada en Primera Instancia, en procedimiento de modificación de medidas, por la que se otorga la guarda y custodia al padre, según el incumplimiento del régimen de visitas e inicio de los primeros síntomas del síndrome de alienación parental. Se establece un régimen de visitas hacia la madre limitado y tutelado en el PE. La Audiencia hace alusión al informe del Equipo Técnico adscrito al Juzgado: “reiterado incumplimiento sistemático por parte de la madre, ampliamente informado en autos, del régimen de visitas y comunicaciones, que ha redundado en una alteración perjudicial para la niña y para las relaciones afectuosas y beneficiosas que mantenía con su padre, con el pretexto infundado de proteger a la menor de un peligro que no existía, hasta el punto de llegar a apreciarse problemas relacionales con el progenitor no custodio, de rechazo inicial, pronto solucionado sin más que la permanencia con este. Se concluye en meritado dictamen que en base al continuo incumplimiento por parte de la madre del régimen de visitas, por el que ha sido, por cierto, condenada en diversas ocasiones, ha de procederse al cambio de opción de guarda, por más que suponga un cierto shock para la niña, al ser el único medio que garantiza relaciones normalizadas con el padre sin suponer ello una pérdida de la relación con la madre”. La SAP de Pontevedra, nº 4/2009, Sección 3ª, de 9 de enero de 2009, Rec. 106/2008 confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia, por la que se modifica la guarda y custodia a favor del padre basada en el informe pericial que recomienda la custodia paterna, decisión razonada por la observación en la madre de conductas acordes con el denominado Síndrome de Alienación Parental, por el grave riesgo de desarrollo de dicho síndrome, que inicialmente perjudicaría al padre, pero de inmediato también a la hija en quién se provocaría un alejamiento del progenitor.

En las tres resoluciones, la decisión de cambio de guarda y custodia se justifica según los informes periciales que mantienen la existencia del síndrome de alienación parental. Se entiende que el referido síndrome perjudica al interés del menor porque provoca problemas relacionales

con el padre o alejamiento, de esta manera se desvía toda la atención hacia la madre, ocultando y negando los comportamientos violentos del padre, sin importar que la modificación de la guarda y custodia suponga *un cierto shock para la niña*.

4.2. Se otorga la guarda y custodia al padre por el rechazo del menor a la madre

Ha resultado muy significativo el gran número de sentencias procedentes de los Juzgados de Violencia en las que se otorga la guarda y custodia al padre. Se trata de resoluciones muy similares en la que las madres recurren alegando que la causa del deseo de los y las menores de estar con el padre, o del rechazo hacia ellas, es la existencia del Síndrome de alienación parental. En el argumentario, y basándose en los informes periciales, no se acepta la concurrencia del síndrome, ni la existencia de manipulación alguna por parte del padre. Se fundamenta el rechazo en un sistema defectuoso de cuidados de los hijos por parte de la madre, o en que el padre es el más adecuado para ostentar la guarda y custodia, respetando en esos casos la opinión y deseo de los y las menores. En ninguna de ellas se contextualiza la situación de violencia de género, volviéndose a omitir u olvidar. Así, en SAP de Murcia, nº 236/2010, Sección 4ª, de 29 de abril de 2010, Rec. 104/2010, en el procedimiento de divorcio, se otorgó la guarda y custodia a favor del padre, por el deseo de los hijos de vivir con él, y sobre todo según el informe psicosocial, realizado por dos peritos, en el que se recomienda que los menores permanezcan con su padre, “no apreciándose contradicciones ni incoherencias en el mismo, no poniéndose tampoco de manifiesto en este informe la existencia de signos o indicios del síndrome de alienación parental, no existiendo, por tanto, datos para poder afirmar que los menores están siendo manipulados por el padre respecto de su decisión de no querer vivir con su madre, no aceptándose, por consiguiente, lo argumentado en el recurso en relación con los indicios que se refieren en

cuanto al referido síndrome¹⁵⁴”.

También resulta muy revelador que en aquellos casos en los que se encuentra el síndrome de alienación parental ejercido por el padre no se aplique la terapia de la amenaza. De esta manera, se observa en la SAP de Alicante, nº 267/2011, Sección 4ª, de 8 de septiembre de 2011, Rec. 94/2011 cómo, a pesar de detectar la existencia de un síndrome de alienación parental, según informe pericial, el Juzgado de Violencia otorga la guarda y custodia del hijo de 16 años a favor del padre, por una convivencia de hecho después de la separación, no estableciendo régimen de visitas a favor de la madre. La Audiencia establece un régimen de visitas progresivo tutelado, bajo tratamiento terapéutico, ya que el informe pericial obrante, revela datos de un síndrome de alienación parental, impedimentos para el establecimiento de un régimen normal de comunicación entre madre e hijo. En el mismo sentido la SAP de Alicante, nº 278/2008, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2008, Rec. 314/2008 confirma la decisión del Juzgado de Violencia de atribuir la guarda y custodia al padre. La madre recurre alegando que se ha ignorado la situación de violencia de género sufrida por aquella en el seno familiar, poniendo de manifiesto la existencia de un Síndrome de Alienación Parental perpetrado por el padre sobre el menor. La Audiencia considera que no hay nada que censurar en la resolución judicial, “que ha venido a establecer un amplio régimen de visitas a favor de la madre para anular los posibles efectos de un Síndrome de Alienación Parental, alguna de cuyas características se halla presente en el menor”.

Esto confirma cómo el síndrome de alienación parental no es neutro, observándose el sesgo de género. Así las cosas, sigue cumpliendo el ob-

154. En este sentido la SAP de Málaga, nº 854/2016, Sección 6ª, de 1 de diciembre de 2016, Rec.4/2015, SAP de Tarragona, nº 146/2016, Sección 1ª, de 8 de abril de 2016, Rec. 639/2016, SAP de Islas Baleares, nº 447/2010, Sección 4ª, de fecha 9 de diciembre de 2010, Rec. 356/2010. Sentencia nº 236/2010, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 29 de abril de 2010. En la misma línea, SAP de Burgos, nº 478/2012, Sección 2ª, de 20 de diciembre de 2012, Rec. 129/2012, SAP de Córdoba, nº 185/2010, Sección 2ª, de 9 de septiembre de 2010, Rec. 202/10, SSAP de Málaga, nº 552/2009, Sección 6ª, de 7 de octubre de 2009, Rec. 2003/2009, nº 374/2017, de 21 de abril de 2017, Rec. 894/2016.

jetivo para el que se diseñó: achacar a las madres el rechazo del menor al padre; invisibilizar las causas reales por las que el padre es rechazado, y servir de argumento para que los padres logren la guarda y custodia de los hijos e hijas por parte de los padres, negando, de esta manera, la credibilidad del niño o la niña¹⁵⁵.

4.3. No se modifica la guarda y custodia según el SAP argumentado por el padre

Se hallan otras resoluciones en las que el síndrome de alienación parental es introducido por el padre con el objetivo de modificar la guarda y custodia a su favor, o ampliar el régimen de visitas que previamente le había sido limitado, no considerando la Audiencia la modificación. Sin embargo, en ninguna de ellas se contextualiza el rechazo al padre como consecuencia de la situación de violencia de género vivida. De esta manera, en la SAP de Barcelona nº 470/2013, Sección 18ª, de 9 de julio de 2013, Rec. 558/2012 el padre recurre la resolución de primera instancia solicitando que se le otorgue la guarda y custodia de la hija o subsidiariamente la ampliación del régimen de visitas. La Audiencia expresa: “no hay prueba alguna de tal síndrome de alienación parental, pero, aunque concurriera, lo decisivo sería que la menor ha sufrido y puede que siga sufriendo la incapacidad de sus progenitores para resolver pacíficamente la crisis y a lo que hay que atender es a su interés”. ¿Incapacidad de los progenitores? ¿Crisis? El hospital valoró la existencia de cuadro de ansiedad, crisis de angustia y autolesión, por la exposición de la menor a una episodio de agresión del padre a la madre, narrado por la niña, pero no apreció la existencia de abusos. Ansiedad que también fue confirmada por el médico de cabecera, por otro episodio relacionado con la visitas al padre, así como por otra psicóloga. Por otro lado, la pediatra describe muy baja probabilidad de abuso sexual, pero sí una

155. A las mismas conclusiones llegó el estudio jurisprudencial sobre el impacto del SAP en los Tribunales Asturianos del Instituto Asturiano de la Mujer (2010).

situación de riesgo psicosocial por haber sido “testigo de un episodio de violencia doméstica”. Figura nota informativa del informe forense que recoge inhibición afectiva y bloqueo emocional de la niña relacionado con la figura del padre, y los hechos motivados en la denuncia, para decir después que la sintomatología ansiosa está relacionada con incorporación de información por sugestión. La Audiencia no otorga la guarda y custodia al padre según el pretendido SAP, pero responsabiliza a la madre del rechazo de la niña al padre: “es cierto que la madre no ha sabido afrontar con objetividad las sospechas sobre su marido, ni canalizarlas, ni resolverlas en interés de la menor, escudándose sólo en la voluntad de la niña para negar el régimen de relación y sin encarar el conflicto con la exigible actitud favorable no solo a proteger a la niña, sino a descubrir la causa de sus miedos, disolverla y facilitar los contactos de la menor con su padre. No es admisible hacer dejación de una actitud de colaboración y poner en manos de la opinión de especialistas la solución del conflicto. Pero ello no es suficiente para atribuir al padre la custodia, cuando el perjuicio causado se ha podido reparar en parte con la colaboración materna con los responsables del Punt de Trobada y porque siempre ha sido la madre la que ha cuidado de la menor”.¹⁵⁶

En las resoluciones que se relacionan a continuación se rechaza la existencia del síndrome de alienación parental, siguiendo sin contextualizar la violencia de género sufrida por los/as niños/as. Como dato positivo se observa que se atribuye la causa del rechazo de los/as hijos/as a la ausencia de habilidades necesarias de los padres para tratar al hijo adecuadamente, o por el poco apego afectivo con el padre por la escasa implicación desde la infancia. De esta forma, en la SAP de Málaga, nº 37/2015, Sección 6ª, de 22 de enero de 2015, Rec. 258/2014 (ya aludida en el capítulo V) el padre recurre la decisión del Juzgado de Violencia de suspender el régimen de visitas, argumentado la existencia del síndrome de alienación parental. La Sala comparte las profundas dudas

156. En el mismo sentido la SAP de Barcelona, nº 775/2008, Sección 12ª, de 18 de diciembre de 2008, Rec. 386/2008

científicas sobre dicho síndrome, así como sus causas, consecuencias y soluciones. Sin embargo, partiendo de la posible existencia en términos generales del síndrome, considera que no puede apreciarse la concurrencia del mismo en este caso, al entender que la causa del rechazo del menor es el propio padre. Desprendiéndose este hecho de las manifestaciones del menor y de los informes del PEF, “que acreditan que el padre carece de las habilidades necesarias para tratar a su hijo adecuadamente, o al menos no las ejerce, adoptando una actitud prepotente y autoritaria sin intentar escuchar o comprender al menor en sus reivindicaciones y protestas sobre el trato que le inflige, desprendiéndose de dichas pruebas que el deterioro del vínculo paterno-filial subyacía con anterioridad a la ruptura de la convivencia de los progenitores y que se ha manifestado con toda su fuerza con posterioridad a la misma, sin que el padre haya adoptado cambio de mentalidad y conducta alguno hacia el hijo a fin de mantener o recuperar ese vínculo”. Llegada a esta conclusión, la sala considera que la primera medida para el restablecimiento de las relaciones paterno-filiares sería un cambio de actitud del padre hacia el hijo y que, para conseguir este cambio, deberá someterse a un tratamiento psicológico que posibilite una modificación en sus pautas de conducta hacia el hijo, sin que mientras tanto existan posibilidades de que se reanuden las relaciones, dado el daño psíquico que se le está infligiendo a este cuando se intenta forzar esas relaciones. Se valora muy positivo que se exija el tratamiento psicológico al causante del problema, ya que en sentencias anteriores se ha observado cómo se obliga a tratamiento a los menores para restablecer las visitas con el padre, a la madre, o al grupo familiar.¹⁵⁷

157. En el misma dirección se encuentran la SAP de Barcelona, nº 750/2014, Sección 12ª, de 3 de diciembre de 2014, Rec. 1320/2013 SAP de Zaragoza, nº 272/2015, Sección 12ª, de 2 de junio de 2015, Rec. 49/2015, SAP de Islas Baleares, nº 127/2008, Sección 4ª, de 14 de abril de 2008, Rec. 587/2007, SAP de Zaragoza, nº 349/2007, Sección 2ª, de 3 de julio de 2007, Rec. 290, SAP de Málaga, nº 151/2015, Sección 6ª, de 18 de marzo de 2015, Rec. 931/2013.

En otro orden de cosas, se advierte la introducción del síndrome de alienación parental por parte de los padres que ejercen violencia de género, argumentando la presentación de las madres de denuncias falsas por violencia de género con el objetivo de obtener “beneficios”. De otro modo, en la SAP de las Palmas, nº 37/2009, Sección 3ª, de 26 de enero de 2009, Rec. 223/2008 el padre recurre la decisión del Juzgado de Violencia de otorgar la guarda y custodia a favor de la madre, argumentando la existencia del mencionado síndrome, por entender que las denuncias fueron “una estrategia torticera basada en falsedades inventadas por la madre encaminada únicamente a apartar al padre de la menor y a lograr para sí la guarda y custodia”. La Audiencia considera que este hecho no ha sido probado, y que el archivo de las denuncias interpuestas no pudo llegar a esta conclusión. No cuestiona la existencia del SAP, argumenta que no queda probado que la mayor sintonía de la madre con la hija se deba a una previa actividad negativa del padre, aunque no hace referencia alguna a la situación de violencia de género vivida por la hija.

En el mismo sentido hallamos la SAP de Barcelona, nº 445/201, Sección 12ª, de 6 de septiembre de 2011, Rec. 695/2010. El padre recurre la guarda y custodia otorgada a la madre por el Juzgado de Violencia, aduciendo la existencia del SAP, y con los siguientes argumentos: “como consecuencia de haber consentido el juzgado una maniobra procesal llevada a cabo por la madre, al denunciarle por violencia de género, lo que propició que fuera dictada una orden de protección que dio lugar a que en el Auto de medidas provisionales previamente dictado, hubiese sido otorgada a dicha progenitora la guarda y custodia del menor, consolidándose así una situación manifiestamente artificial e injusta, que vendría a consagrar el feliz éxito de la estratagema procesal protagonizada por la madre, toda vez que, además, en aquella oportunidad no se estableció ningún régimen de visitas a favor del padre”. Descarta la sentencia el citado síndrome, si bien no cuestiona su carácter científico, volviendo a ocultar la situación de violencia de género para denominarla “grave conflicto inter-parental” y responsabilizando a la madre y el

padre de no haber preservado al menor del referido conflicto, llegando incluso a aconsejar la mediación, o que ambos progenitores acudan a una terapia a fin de procurarse ayuda externa para superar su actual situación interpersonal. Se vuelve a detectar en este discurso el desconocimiento sobre las causas y consecuencias de la violencia de género.

De manera anecdótica, llama poderosamente la atención que un padre, condenado por una tentativa de asesinato, alegue que el niño de 16 años no quiere verlo por la existencia de un síndrome de alienación parental, así se recoge en la SAP de Barcelona, nº 645/2013, de 18 de septiembre de 2013, sección 12ª, Rec. 866/2012. ¿Hasta dónde pueden llegar las justificaciones de los agresores y la negación de las consecuencias de sus conductas?

Como sentencia ejemplarizante se halla la nº 399/2015, de la Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de junio de 2015, sección 6ª, Rec. 258/2014. Se recurre la sentencia de modificación de medidas del Juzgado de Violencia en la que se mantiene la suspensión del régimen de visitas del padre hacia los menores, argumentando la existencia de un SAP. Dicha suspensión se acuerda por la existencia de dos procedimientos penales: uno por abusos sexuales y otro por malos tratos. El recurso se basa en la retirada de la acusación de abusos por parte de Ministerio Fiscal, y en el informe emitido por el Instituto de Medicina Legal, que recomienda la reanudación del régimen de visitas y la imposición de la obligación de la familia de participar en el programa establecido por el Equipo de Tratamiento Familiar. Se transcribe la motivación argumentada por el Juzgado de Violencia para suspender el régimen de visitas, que se considera plenamente acorde con el interés de los y las menores en contextos de violencia de género:

“De toda la prueba practicada, se observan en las menores sentimientos de miedo y temor hacia la figura paterna, así como vivencias de situaciones de violencia o agresión asociadas a dicha figura parental, y que aún recuerdan a pesar del tiempo transcurrido, y que le producen llanto y ansiedad cuando recuerdan lo sucedido y se les pregunta

sobre si quieren volver a tener relación con su padre, evidenciándose un rechazo absoluto a la figura paterna, al que tienen mucho miedo; y concretamente del documento nº 20 de la contestación a la demanda, se desprende que las menores ya han sido dadas de alta por la asociación Demeter al haber superado todos los objetivos marcados, aunque sin olvidar que se han superado dichos objetivos, una vez que se acordó la suspensión del régimen de visitas, y las menores estaban más tranquilas, pudiendo superar la ansiedad que mostraban, así como los trastornos del sueño que padecían, motivados por el miedo a la figura paterna, y por la posibilidad de vivir de nuevo todas las situaciones de tensión. Asimismo, se tiene en cuenta por la juzgadora de instancia que las menores relatan en la exploración realizada todo tipo de insultos hacia ellas (como “eres igual de tonta que tu madre”), y de agresiones físicas (“me daba pellizcos, y no había hecho nada”), así como de agresiones a su madre (“le pegaba a mi madre y le rompía la ropa, le daba tortazos como a mí, mi madre lloraba pero él no paraba de pegarle”). Y se añade que esa visión hacia la figura paterna no ha mejorado con el tiempo, negándose las hijas comunes a tener todo tipo de contacto con su padre, señalando que ya no tienen pesadillas y que están muy tranquilas, además de estar obteniendo excelentes calificaciones escolares; y de todo ello se colige en la Sentencia apelada que no parece prudente en interés de las menores, reanudar el régimen de visitas, ni siquiera tutelado, en base a las manifestaciones de las menores, señalando que también se niegan a ir al Punto de Encuentro Familiar, porque cuando antes iban su padre también las insultaba, no siendo por el momento factible acudir al Equipo de Tratamiento Familiar, ya que forzar un régimen de visitas de las niñas con su padre podría resultar altamente perjudicial para las mismas, puesto que los recuerdos de las menores hacia su padre están rodeados de un clima de violencia y conflictividad generalizada, y que, como consecuencia de ello, muestran en la actualidad un importante rechazo hacia su padre, con quien no mantienen ningún vínculo, por lo que la fijación de un régimen de visitas

con el progenitor no custodio podría ser contraproducente para el desarrollo madurativo de las menores y su estabilidad emocional; a lo que se añade, que la relación paterno-filial podría resultar desestabilizadora y perjudicial para la salud física, psíquica y moral de las menores, por lo que, en beneficio e interés de las mismas - favor filii-, se estima adecuado dejar tal derecho-deber en suspenso, y se desestima la demanda”.

El padre argumenta a través de su recurso que se ha producido un error en la valoración de la prueba, estimando que solo se ha valorado en la sentencia apelada la voluntad manifestada por las menores en la exploración judicial y el informe emitido por la asociación Demeter, no habiéndole sido otorgado valor probatorio a los informes aportados por el Instituto de Medicina Legal. La Audiencia confirma la decisión adoptada por el Juzgado de Violencia entendiéndolo que sí se tuvo en cuenta el informe del Instituto de Medicina Legal, simplemente que no se le otorgó el valor probatorio que alega el recurrente. Esta resolución tiene una gran relevancia porque otorga valor probatorio al informe emitido por una asociación especializada en la atención e intervención integral a niños y niñas que han vivido experiencias de violencia de género, que llevaba tiempo interviniendo con las hijas en este procedimiento, así como al rechazo de las mismas al padre por la situación de violencia vivida, frente al informe del Instituto de Medicina Legal. Afirma la Audiencia que la prueba pericial ha de hacerse en la sentencia conforme a las reglas de la sana crítica, tal como establece el art. 348 de la LEC, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de peritos; dicha valoración corresponde en cada caso al Juez o Tribunal. Por lo tanto, a pesar de que el informe del Instituto de Medicina Legal recomienda la reanudación del régimen de visitas y el sometimiento a un programa de terapia familiar, el informe de Demeter colige la inconveniencia de dicha reanudación, por la sintomatología que presentaba las menores, ya que cuando empezaron las visitas sufrieron una involución, y por lo tanto una mayor dificultad en su proceso de recuperación.

Haciendo alusión a la sentencia de esa misma sala, de 13 de junio, en la que se pone de manifiesto que no todo parecer o deseo de un menor de edad puede calificarse de capricho y que, como tal, no merece ser atendido, tal como dispone el art. 92.2 del CC, cuando impone al Juez la obligación de velar por el cumplimiento del derecho de los niños a ser oídos antes de adoptar cualquier medida sobre su custodia, cuidado y educación, y el art. 777.5 de la LEC, preceptos que no hacen más que recoger los principios de la citada Convención sobre los Derechos del Niño. En su art. 12 no solo dispone el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, sino que también se proclama que deben tenerse en cuenta las opiniones del niño. Hace mención expresa a las profundas dudas científicas sobre la existencia del Síndrome de Alienación Parental, así como de sus causas y consecuencias, entendiendo que no ha quedado acreditado que las menores puedan estar condicionadas por la madre, sino por las vivencias experimentadas con su padre, incluso en las visitas en el PEF.

También es merecedora de destacar la SAP de Alicante, nº 238/2013, Sección 4ª, de cuatro de junio de 2013, Rec. 776/2012 por la que se confirma la decisión del Juzgado de Violencia adoptada en procedimiento de modificación de medidas, por la que se otorga la guarda y custodia a la madre y se suspende el régimen de visitas. El padre recurre considerando que el rechazo es debido a la existencia de un Síndrome de Alienación Parental, la sentencia lo rechaza aduciendo que “el rechazo es debido a haber sido testigos de los episodios de violencia llevados a cabo por aquel en el ámbito familiar, a resultas de los cuales fue condenado como autor de un delito de malos tratos; de manera que no podía atribuirse a la madre el ser la causante de la destrucción del citado vínculo paterno-filial, a través de un supuesto Síndrome de Alienación Parental, sino a la propia conducta violenta y agresiva del padre”. Argumenta la sala las consideraciones que la Jueza de instancia realizó sobre la escasa base científica del referido síndrome y que, independientemente de ello, “los menores tienen edad suficiente (12 y 15) para expresar y manifestar sus sentimientos libremente a tenor de sus

propias vivencias, han sido víctimas de malos tratos físicos y psicológicos por parte del padre sobre la madre y sobre ellos, hasta el punto de haber sido condenado aquel por sentencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Elche, como autor de un delito de maltrato familiar del artículo 153.1 y 3 del Código Penal a las correspondientes penas... como consecuencias de lesiones que le ocasionó., hallándose presente en ese momento su hija Lucía”.

Alude a los informes elaborados por los Peritos Psicólogos Forenses, especialistas en violencia de género, que tras evaluar a la madre y a los hijos, concluyeron sobre las alteraciones que la violencia de género sufrida les había ocasionado: trastorno de estrés postraumático crónico reactivo a la relación paterno-filial, miedo, indefensión, ansiedad, presentando ambos menores un alto grado de rechazo y temor a relacionarse con su padre, lo que exigía la supresión de la relación paterno-filial forzada, a fin de evitar un empeoramiento en su situación psicológica y emocional. En contraposición a los anteriores informes, la perito psicóloga designada por el Juzgado, tras entrevista al grupo familiar, consideró conveniente restablecer la relación paterno-filial, recomendando, debido a la negativa de los menores a mantener contacto con su padre, a asistir a terapia familiar, con el objetivo de normalizar la relación y establecer un régimen de visitas adecuado. Argumentando que el “rechazo de los menores hacia su padre no podría atribuirse exclusivamente al comportamiento de la madre, puesto que ya presentaban problemas antes de la separación”, argumentación totalmente alejada de las causas y consecuencias de la violencia de género y de los efectos de la misma en los y las menores.

La Audiencia confirma la decisión del Juzgado de Violencia considerando que estaba avalada por dictámenes periciales elaborados por psicólogos expertos en violencia de género.

Para introducir el apartado siguiente merece mención, la SAP de Huesca, nº 31/2013 de 31 de enero de 2013, Rec. 426/2012, en la que el padre recurre la decisión del Juzgado de Violencia de otorgar la guarda y custodia a la madre de la hija próxima a la mayoría de edad,

alegando la existencia de una “coalición madre-hija contra el padre en un contexto hostil y manipulativo característico de un síndrome de alienación parental”. La hija se niega a relacionarse con el padre, por lo que se fijan visitas tuteladas en el punto de encuentro familiar. La Audiencia alega la prohibición establecida en la norma regional: “no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, 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 todo ello sin perjuicio de que en los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria”. Se confirmó el régimen de visitas establecido de tres días por semana, tuteladas en el punto de encuentro familiar, recibiendo la menor tratamiento psicológico en el centro socio-público más cercano, así como los padres, a los efectos de mejorar la relación entre la familia y el padre con la menor. Todo ello a pesar del procedimiento en tramitación de malos tratos habituales, la edad de la menor, y el rechazo con singular contundencia a mantener con su padre una relación personal más estrecha o continuada. En ningún momento se observa en el argumentario de la sentencia ninguna alusión a las consecuencias de la exposición a la violencia. El procedimiento penal en trámite impide otorgar la guarda y custodia por la normativa regional referida.

5. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA INDIVIDUAL Y COMPARTIDA AL PADRE EN ENTORNOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Anteriormente se ha podido comprobar cómo en diversas resoluciones se otorga la guarda y custodia a los padres que ejercen violencia de género, bien a través de una modificación por incumplimiento del régimen de visitas, al quedar “acreditada” la existencia de manipulación de la madre hacia los hijos e hijas, o a través de la argumentación de la existencia del Síndrome de Alienación Parental, aplicando en ambos casos la terapia de la amenaza como sanción. También se ha podido ver cómo se otorga la guarda y custodia por considerar a los padres los más adecuados para ostentarla, principalmente por el deseo de los hijos e hijas de permanecer con ellos con el consiguiente rechazo hacia la madre, a pesar de haber argumentado las madres la existencia del síndrome de alienación parental. ¿Podrá un padre que ejerce violencia de género ser el más adecuado para ejercer la guarda y custodia? Es llamativo que cuando los/as hijos/as expresan su deseo de no relacionarse con su padre, no se les tenga en cuenta, y se valore que es producto, como mínimo, de la manipulación de la madre, y, como máximo, del Síndrome de alienación parental. Sin embargo, sí se les considera cuando expresan su deseo de permanecer con el padre, otorgando la custodia a quien maltrata, ignorando que otra de las maneras de ejercer violencia de género es a través de la ruptura del vínculo de los hijos e hijas con la madre, haciendo daño “con lo que más les duele”, además de obviarse las escasas o nulas habilidades de los padres violentos.

Es necesario hacer referencia en este apartado a la prohibición expresa de atribuir la guarda conjunta prevista en el art. 92.7 del CC, cuando “cualquier de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar con la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta,

de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el CC y la LEC en materia de separación y divorcio introdujo la vigente redacción del art. 92 del CC, si bien la custodia compartida no estaba expresamente excluida en nuestro ordenamiento jurídico. Bodelón (2010: 137) afirma que estamos ante los nuevos mecanismos para negar o reducir la importancia de la violencia de género. Esta autora sostiene que la custodia compartida impuesta favorece el ocultamiento o la pervivencia de la violencia de género. En palabras suyas:

“la custodia compartida impuesta no reconoce las fuertes desigualdades que se dan todavía en las relaciones de pareja respecto del cuidado de las hijas/os, se construye como un discurso falsamente igualitario, que entiende la igualdad como una igualdad normativa, desentendiendo la desigualdad de las relaciones de género y reproduciendo, por tanto, la desigualdad en un nuevo escenario” (Bodelón, 2010:132).

El art. 92.5 del CC establece la guarda y custodia compartida para el caso de que la madre y el padre lleguen a un acuerdo en el convenio regulador, o a lo largo del procedimiento. Sin embargo, el apartado 8 de este precepto prevé, excepcionalmente, la posibilidad de acordar una guarda y custodia compartida impuesta, y sin acuerdo, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, por el que se considere que, de esta manera, se protege el interés superior del menor.

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad argumentaba, en su exposición de motivos, que a raíz de la STS de 8 de octubre de 2009, se vino consolidando la jurisprudencia defendiendo una interpretación extensiva de la excepcionalidad de la guarda y custodia compartida, por lo que esta ley pretendía “introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezca la rigidez

y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, debiendo ser el Juez en cada caso, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro...”. Finalmente, esta regulación no llegó a ser aprobada, pero la jurisprudencia siguió avanzando en este camino, así como las legislaciones forales de Aragón, Cataluña, País Vasco y de la Comunidad Valenciana¹⁵⁸.

La STS nº496/2011, Sala 1ª, de 7 de julio de 2011, Rec. 1221/2010 favorece este último criterio cuando expresa: “la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino al contrario, debería considerarse lo más normal, 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”¹⁵⁹. De esta manera, el Tribunal Supremo realiza un interpretación del precepto contraria a la literalidad del mismo, estableciendo por la vía jurisprudencial la guarda y custodia compartida como “la más normal”.

El establecimiento de la misma como regla general, y no como excepción, es resultado del cambio igualitario que se ha producido en las relaciones familiares: “representa la perfecta equivalencia entre los progenitores, o mejor dicho, su neutralidad”. Sin embargo, este enmascaramiento esconde otra realidad con consecuencias nefastas: “la custodia compartida auspiciada a favor de los derechos de los niños y niñas se presta a reinstaurar o mantener la autoridad y el control masculino no sólo sobre los hijos e hijas, también sobre las ex esposas” (Pitch, 2003,157).

El establecimiento de la guarda y custodia compartida en nuestro

158. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven se mantuvo vigente hasta el 16 de noviembre de 2016, por ser declarada inconstitucional, por entender el Tribunal Constitucional que la Comunidad Autónoma Valenciana no tiene competencias para regular esta materia.

159. En el mismo sentido, la STS 194/2016, de lo Civil, Sala 1ª, de 29 de marzo de 2016, Rec. 1159/2015 y la STS 172/2016, de lo Civil, Sala 1ª, de 17 de marzo de 2016, Rec. 1136/2015

Código Civil, así como las posturas jurisprudenciales considerándola como prioritaria, está siendo utilizada por los padres agresores como un mecanismo potente para seguir ejerciendo violencia hacia las mujeres, pudiendo estas ceder a sus “pretensiones”, por el miedo a perder a sus hijos/as, o con la esperanza de que así cese la violencia. Cada vez es más frecuente encontrar padres que nunca se han responsabilizado de la crianza de sus hijos/as, y que comienzan a hacerlo, o aparentar que lo hacen, acudiendo al colegio a llevarlos/as o recogerlos/las, solicitando tutorías, pasando tiempo con ellos/as, comprando regalos, etc. Este “nuevo padre” fingirá ante los equipos psicosociales su gran implicación y buena intención, aunque sus verdaderos propósitos sean utilizar a los/las niños/as como moneda de cambio, o como instrumento para seguir ejerciendo el control sobre la que considera “su mujer”. Ante situaciones de violencia de género no denunciadas, en los procedimientos contenciosos, las violencias pasarán inadvertidas por los Juzgados de Familia, y de una forma absoluta, en los procedimientos de mutuo acuerdo. Otra cuestión digna de reflexión y estudio serían los acuerdos alcanzados, en cuanto a guardas y custodias compartidas y régimen de visitas, en los procedimientos de mutuo acuerdo que se tramitan en los Juzgados de Violencia, acuerdos en los que la prohibición expresa del art. 92.7 quedaría vacía totalmente de contenido.

Picontó (2018: 127) señala que, aunque es mayoritaria la corriente jurisprudencial que entiende que la violencia de género es circunstancia determinante para rechazar la guarda y custodia compartida, se han dado otras interpretaciones que consideran que no es suficiente para rechazar la misma que el padre esté incurso en un proceso por violencia de género, a no ser que dicha conducta penalmente perseguible “comporte un riesgo para los hijos o para el otro progenitor”¹⁶⁰. Sin

160. Esta autora señala las siguientes sentencias que se pronuncian en este sentido: SAP de Castellón, nº 86/2014, Sección 2ª, de 23 de junio de 2014, Rec. 89/2014, SAP de Alicante nº 370/2013, Sección 4ª, de 15 de octubre de 2013, Rec.185/2013, SAP de Granada, nº 444/2014, Sección 5ª, de 5 de diciembre de 2014, Rec.306/2014, SAP de Barcelona, nº 510/214, Sección 12ª, de 25 de julio de 2014, Rec. 31/2014, SAP de la

embargo, es importante evidenciar los argumentos dados por la STS nº 36/2016, Sala 1ª, de 4 de febrero de 2016, Rec. 3016/2004. Esta sentencia revoca la dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaiko por la que se otorga una guarda y custodia compartida. Con posterioridad a la misma, el padre es condenado por un delito de amenazas en presencia de los hijos comunes. Argumenta la sala que “no pueden dejar sin repuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con 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”. La sentencia esgrime para su argumentación el art. 2 de la LO 8/2015, exigiendo que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno libre de violencia, y que 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.

Nuestro Código Civil no establece una prohibición expresa para la atribución de la guarda y custodia en exclusiva al padre agresor. El frustrado Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, sí preveía la prohibición expresa de la atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas, individual y compartida, al progenitor que hubiera sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos e hijas que convivan con ambos, hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual el Juez o la Jueza valoraría si procede tal concesión. Estableciendo también prohibición en el caso de estar incurso en un proceso penal por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes

Coruña, nº 175/2015, Sección 3ª, de 27 de mayo de 2015, Rec. 46/2015

referidos. Esta posibilidad, como ya se ha referido a lo largo de este texto, está prevista en el art. 66 de la LO 1/2014, cuando faculta al órgano judicial a suspender la guarda y custodia al imputado por violencia de género. Por otro lado, el art. 12.3 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, establece: “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 aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación”. En determinadas Comunidades Autónomas con derecho civil propio sí se ha establecido la prohibición expresa, quedando así regulada en Aragón, Navarra, Cataluña y el País Vasco.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, aprobó con el título “Código del Derecho Foral de Aragón” el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Tal como se ha referenciado en la anterior sentencia¹⁶¹, establece en su art. 80.6 la prohibición de guarda y custodia a uno de los progenitores individual y compartida, “cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando se adviertan indicios fundados de violencia de género o doméstica”.

De igual manera, se pronuncia la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo de Navarra, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. En relación a la ley aragonesa, se añade que las medidas serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal, y aclara que “la denuncia

161. SAP de Huesca, nº 31/2013 de 31 de enero de 2013, Rec. 426/2012.

contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de 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”.

La ley 25/2010, introdujo el Libro II del Código Civil catalán denominado “De la persona y la familia”. En su art. 233-11 el Código Civil de Cataluña prohíbe la atribución de la guarda y custodia a aquel 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, prohibición que también se aplica en el caso de que existan indicios fundamentados de la comisión de dichos actos.

La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del Parlamento Vasco, establece en el art. 11. 3: “no obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por 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 penal¹⁶². Precepto que tiene planteada una cuestión de inconstitucionalidad, admitida a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 18 de julio de 2017.

Se hallan resoluciones que hacen referencia expresa a la prohibición de guarda y custodia individual¹⁶³; sin embargo, en otras se otorga la

162. Estableciendo en el apartado 4 del mismo precepto: “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 a ellos”.

163. SSAP de Barcelona, nº 753/2014, Sección 12ª, de 4 de diciembre de 2014, Rec.

guarda y custodia al padre agresor existiendo condenas o procedimientos iniciados por delitos de malos tratos. Así, la ya referida de la Audiencia Provincial de Tarragona nº 146/2016, Sección 1ª, de 8 de abril de 2016, Rec. 639/2015, en la que el padre fue condenado por tres hechos sucedidos del art.153.1 y 3 del CP, destacando que el último hecho se produjo en presencia de la menor. También se hallan decisiones¹⁶⁴ en las que se modifica la guarda y custodia a favor del padre por quedar “acreditado” el incumplimiento del régimen de visitas, por la influencia negativa de la madre, o se amenaza con el cambio de guarda y custodia por la vía del artículo 776.3 de la LEC. De esta manera, la prohibición expresa de guarda y custodia a aquel progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista cede a favor de este precepto¹⁶⁵.

Así mismo, en relación a la prohibición expresa, prevista el art. 11.3 de la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del Parlamento Vasco, de suspensión del régimen de estancia, relación y comunicación en los supuestos de condena por delitos de violencia de género, se descubren sentencias en las que se acuerda dicho régimen con el padre condenado por violencia de género, a pesar de la prohibición expresa, con excepciones.¹⁶⁶

281/2014, nº 169/2013, Sección 12ª, de 14 de marzo de 2013, Rec. 425/2012.

164. SAP de Barcelona, nº 503/2011, Sección 18ª, de 29 de julio de 2011, Rec. 935/2010.

165. SAP de Girona, nº 67/2015, Sección 1ª, de 24 de marzo de 2015, Rec. 711/2014

166. SSAP de Guipúzcoa, nº 297/2017, Sección 2ª, de 27 de noviembre de 2017, Rec. 2329/2017, nº 206/2018, Sección 2ª, de 27 de abril de 2018, Rec. 2124/2018, SSAP de Vizcaya, nº 191/2017, Sección 4ª, de 13 de marzo de 2017, Rec. 51/2017, nº 117/2017, Sección 4ª, de 16 de febrero de 2017. Rec. 741/2016

6. LA MIRADA PATRIARCAL DE LOS INFORMES DE LOS EQUIPOS PSICOSOCIALES Y DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

Ley de 30/1981, de 7 de Julio, reguladora del divorcio, incluyó la posibilidad de la emisión de dictámenes de especialistas para ilustrar los procedimientos de familia, por lo que el Ministerio de Justicia creó estos grupos de profesionales dispuestos de diferente manera y denominación para ejercer esas labores de auxilio judicial.

El artículo 770.4 de la LEC prevé: “si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio, y en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de su interés, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 92.6 del CC: “ en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor...”, y el 92.9 del mismo texto cuando establece: “el Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

Los y las profesionales de los equipos psicosociales carecen de estatuto específico y su actividad no se encuentra regulada. 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 establece: “los Institutos de Medicina

Legal y Ciencias Forenses contarán con unidades de valoración forense integral, de los 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. Asimismo, dentro de estos Institutos, podrán integrarse el resto de profesionales que integran los denominados equipos psicosociales¹⁶⁷, esto es, psicólogos, trabajadores sociales y educadores sociales, que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores; con todo ello, se refuerza y garantiza su actuación”¹⁶⁸

La Comisión de Justicia, en su sesión del día 20 de diciembre de 2016, aprobó con modificaciones la Proposición no de Ley relativa a la regulación de los Equipos Psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia, presentada por el Grupo Parlamentario Popular y publicada en el Boletín del Congreso de los Diputados, serie D, núm. 32, de 11 de octubre de 2016. Se manifiesta la necesidad al Gobierno de estudiar la posibilidad de dotar a los Equipos Técnicos, conocidos como “equipos psicosociales”, adscritos a los Juzgados de Familia, de un marco jurídico que los regule en cuanto a su composición, funciones y responsabilidad. En el marco de dicho estudio se solicita que se acuerde analizar, y en su caso mejorar, las dotaciones de personal, infraestructuras y medios materiales necesarios para que estos Equipos Técnicos puedan llevar a efectos sus funciones.

En relación a la actuación de los equipos psicosociales se han presentado diversas quejas sobre su funcionamiento ante distintas instituciones por retrasos en los plazos, disconformidad de sus informes, escasa

167. En la Comunidad Autónoma de Andalucía ya se han integrado mediante el Decreto 90/2018, de 15 de mayo, por el que se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Institutos de Medicina Legal de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del Consejo Andaluz de Medicina Legal y Forense y de la Comisión de Coordinación de los Institutos de Medicina Legal, aprobado por el Decreto 69/2012, de 20 de marzo.

168. Preámbulo de la Ley.

motivación o inidoneidad de los y las profesionales intervinientes. Reclamaciones presentadas ante el Defensor del Pueblo Andaluz y Defensor del Pueblo. Este último inició una actuación de oficio con todas las Comunidades Autónomas y con el Ministerio de Justicia para conocer el régimen jurídico aplicable a los equipos psicosociales, y formuló las siguientes recomendaciones: crear un grupo de trabajo de Ministerio y Comunidades Autónomas para elaborar protocolo común; definir características y procedimientos de cada equipo psicosocial: número mínimo de personas que deben formar el equipo, formación teórica y su contribución al informe, así como los criterios y metodología de la evaluación psicosocial pericial y de la elaboración del informe final; facilitar la impugnación de informe cuando se incumpla el protocolo; formación continua para los miembros de los equipos psicosociales para fomentar el conocimiento de los derechos de los menores y la adecuación de la prueba a los protocolos adoptados.

A lo largo de este capítulo se ha observado cómo las decisiones adoptadas por los Juzgados se basan principalmente en las valoraciones y recomendaciones realizadas por los Equipos Psicosociales y los equipos del Instituto de Medicina Legal, introduciéndose por esta vía la apreciación de la manipulación de la madre, nombrándolo o no el síndrome de alienación parental. En este sentido, Paz (2008: 2 y ss) evidencia cómo los equipos psicosociales no tienen en cuenta la violencia de género en la prueba pericial realizada, por las siguientes razones: no contar con herramientas metodológicas adecuadas, carecer de formación específica en violencia de género, así como desconocer las consecuencias de la violencia de género en los hijos e hijas. Estas carencias hacen que los y las profesionales de dichos equipos tengan ideas sociales falsas sobre el hombre que ejerce violencia de género, confundiendo consecuencias de la violencia de género en la madre con características de personalidad propias. Esto hace que favorezcan al padre, por presentar una imagen más correcta y amable de cara al exterior, y presentarse con una postura conciliadora ante los/las responsables del estudio sobre la decisión de guarda y custodia, dando mayor credibilidad al hombre que ejerce violencia que a la mujer que la sufre.

Este escenario nos lo encontramos en los equipos psicosociales, en los institutos de medicina legal, pero también en los equipos de los servicios sociales comunitarios, puntos de encuentro, etc. Estos/as profesionales, bajo el paraguas de la ideología patriarcal, pueden cuestionar la violencia sufrida por la madre e hijos/as, otorgando preferencia al derecho del padre a relacionarse con sus hijos e hijas, así como a la necesidad de dicha relación para el desarrollo de los mismos, independientemente de las violencias vividas. Walker (2012:358) puso de manifiesto cómo, con frecuencia, estos equipos aluden a la conducta de la mujer que provoca alienación y alejamiento de los/as hijos/as con respecto a su padre, no aceptando que los niños/as expuestos/as a violencia de género temen a sus padres por su conducta controladora y abusiva, que en irrisorias ocasiones es descubierta por los instrumentos de los evaluadores forenses. Habría que reflexionar sobre los modelos utilizados por estos equipos en contextos de violencia de género, ¿se está dotando a las mujeres de herramientas que les permitan ofrecer seguridad a sus hijos e hijos? O, por el contrario, ¿se las sanciona por intentar protegerlos/las?

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

La ideología conyugal complementaria exige que las madres aseguren la presencia paterna en la vida de sus hijos e hijas a toda costa. No hacerlo supondría ser una madre manipuladora, alienadora, movida por la venganza y el rencor. Se ha podido observar cómo, ante la negativa del hijo o hija a relacionarse con el padre, tanto en contextos acreditados de violencia de género como en los que no lo están, existe una presunción de manipulación por parte de la madre, que no admite prueba en contrario si se sigue el paradigma propuesto por Gardner. A igual conclusión llega Marín (2011), considerando que se ven afectados diferentes derechos fundamentales: el derecho de acceso a la Administración de Justicia, a la tutela judicial efectiva y el derecho a la salud vulnerado a través de la terapia coactiva.

Ante este diagnóstico, la acción terapeuta está avalada por nuestro ordenamiento jurídico: “la terapia de la amenaza”. El rearme del poder patriarcal ante los avances conseguidos adoptó en nuestra sociedad diversas formas, una de ellas está escondida ante la aparente neutralidad del art. 776.2.3 de la LEC, norma diseñada e interpretada con el fin de mantener intacto el papel atribuido a las mujeres en el originario contrato social, norma cooperadora necesaria del Síndrome de Alienación Parental. La amenaza latente del severo castigo propuesto por este precepto ha llevado a disciplinar a aquellas mujeres y niños/as que se rebelaron, sirviendo a su vez de medida de control para los y las restantes.

En este capítulo se han evidenciado¹⁶⁹ resoluciones de los Juzgados de Violencia en las que se exige a las madres que aseguren la presencia del padre agresor en la vida de sus hijos e hijas, volviendo a ocultar las situaciones de violencia bajo la denominación de “relación conflictiva”, modificando la guarda y custodia, o amenazando con dicho cambio, cuando la madre no cumple con esta exigencia por el rechazo de los hijos e hijas a relacionarse con su padre. Rechazo y miedo que se considera injustificado, a pesar de las condenas por violencia de género, e incluso denuncias por abusos sexuales que no habían quedado acreditados, culpabilizando a las madres de ello, por considerar que su influencia negativa condiciona la percepción de los/as hijos e hijas respecto al padre.

En dichas sentencias no se utiliza el concepto del Síndrome de Alienación Parental, pero sí toda la ideología que fundamenta el mismo, con la dramática consecuencia de la aplicación de la terapia de la amenaza, amparada por el art. 776.3 de la LEC. De esta manera, se produce la modificación de la guarda y custodia como sanción, por no haber asegurado la presencia paterna en la vida de los hijos e hijas, contraviniendo así la Sentencia nº 823/2012, del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 31 de enero de 2013. Prevalece sobre el interés del menor la necesidad de sancionar a las madres por haber trasgredido el mandato

169. Como en otros trabajos relacionados.

patriarcal, castigándolas por haber intentado proteger a sus hijos e hijas.

Decisiones que se adoptan, en buena medida, amparadas por los informes de los Equipos psicosociales o del Instituto de Medicina Legal, en los que se percibe de que existe un riesgo para el desarrollo de los/as menores por la influencia negativa que se deriva de la posición de la madre respecto al padre, o por haber inculcado la idea de peligro en su relación con el padre. En todos los argumentos dados no se hace referencia a las violencias vividas por los/las menores como causa del rechazo al padre, desvinculándose dichos episodios con los niños y niñas, e ignorando todas las alteraciones que la exposición a la violencia de género provoca en la infancia¹⁷⁰.

Del análisis de las 52 sentencias en las que se nombra el Síndrome de Alienación Parental se extraen consecuencias muy significativas. Las resoluciones halladas en las que se reconoce el término Síndrome de Alienación Parental son anteriores a la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004 del año 2013 y 2016¹⁷¹, en la que rechaza el cambio de guarda y custodia a favor del progenitor investigado o condenado por violencia de género, con base al supuesto SAP. Esto no significa que dejen de aplicarse los constructos del SAP por parte de nuestro sistema judicial, solo que deja de nombrarse, tal como se ha podido comprobar en las resoluciones anteriores.

Se observan resoluciones en las que se modifica la guarda y custodia a favor del padre agresor, decisiones que se adoptan con base a los informes periciales que mantienen la existencia de un SAP. Por otro lado, resulta muy revelador el número de resoluciones halladas en las que se otorga la guarda y custodia al padre, por el rechazo de los/las menores hacia la madre; en estos casos, se ha visto cómo la invocación de la existencia de un Síndrome de Alienación Parental ejercido por el padre agresor no tuvo impacto alguno. Los equipos psicosociales del Juzgado atribuyeron la responsabilidad de esta circunstancia a la conducta de

170. A similares conclusiones llegó Shea, A. (2006).

171. Consejo General del Poder Judicial.

la madre, por un sistema defectuoso de cuidados, o por ser el padre el más adecuado para ostentar la guarda y custodia, respetándose el deseo de los hijos/as de querer estar con el padre. Por otro parte, llama la atención que, en aquellos casos en los que los equipos psicosociales detectaron la existencia del SAP en el padre como alienador, no se aplicó la terapia de la amenaza.

Lo anteriormente expuesto vuelve a confirmar que el Síndrome de Alienación Parental no es neutro, observándose el sesgo de género; diseñado con el único objetivo de dismantelar los avances de las mujeres como ciudadanas y sujetos de derechos, utilizando a los/as niños y niñas como mecanismo para ello.

Sin embargo, se halla la SAP de Santa Cruz de Tenerife, nº 15/2016, Sección 1ª, de 14 de Enero de 2016, Rec. 558/2015 que adopta soluciones bien enfocadas, suspendiendo el régimen de visitas por la existencia de la inducción del padre agresor sobre la menor en contra de la madre, estrategia habitual en entornos de violencia de género. Se reiteran las palabras de la sala: “supuesto que paradójicamente suele darse con más frecuencia, que en sentido adverso, con el denostado y criticado síndrome de alienación parental que consistiría en la influencia de la madre en contra del padre”.

La ideología del SAP se introduce principalmente por la vía de los informes de los equipos psicosociales. A igual conclusión se llega en otros estudios (Marín, 2009:8), informes que tienen un peso decisivo en las resoluciones judiciales, pese a la exclusiva función auxiliar que para el juez o jueza tienen los mismos, siendo una prueba de libre apreciación judicial, no vinculante. Es de suma preocupación las soluciones adoptadas por dichos equipos cuando actúan bajo el presupuesto del SAP, en su esfuerzo por restaurar la relación de los/as hijos/as con el padre agresor. Los “remedios” propuestos son diversos: programas de acercamiento entre el padre y el hijo, tendentes a restablecer los canales de comunicación; seguimiento por los Servicios Sociales; programas establecidos por los Equipos de Tratamiento Familiar; terapia familiar y mediación. ¿Dónde queda la prohibición expresa de mediación en ma-

teria de violencia de género establecida en el art. 44.5 de la LO 1/2014? En definitiva, se están imponiendo intervenciones dirigidas a obligar a los niños y niñas a relacionarse con el padre violento. En este sentido, Barea (2013: 70) alerta del riesgo de que los y las menores consideren normal el comportamiento del padre y pase a formar parte de su personalidad, máxime cuando todos los/las profesionales, incluso la madre, les insisten en que tienen que ver al padre, y los prepararan para ello. Barea (2013:39) expresa:

“la coacción nunca ha sido ni será un método terapéutico, viola los derechos humanos básicos y acaba generando odio... si para modificar una conducta se utiliza la coacción es que dicha conducta no es un síntoma involuntario e irreprimible de una enfermedad, sino un comportamiento libremente elegido por la persona”.

Si los equipos dependientes de los Juzgados no parten de las premisas del SAP, las soluciones son diferentes. En este sentido, se ha podido ver en la SAP de Málaga nº 173/2015, Sección 6ª, de 22 de enero de 2015, Rec. 258/2014, que, oponiéndose a la existencia del SAP, atribuye la causa del rechazo del hijo a la ausencia de las habilidades necesarias del padre para tratarlo adecuadamente, así como por el poco apego afectivo, por la escasa implicación del progenitor desde la infancia. Aunque en la resolución tampoco se contextualiza la situación de violencia de género, se describe al padre como prepotente y autoritario, sin escuchar y comprender al menor sobre el trato que le infiere. Desde este planteamiento, establece que, para el restablecimiento de las relaciones paterno-filiares, sería necesario un cambio en sus pautas de conducta, debiéndose de someterse a tratamiento psicológico para ello.

Se ha podido ver que cuando el órgano judicial otorga valor probatorio a los/las ¹⁷²profesionales especializados en la intervención con niños

172. Asociación Deméter y Peritos psicólogos forenses especializados en violencia de género.

y niñas que han sufrido violencia de género, las soluciones dadas encajan dentro de la conceptualización de los/las menores como víctimas de la violencia de género, descartando la existencia del SAP y acordando la suspensión del régimen de visitas¹⁷³, considerando estas resoluciones que: “forzar un régimen de visitas de las niñas con su padre podría resultar altamente perjudicial para las mismas”. “El rechazo es debido a haber sido testigos de los episodios de violencia llevados a cabo por aquel en el ámbito familiar, a resultas de los cuales fue condenado como autor de un delito de malos tratos; de manera que no podía atribuirse a la madre el ser la causante de la destrucción del citado vínculo paterno-filial, a través de un supuesto Síndrome de Alienación Parental, sino a la propia conducta violenta y agresiva del padre”. Y ello, a pesar de que el Instituto de Medicina Legal y la perito designada por el Juzgado habían solicitado la reanudación de las relaciones, imponiendo a la familia la obligación de participar en el programa establecido en el Equipo de Tratamiento Familiar, así como a terapia familiar. En este sentido, la Audiencia Provincial de Málaga hace referencia a que la prueba pericial ha de hacerse en la sentencia conforme a las reglas de la sana crítica, tal como establece el art. 348 de la LEC, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de peritos; dicha valoración corresponde en cada caso al Juez o Tribunal. Por otro lado, hace un pronunciamiento expreso al derecho de los niños a ser oídos antes de adoptar cualquier medida sobre su custodia, cuidado y educación, haciendo referencia al art. 12 de la Convención de los Derechos del niño, cuando dispone el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, así como a tenerse en cuenta sus opiniones.

Estas resoluciones se alejan de los posicionamientos adultocentristas y patriarcales de las resoluciones anteriores, tratando a las personas menores de edad como sujetos de derechos, bajo el derecho a ser protegidos de cualquier forma de violencia física y mental.

173. SAP de Málaga, nº 399/2015, de 30 de junio de 2015, sección 6ª, Rec. 258/2014, SAP de Alicante, nº 238/2013, Sección 4ª, de 4 de junio de 2013, Rec. 776/2012.

Las resistencias por los/as operadores jurídicos a la aplicación de las normas relacionadas con la violencia de género son tales que, incluso aquellas que no están sujetas a interpretación posible, son reinterpretadas en contra de los derechos fundamentales de las mujeres y de sus hijos e hijas. Este es el caso del art. 92.7 del Código Civil. A pesar de establecer la prohibición expresa de atribuir la guarda y custodia compartida en situaciones de violencia de género, se han dado otras “interpretaciones” que consideran que no es suficiente para rechazarla que el padre este incurso en un proceso por violencia de género, a no ser que dicha conducta penalmente perseguible “comporte un riesgo para los hijos o para el otro progenitor”. Dada la situación planteada, el Pacto de Estado, en su medida 143, estableció: “adoptar las medidas que permitan que la custodia compartida en ningún caso se imponga en casos de violencia de género en los supuestos previstos en el art. 92.7 del Código Civil, y que no pueda adoptarse, ni siquiera provisionalmente, si está en curso un procedimiento penal por violencia de género y existe orden de protección”.

El Código Civil no establece una prohibición similar a la establecida en el art. 92.7 para la atribución de la guarda y custodia en exclusiva al padre agresor, y tampoco se estableció como media aprobada por el Pacto de Estado. Su previsión sería necesaria para evitar la atribución de la guarda y custodia a quien violenta. Sin embargo, se ha comprobado a través de las legislaciones forales en la que está prevista, que no es una garantía absoluta, habiéndose dictado sentencias en las que se otorga la guarda y custodia al padre agresor a pesar de la existencia de condenas o procedimientos iniciados por delitos de malos tratos, o en las que se modifica la guarda y custodia a favor del padre por quedar “acreditado” el incumplimiento del régimen de visitas debido a la influencia negativa de la madre, cediendo, así, la prohibición expresa de guarda y custodia a favor del art. 776.3 de la LEC.

Se ha visto cómo el Consejo General del Poder Judicial rechaza un cambio de guarda y custodia a favor del progenitor investigado o condenado por violencia de género, debiendo de presidir en todo caso la decisión judi-

cial al interés de los/las menores, valorando la prueba pericial. La entrada en vigor de la LO 8/2015 y de la Ley 4/2015 deben traer como consecuencia ineludible la modificación del art. 776.2.3 de la LEC, prohibiéndose expresamente su aplicación en escenarios de violencia de género, y la aplicación con mucha cautela en el resto de situaciones, teniendo presente las desigualdades de la que partimos. Nuestro sistema judicial no puede seguir siendo tan benevolente ante el incumplimiento por parte del padre de cualquier responsabilidad derivada de sus obligaciones derivadas de la patria potestad y de la relación paterno-filial. La interpretación del art. 776.2.3 de la LEC es contraria al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, como principio que debe integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Esta interpretación vulnera el art. 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

• CONCLUSIONES

La consideración de la infancia como víctima de la violencia de género a través de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 4/2015 no ha logrado el objetivo simbólico pretendido. En el inicio de esta tesis se trazaban las siguientes preguntas: ¿qué hay detrás de la ineficacia de estas normas? ¿Qué conflictos existen por parte de los/las operadores jurídicos para su no aplicación? ¿Existen divergencias entre estas normas y otras categorías jurídicas definidas en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Qué oculta la obstinada invisibilización de los/las menores como víctimas de violencia de género?

A lo largo de los siete capítulos desarrollados se han ido desgranando las realidades que dan respuesta a las cuestiones planteadas.

En un primer momento histórico, se produjo por nuestro ordenamiento jurídico una confusión interesada entre el concepto de violencia de género y violencia doméstica, negándose como una forma de discriminación basada en la relación de poder de los hombres sobre las mujeres, colocándolas, una y otra vez, como seres débiles necesitados de protección. Confusión que fue reforzada institucionalmente, a través de los Planes de acción contra la violencia doméstica y las distintas campañas de publicidad; situando a las mujeres como víctimas que necesitan asistencia, y responsabilizándolas de solucionar el problema a través de la denuncia, sin tener en cuenta la insuficiente respuesta del sistema judicial para la resolución del problema. Este planteamiento hizo que las medidas se dirigieran principalmente a las mujeres, y escasamente a las estructuras de dominación (Bustelo et al. 2007:85).

Tal como se apuntaba, en este decorado conceptualizar a los/las niños/as como víctimas de la violencia de género era ilusorio, a pesar de que nuestras antecesoras feministas, desde 1989, ya hicieron visible el impacto de esta violencia en los/as hijos e hijas; sin embargo las sucesi-

vas reformas legislativas, centradas en la violencia doméstica, no atendieron a sus palabras. Solo la LO 5/2003 se hizo eco, incorporándose como pena obligatoria la suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias en los delitos relativos a malos tratos familiares. No obstante, las grietas interpretativas amparadas en la exposición de motivos de la ley que expresaba: “la posible suspensión”, hizo que este precepto quedara vacío de contenido, tal como ha ocurrido con la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Cuando se produjo el cambio de paradigma, y se situó a la violencia de género como problema político de nuestra democracia, y a las mujeres como sujetos de derechos, los rearmes patriarcales se pusieron en movimiento con gran ímpetu con el objetivo firme de volver a negarla. En este escenario la conceptualización de los niños y niñas como víctimas de violencia de género tuvo difícil encuadre, a pesar de que la LO 1/2004 reconoció que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, considerándolos víctimas directas o indirectas, y estableciendo su derecho a la asistencia y a la tutela de sus derechos, iniciándose así el camino para la necesaria conceptualización de los/as menores como víctimas.

Se ha podido evidenciar cómo la confusión entre el concepto de violencia de género y doméstica subsiste en la actualidad, haciéndose manifiesta en el ámbito nacional en los tipos penales, y en el ámbito europeo a través del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Tal como se argumentaba, esta confusión tiene como consecuencia la no conceptualización de los/las menores como víctimas de la violencia de género, como una forma de violencia que persigue el sometimiento de las mujeres a los hombres, y que se extiende hacia los/las hijos para conseguir su objetivo. De esta forma, si el concepto es erróneo, su regulación jurídica, así como las medidas que se adopten para erradicar el problema no serán efectivas.

La inaplicación del delito de maltrato habitual, desde su nacimiento hasta la actualidad, ha sido la principal negación de la violencia de

género en nuestro sistema judicial. Si solo se enjuicia el último hecho acontecido sin entrar a valorar el carácter cíclico de la violencia de género, y las graves consecuencias para todas sus víctimas, se desvirtúa su verdadera naturaleza, volviéndose así a la idea de que este tipo de violencia no tiene tanta gravedad, y que se trata de episodios puntuales, que podrían repetirse o no en el tiempo, “provocados por determinadas circunstancias”. A partir de aquí, cualquier medida que se adopte para erradicar el problema y paliar sus consecuencias parecerá desproporcionada e injusta. En los datos cuantitativos analizados¹⁷⁴, en la mayoría de las ocasiones las denuncias se tramitaron como Diligencias Urgentes por delito de maltrato ocasional o falta/delito de vejaciones, aunque en las mismas las mujeres expresaron situaciones de maltrato habitual vividas durante mucho tiempo. De esta manera, se ha visto cómo con anterioridad a las reformas operadas en el año 2015, en un 69% las mujeres denunciaron la existencia de un maltrato habitual, relatando que había sido presenciado por sus hijos/as en un 45% de los casos. A pesar de ello, un 77,8% de los procedimientos se tramitaron como Diligencias Urgentes por delito de maltrato puntual; de estos un 19,7% por Juicio de Faltas, tramitándose tan solo un 21,3% como Diligencias Previas. Repitiéndose la situación planteada en este diagnóstico en el análisis cuantitativo realizado tras la entrada en vigor de la LO 8/2015 y la Ley 4/2015; aunque se denuncia que un 78,26% se produjeron situaciones de maltrato habitual, y en presencia de los/as hijos/as en más de la mitad de los casos, en un 82,60% se tramitaron Diligencias urgentes por el último hecho acontecido, y un 17,39% por Diligencias Previas que derivaron en procedimiento abreviado. Esto condujo a que solo se condenara en dos supuestos por delito de maltrato habitual, del total de las denuncias analizadas en los dos periodos. Como se ha visto, estos resultados son muy similares a los que arrojan las estadísticas a nivel nacional y otros estudios realizados.

174. En la fases metodológicas segunda y sexta de esta tesis.

Es necesario repensar el delito de maltrato habitual y las resistencias mostradas por los/las operadores jurídicos para su no aplicación, requiriendo las diferentes dudas interpretativas de una reflexión crítica (Gil, 2015: 1447). El recorrido realizado ha permitido mostrar cómo desde su nacimiento hasta la actualidad las denuncias en su gran mayoría se han tramitado como hechos de escasa gravedad, falta/delito leve de injurias o vejaciones y maltrato ocasional. La dogmática jurídica, a lo largo de todo este tiempo, ha encontrado diversas justificaciones para la no aplicación de este delito: la determinación del bien jurídico protegido; el concepto de habitualidad y sus distintas interpretaciones; la dificultad probatoria del estado de agresión permanente; la falta de credibilidad de la víctima. A esto hay que añadir la introducción de la violencia de género por la vía de los Juicios Rápidos, atajo elegido que impide una investigación en profundidad, facilitando que solo se “preste atención” al último hecho acaecido, aunque se denuncie la existencia de un maltrato habitual, dejando por el camino cualquier posibilidad de escuchar y tener en cuenta a los/las menores víctimas, vulnerándose el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño. Todas estas justificaciones, y la vía escogida para enjuiciarla evidencian la dificultad del sistema judicial para reconocer la violencia de género, no como un conflicto de separación entre iguales, sino como un síntoma de la desigualdad estructural entre hombres y mujeres, que somete a las mujeres y que afecta a los/as menores gravemente.

La invisibilidad de la violencia de género ha traído como lógica consecuencia la invisibilidad de los/as menores como víctimas, así como la inaplicación de las normas incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico para su protección. En esta investigación se ha comprobado: la inaplicación de la pena de suspensión del régimen de visitas prevista en el art. 48.2 del CP y de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad; la escasa aplicación de las medidas de suspensión de patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas previstas en el art. 65 y 66 la LO 1/2004; el nulo impacto en los/las operadores jurídicos de la consideración de los/as menores como víctimas de la violencia de

género, así como del “reforzamiento” de las medidas previstas para su protección a través de las reformas operadas en el año 2015. En el análisis cuantitativo también se ha podido observar la escasa visibilidad, en las denuncias por violencia de género, de los/as menores, expresando todavía de forma tímida la exposición de las violencias vividas por los/as hijos e hijas, así como los riesgos y las consecuencias en su salud y desarrollo.

Tal como se apuntaba, el reconocimiento de los/as menores como víctimas de la violencia de género y de las consecuencias para su desarrollo y salud no ha supuesto, además la incorporación de normas contundentes para su protección distintas a las ya existentes. Las reformas operadas en el año 2015 siguen dejando a la apreciación del órgano judicial la ponderación o valoración sobre la pertinencia de las medidas establecidas en el art. 65 y 66 de la LO 1/2004. Se ha evidenciado, a través del análisis cuantitativo realizado, como no existen diferencias significativas entre las medidas adoptadas con anterioridad a la LO 8/2015 y la Ley 4/2015, y con posterioridad. Los resultados han demostrado que dejar a la apreciación del órgano judicial la suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del padre agresor hacia los/as menores supone una anecdótica aplicación de las mismas.

Se vulnera así la Convención de los Derechos del Niño de Naciones que obliga a los Estados a que la infancia sea protegida de cualquier forma de violencia física o mental, descuido o trato negligente. La Observación general n° 13 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, considera una violación de los derechos del niño por las instituciones y el sistema: “no aprobar o revisar disposiciones legislativas o de otro tipo, no aplicar adecuadamente las leyes y otros reglamentos y no contar con suficientes recursos y capacidades materiales, para detectar, prevenir y combatir la violencia contra los niños”, considerando también una vulneración de los derechos del niño a no sufrir violencia cuando los profesionales “ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta el interés superior, sus opiniones o los objetivos de desarrollo del niño”.

Así mismo, se vulnera la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Se recuerda que la Recomendación general nº 35 adoptada en el año 2017 por el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, sobre la violencia por razón de género contra la mujer, establece en el punto 31: “los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad privada, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio de interés superior del niño”. Se quebranta también el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que obliga a las partes a tomar las medidas legislativas necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visitas o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de las víctimas y de los niños.

Tras esta desprotección, se ha mostrado que las violencias sufridas por las mujeres y los hijos/as no son puntuales; su carácter cíclico y el “estado de agresión permanente” queda oculto tras el delito de maltrato ocasional o de vejaciones. La investigación realizada con anterioridad y con posterioridad a las reformas operadas en el año 2015, ha permitido hacer visibles las violencias vividas por las mujeres y los hijos/as. En el análisis efectuado en las fases metodológicas primera y sexta, aunando ambos resultados obtenidos, se ha demostrado que de los 197 niños y niñas que se encontraban en entornos de violencia de género, un 98% estuvieron presentes durante las violencias físicas y psíquicas, instaurándose de esta forma la violencia en sus vidas de forma cotidiana. Casi en un 35% presenciaron golpes, patadas, tirones de pelo, empujones, vieron cómo su padre cogía a su madre del cuello, las lesiones causadas, etc. Además un 98% presenciaron mayoritariamente: insultos, humillaciones, amenazas de muerte, rotura de objetos, percibiendo la tensión y la amenaza en el entorno, así como el sufrimiento de su madre. Al mismo tiempo, un 37,4 % de los hijos fueron agredidos psíquicamente,

y un 27% físicamente. También se ha revelado como en torno a la mitad de los casos analizados los niños y niñas estuvieron expuestos/as a episodios de violencia del padre hacia la madre en el cumplimiento del régimen de visitas, además de recibir en ese mismo porcentaje, insultos, menosprecios y amenazas hacia la madre, recriminándoles su conducta, y controlando sus movimientos. De estos datos hay que aclarar que en torno a un 10% de los casos analizados el padre no tenía comunicación con los/as hijos/as por voluntad propia, y en un 11% la madre reanudó la convivencia. A través de la voz de las madres, en el análisis cualitativo se ha podido conocer los problemas emocionales, de conducta y sociales, que ha originado en los niños y niñas la vivencia de estas violencias durante tiempo prolongado, y cómo estos problemas se mitigan cuando no hay comunicación con el padre agresor o esta es escasa, actuando la no comunicación como un importante factor de protección.

Esta desprotección está permitiendo que la violencia de género se perpetúe a través de los/as hijos e hijas, con el apoyo del “derecho de visitas” del padre agresor, considerado por nuestro ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo, regulado en el art. 94 del Código Civil. Tal como mantenía Rubio (2004: 17), la ineficacia de las normas sobre violencia de género tiene su origen en causas estructurales y valorativas. Esta ineficacia se ha hecho extensiva a las normas destinadas a proteger a los/as menores víctimas de violencia de género. No solo hay que superar la contradicción entre los valores de los/as operadores jurídicos y los valores contenidos en las normas sobre violencia de género, también hay que superar las contradicciones con las instituciones jurídicas impregnadas de la ideología patriarcal que perviven en nuestro ordenamiento jurídico.

Las categorías jurídicas de Patria Potestad y “Derecho de visitas” mantienen viva la autoridad del hombre y del padre, confluyendo en la primera toda la ideología del patriarcado clásico y moderno, subsistiendo en la segunda, a través del derecho subjetivo regulado en el art. 94 del Código Civil, la forma romana que concedía un derecho absoluto al padre de extensión desmesurada. Ambas figuras jurídicas han cus-

todiado el contrato social y sexual mediante el cual la legitimidad del poder en el ámbito público y privado descansa en el varón. Por un lado, nuestro legislador se resiste a eliminar del imaginario colectivo la idea del “poder del hombre por naturaleza” que permanece viva en el concepto de patria potestad, para sustituirlo por otro libre de este ideario, acorde con el principio de igualdad, y al enfoque de los derechos de las personas menores de edad. Por otro lado, también se resiste a modificar el art. 94 del Código Civil, en el sentido de considerar el régimen de comunicaciones y estancias como un derecho del menor y no como un derecho del progenitor no custodio. Modificación que estaría en consonancia con lo previsto en la Convención sobre los derechos del Niño, cuando expresa en su art. 9.3: “Los Estados Partes respetaran el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello fuera contrario al interés superior del menor”.

Se ha mostrado que el mantenimiento del ideario del “poder de hombre por naturaleza” provoca que, en escenarios de violencia de género, se produzcan graves resistencias a la suspensión del ejercicio de la patria potestad y del régimen de comunicaciones y estancias al padre que ejerce violencia.

De esta manera, se ha comprobado a través del análisis jurisprudencial realizado cómo, a pesar de existir suficiente amparo jurídico para atribuir a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad en situaciones de violencia de género, existe una inercia a otorgar el ejercicio conjunto a la madre y el padre, inercia provocada por la costumbre heredada, que dificulta suspender el ejercicio de la patria potestad a quien históricamente la ha ostentado. De esta manera, en relación a las posturas jurisprudenciales en torno al ejercicio de la patria potestad en contextos de violencia de género, se ha evidenciado que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre en reducidas ocasiones, otorgándose en aquellas situaciones en las que el padre se encuentra privado de libertad por delitos de violencia de género (no

siendo este un criterio unánime), en supuestos en los que la prohibición de aproximación y comunicación se extendía a los/as hijos e hijas, o en aquellos otros en los que el progenitor paterno había sido una figura ausente en la vida de los hijos e hijas desde la separación, otorgándose el ejercicio exclusivo a la madre de manera anecdótica en situaciones de violencia de género. Esta realidad nos muestra las dificultades con las que se encuentran las madres que denuncian situaciones de violencia de género para tomar decisiones en asuntos de interés para los hijos e hijas en temas administrativos, escolares, médicos, de cambio de ciudad por situaciones de riesgo, y ello por el necesario consentimiento de los padres agresores, encontrándose a menudo su oposición, pasividad o falta de colaboración, perjudicando así gravemente el interés del menor.

Por otro lado, tal como se ha explicado, del análisis doctrinal y jurisprudencial, se ha constatado cómo se entiende el régimen de comunicaciones y estancias como un derecho o derecho-deber del progenitor no custodio necesario para proteger el interés superior del menor, disminuyéndose así las nocivas consecuencias que conlleva la quiebra de la unidad familiar, considerándose la relación con el padre de decisiva importancia para el desarrollo armónico y equilibrado de los hijos e hijas. Estos discursos, desde posiciones teóricas neutras, se aplican de manera descontextualizada en situaciones de violencia de género, ignorándose las situaciones de violencia de género que se habían producido, desprendiéndose de estos argumentos un absoluto desconocimiento de los efectos de la violencia de género en la salud de los niños y niñas expuestos, negando de esta manera sus experiencias. Estos discursos se alejan de las opiniones de las niñas entrevistadas, que sintieron alivio y tranquilidad tras la ruptura de la relación de violencia, expresando miedo y profundo malestar por tener que volver a relacionarse con el padre. Este sufrimiento fue incrementando por las propias instituciones del Estado, sintiendo que no se les había escuchado ni tenido en cuenta. De esta manera, se ha visto cómo se permite a los padres ejercer sus derechos por el simple hecho de su paternidad, sin tener que demostrar su responsabilidad en la crianza y cuidado de sus hijos e hijas, perdonando y justificando las

negligencias en dicha crianza e incluso las violencias, llegando a considerarlas como “conductas intransigentes” o “conductas no loables”.

Se ha evidenciado, al igual que en otros estudios realizados, que la suspensión del régimen de visitas por delitos de violencia de género como única causa es algo excepcional. En la gran mayoría de las sentencias analizadas no se considera o menciona el problema, se desvía, se expresa como un “conflicto entre los progenitores”, se entiende que la violencia no supone un peligro inminente y real para la integridad de los y las menores, o se desvincula la relación la violencia de género sufrida por la madre con la relación del padre agresor con los hijos e hijas. Esto trae como lógica consecuencia que rara vez se argumente el art. 66 de la LO 1/2004. El resultado más habitual es el establecimiento de regímenes de visitas ordinarios, acordándose limitaciones o suspensiones cuando se producen otras circunstancias. En aquellas resoluciones en las que se acuerda la suspensión por delitos de violencia de género, la violencia se hizo extensiva a los hijos e hijas, quedando probadas consecuencias graves en la salud y desarrollo de los niños y niñas, y produciéndose recomendación por parte de los equipos correspondientes de suspender el régimen de relación con el padre.

Los criterios establecidos en la LO 8/2015 para los que se define el interés superior del menor se siguen interpretando en relación a la conveniencia de que el niño o la niña tenga relación con el progenitor no custodio lo más extensa posible, a pesar de concurrir una situación de violencia de género, vulnerándose el derecho del menor a una vida libre de violencia, y obviándose la doctrina jurisprudencial establecida en la STS 680/2015, a través de la cual podrá suspenderse 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.

Se quebranta el derecho de los/as niños/as víctimas de violencia de género a ser escuchados y tenidos en cuenta, impidiéndose por los intereses patriarcales y adultocentristas que ocultan, minimizan o desvían la violencia a la que han estado expuestos/as, tras la idea de la necesaria

relación con el padre para el adecuado desarrollo, así como por las prácticas sociales culturales que toleran la violencia hacia la infancia. Se desprende de las sentencias estudiadas que el rechazo o el miedo de los y las menores a relacionarse con el padre no se considerada una causa para suspender el régimen de visitas, entendiéndose en varias resoluciones que dicha oposición es debida a la influencia negativa de la madre.

Se ha comprobado cómo la consideración del “derecho de visitas” como derecho subjetivo del progenitor no custodio trae como consecuencia directa la necesidad de proteger este derecho a toda costa, garantizado a través del art. 776.2.3 de la LEC. Norma que, aunque se muestra como neutra, fue creada para garantizar el poder de los padres sobre los hijos/as y el control sobre las mujeres, castigándolas por considerar que no han asegurado la presencia paterna en la vida de sus hijos/as. Tal como se ha apuntado, la doctrina y la práctica judicial reclaman a las madres el deber de respetar el derecho de relación, entendiéndolo como un deber de colaboración basado en la obligación constitucional de prestar asistencia de todo orden a los/as hijos e hijas. De esta forma, no basta con consentir las relaciones del hijo o hija con el padre, debe facilitarlas material y moralmente, así como propiciarlas. Se les exige que sigan siendo las mediadoras y transmisoras de la autoridad paterna, siendo determinante su formación en la imagen del padre. En definitiva, se les reclama que sean las transmisoras del orden patriarcal, así serán esencialmente buenas, de lo contrario nuestro ordenamiento jurídico les “recordará sus obligaciones” a través del art. 776.2.3 de la LEC. De esta manera, se observa cómo el derecho tiene género, perpetuándose a través de determinadas categorías jurídicas (Gil, 2015: 1449). Esta norma mantiene a salvo el papel que fue asignado a las mujeres en el originario contrato social y sexual, convirtiéndose en cooperadora necesaria del Síndrome de Alienación Parental.

En consecuencia, la madre tiene la obligación de imponer al menor el cumplimiento de las relaciones personales determinadas judicialmente, aun en contra de su voluntad o de su oposición, por considerarse que el/ la menor no puede tomar decisiones de la transcendencia jurídica del

incumplimiento. La transgresión de este deber de colaboración tiene importantes consecuencias jurídicas civiles y penales: multas coercitivas y cambio de guarda y custodia, amparadas por el art. 776.2.3 de la LEC; posibilidad de solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios, conforme el art. 1902 del CC, la aplicación art. 556 del CP, que sanciona el incumplimiento grave del régimen de visitas.

A pesar de que la STS 823/2012 afirmó que el art. 776.3 permite modificar de forma facultativa el régimen de guarda y custodia, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que deben ponderarse para justificar el cambio régimen, diversas sentencias acuerdan el cambio de guarda y custodia como sanción, por “quedar acreditado” el incumplimiento sin tener en cuenta el beneficio del menor. Considerando que se produce un incumplimiento del régimen de visitas cuando el/la menor se niega a relacionarse con el padre, por entender que se produce una manipulación por parte de la madre.

Se ha revelado cómo los Juzgados de Violencia, con posterioridad a la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004 del año 2013 y 2016 del Consejo General del Poder Judicial, aplican la ideología del Síndrome de Alienación Parental, aunque sin nombrarla, encontrándose la acción terapeuta de dicho “síndrome” amparada por nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 776.2.3 de la LEC, y avalada en muchas ocasiones por los/as profesionales de los equipos psicosociales y de los Institutos de Medicina Legal. De esta manera, se produce la modificación de la guarda y custodia como sanción, por no haber asegurado la presencia paterna en la vida de sus hijos/as. Se vuelven a negar las violencias vividas por los/as menores como causa del rechazo hacia el padre, desvinculándose e ignorándose todas las alteraciones que la exposición a la violencia provoca en la infancia.

Tal como se expuso, del análisis de las 52 sentencias de las Audiencias Provinciales procedentes de los Juzgados de Violencia en las que se nombra el Síndrome de Alienación Parental, se observa que se reconoce el término, y se aceptan sus consecuencias en resoluciones anteriores a la Guía referida del Consejo General del Poder Judicial. Como se ha se-

ñalado anteriormente, esto no significa que dejen de aplicarse los constructos del SAP en los Juzgados de Violencia, solo que deja de nombrarse. De esta manera, se observan resoluciones en las que se modifica la guarda y custodia a favor del padre agresor, decisiones que se adoptan con base a los informes periciales que mantienen la existencia del SAP. Resulta revelador el número de sentencias halladas en las que se otorga la guarda y custodia al padre, por el rechazo de los/as menores hacia las madres; en estos casos la invocación del SAP ejercido por el padre no tuvo impacto alguno. Así las cosas, en los casos en los que los equipos psicosociales detectaron la existencia del SAP en el padre como alienador, no aplicaron la terapia de la amenaza. Se confirma que el Síndrome de Alienación Parental no es neutro, observándose el sesgo de género; artefacto creado con el único objetivo de dismantelar los avances de las mujeres como ciudadanas y sujetos de derechos, utilizando a los/as niños/as para medio para ello.

Como aspecto positivo se ha podido comprobar que en aquellas ocasiones en las que los equipos dependientes de los Juzgados de Violencia no parten de las premisas del SAP las soluciones son diferentes, aunque no se conceptualice a los/as menores como víctimas de la violencia de género, se atribuye la responsabilidad del rechazo de los menores a las conductas del padre. También se ha apreciado que cuando el órgano judicial otorga valor probatorio a los/as profesionales especializados en la intervención con niños/as que han sufrido violencia de género, las soluciones se alejan de los posicionamientos adultrocéntricos y patriarcales, tratando a las personas menores de edad como sujetos de derechos, bajo el derecho a ser protegidos de cualquier forma de violencia psíquica y mental.

La renuencia de los/as operadores jurídicos a la aplicación de las normas relacionadas con la violencia de género es de tal alcance, que incluso en aquellos casos en los que el precepto no admite interpretaciones, son reinterpretadas en contra de los derechos fundamentales de las mujeres y de sus hijos/as. Este es el caso de la prohibición expresa del art. 92.7 del CC de otorgar la guarda y custodia compartida en situaciones de violen-

cia de género, o la prohibición expresa prevista en las legislaciones forales de atribuir la guarda y custodia individual en estas mismas situaciones.

En definitiva, detrás de la obstinada desprotección de los/as menores se encuentra la ideología patriarcal y adultocentrista defendida por instrumentos eficaces para su perpetuación. En palabras de Cobo (1995: 12), “los sistemas de dominación para perdurar tienen que gozar de amplios dispositivos de legitimación”. Ante el panorama representado es apremiante, para la conceptualización de los/as menores como víctimas de la violencia de género, utilizar herramientas más categóricas:

- a) Suprimiendo el concepto de Patria Potestad , en el que confluye toda la ideología del patriarcado clásico y moderno, por otro acorde con el principio de igualdad y el enfoque de los derechos de las personas menores de edad, visibilizando la igualdad del padre y la madre en la función jurídica, modificando el Título VII del Código Civil, para pasar a llamarse “de las relaciones paterno-materno filiales”.
- b) Modificando el art. 156 del CC, en el sentido de establecer que la existencia de un procedimiento o condena por delitos de violencia de género es causa que entorpece 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, reformando en el mismo sentido el art. 65 de la LO 1/2004.
- c) Transformando el paradigma existente en nuestro derecho y práctica judicial que descansa en la presunción que considera necesario para el desarrollo del menor la relación con el padre, aunque se trate de un padre violento, ausente o negligente. Debe invertirse esta presunción en situaciones de violencia de género, alejándose a los niños y niñas del padre agresor durante el tiempo necesario para su recuperación, y debiendo ser este quien acredite

su capacidad para ser padre. Es preciso que se modifique el art. 94 del Código Civil, estableciendo el derecho de visitas o de comunicaciones y estancias como un derecho del menor, tal como establece la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, señalando como circunstancia grave para su limitación o suspensión la exposición del menor a manifestaciones de violencia de género, modificándose en paralelo el art. 66 de la Ley Orgánica 1/2004 para otorgarle un carácter imperativo.

Aunque la anterior modificación es apremiante, sabemos, como se ha podido comprobar a lo largo de estas páginas, que la fuerza de las normas depende de cómo sean recibidas y aceptadas por los/as operadores del Derecho, que son quienes deben de aplicarlas (Rubio: 2004, 15). Teniendo en cuenta la inaplicación del delito de maltrato habitual y, por consiguiente, la invisibilización de la violencia de género que sufren las mujeres y sus hijos e hijas, ¿cómo sería recibido por parte de los/as operadores jurídicos un precepto que priva al “buen padre de familia” del derecho a relacionarse con su hijo o hija por una conducta puntual, en apariencia para ellos “de escasa gravedad”?

Con el objeto de hacer visible la violencia de género y a todas sus víctimas, se deben emplear los esfuerzos en resolver las resistencias a la aplicación del delito de maltrato habitual, volviendo a repensar este delito en contextos de violencia de género. Para ello, el primer paso es expulsar las denuncias por maltrato habitual del elenco de delitos que se enjuicia por la vía de los Juicios Rápidos, ya que se trata de delitos que requieren de una investigación de mayor complejidad, posibilitando a través del procedimiento de diligencias previas que los/as menores sean escuchados y tenidos en cuenta, articulando los mecanismos para que este derecho sea garantizado desde el momento de la adopción de la orden de protección.

- d) Incorporándose de manera estandarizada en el atestado policial (con el objetivo de hacer visible ante los Juzgados de Violencia a los/as menores como víctimas de la violencia de género) indicadores a abordar en la manifestación de las víctimas, referidos a la violencia de género sufrida por los/as menores: exposición a las violencias descritas individualmente en tiempo y espacio; agresiones a hijos/as descritas de la misma forma, consecuencias observadas en los hijos/as por la violencia vivida, riesgo apreciado, así como la utilización de los/as hijos/as por parte del padre para controlar, insultar, humillar o amenazar a la madre.
- e) Modificándose el art. 92.7 del C.C para extender la prohibición prevista a la guarda y custodia individual, excluyéndose expresamente la utilización del art. 776.2.3 de la LEC en escenarios de violencia de género, y la aplicación con mucha cautela en el resto de situaciones, teniendo en cuenta las desigualdades de las que partimos, y las violencias ocultas no denunciadas. Estableciéndose la prohibición de aplicar en circunstancias de violencia de género programas de acercamiento entre el padre y el hijo/a tendentes a restablecer los canales de comunicación: seguimiento por los Servicios Sociales; programas establecidos por los Equipos de Tratamiento Familiar; terapia o mediación. En contextos de violencia de género es el padre agresor quien debe acreditar la existencia de habilidades parentales para poder relacionarse con su hijo o hija.

En este sentido, el Pacto de Estado en su medida 165¹⁷⁵ propone especializar en violencia de género a los equipos psicosociales, y de manera evaluable, con el objeto de mejorar su intervención en materia de Derecho de Familia y violencia de género. Se establece en la medida 150¹⁷⁶ la necesidad de “mejorar la formación espe-

175. Congreso

176. Congreso

cífica de los/as operadores jurídicos, de cara a la atención de los menores”. La formación sobre el impacto de la violencia de género en los menores debe hacerse extensiva a todos/as las profesionales que entran en contacto con la violencia de género: equipos psicosociales, instituto de medicina legal, servicios sociales comunitarios, fuerzas y cuerpos de seguridad y servicios sanitarios. Dicha formación no proporcionaría un cambio de respuesta si los/as profesionales no se comprometen con la libertad e igualdad de los seres humanos, no permitiendo la subordinación estructural de un sexo sobre otro (Gil, 2007: 17).

- f) El Pacto de Estado establece como medida nº 212: “promover la puesta en marcha de Puntos de Encuentro Familiar exclusivos y especializados para la atención a los casos de violencia de género y en su defecto elaborar y aplicar protocolos específicos”. Esta medida requiere de una extrema urgencia en su puesta en marcha, ya que la situación actual está produciendo en los/las menores una grave vulneración de sus derechos fundamentales. Es necesaria la creación de Puntos de Encuentro Familiar exclusivos dotados de profesionales libres de los valores patriarcales, con una formación de calidad en violencia de género y en el impacto de dicha violencia en la infancia.

• ALGUNOS RETOS PENDIENTES

El Pacto de Estado establece la necesidad de realizar estudios sobre la situación de los/as menores víctimas de violencia de género. Tras la realización de esta tesis se plantean nuevas líneas de investigación:

Tal como se ha concluido anteriormente, las modificaciones operadas en el año 2015 no han logrado la protección de los/as menores como víctimas de la violencia de género, pero ¿han conseguido el objetivo establecido de prestarles asistencia? Se vuelve a traer a la memoria el art. 19 de la LO 1/2004 que ya reconocía el derecho a la asistencia social integral de los niños y niñas que se encontrasen bajo la patria potestad o guarda y custodia de las mujeres víctimas, para lo cual se establecía que los servicios sociales deberían contar con personal específicamente formado para atender a los/as menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos. Sin embargo, recordemos que Save the Children evidenció, en los informes realizados en el año 2006 y 2011, que los recursos existentes para la atención a los/as niños/as eran insuficientes para atender sus necesidades, así como ineficaces, encontrándose descoordinados los recursos específicos de atención a la mujer y en materia de protección a la infancia, siendo insuficientes para atender a las necesidades de los niños y niñas, así como ineficaces, utilizando un enfoque generalizado de protección y atención a los/las niños/as a través del apoyo a sus madres, y no a través del apoyo psicosocial específico adaptado a sus características y necesidades. De esta manera dichos informes pusieron de manifiesto que los/las niños y niñas son tratados como objetos de protección y no como sujetos de derechos.

Es necesario indagar si las reformas operadas en el año 2015 han originado un cambio de estas circunstancias, analizando el desarrollo en las

distintas Comunidades Autónomas de la actualización del “Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil”, en el que se incorporó a las personas menores de edad como víctimas de violencia de género en dicho contexto. El conocimiento de esta investigadora a través de la práctica profesional hace adelantar que los recursos de atención a menores víctimas de violencia de género siguen siendo insuficientes, y que la descoordinación entre recursos de atención a la mujer y en materia de protección a la infancia persiste. Es necesario analizar las causas de esta descoordinación, ya que los paradigmas de intervención desde los que se parten por ambos organismos suelen ser divergentes; mientras que en los primeros se trabaja desde una perspectiva feminista, los segundos a menudo están impregnados de la ideología patriarcal, ejerciendo sobre las mujeres y los/as hijos/as una protección que está relacionada con el control, no favoreciendo la adquisición de autonomía, e interpretando con recelo su empoderamiento, principalmente cuando supone un cuestionamiento de la autoridad masculina (Garrido, 2016: 21). En ese sentido Tobías et al., (2016: 329) señalan la importancia de reflexionar desde enfoques feministas, sobre cómo la formación académica para el ejercicio de la profesión de Trabajo Social puede contribuir a la conservación o transformación de un sistema desigualitario y discriminatorio.

Desde otro ángulo, se ha comprobado en el análisis cuantitativo realizado la inaplicación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en los delitos de violencia de género. Es oportuno realizar un estudio doctrinal y jurisprudencial en mayor profundidad, en el que se examinen las resistencias a la aplicación de esta pena en contextos de violencia de género, analizando los criterios tenidos en cuenta en la interpretación del interés del menor para su aplicación, examinando si los discursos utilizados reproducen la tradición heredada en la categoría jurídica de patria potestad.

Finalmente, es preciso realizar una investigación sobre las violencias no denunciadas que pasan “inadvertidas” en los Juzgados de Familia, así como sobre los acuerdos alcanzados en los procedimientos de mutuo acuerdo en los Juzgados de Violencia, en cuanto a guardas y cus-

todías compartidas y régimen de visitas. Cualquier prohibición expresa en torno a la protección de los/as menores víctimas de violencia de género quedaría vacía de contenido en estos contextos. En esta línea, el alto porcentaje de sentencias de conformidad por delitos de maltrato puntual o delito leve de vejaciones, hace necesario una investigación que aborde y visibilice de manera exclusiva las situaciones de desprotección que quedan ocultas tras la existencia de estos acuerdos “en los pasillos de los juzgados”.

ANEXO I

Tutorial análisis cuantitativo¹⁷⁷

1. Nacionalidad:

- 1: Española
- 2: No española
- 3: No se sabe

2. Edad de la víctima:

- 1: Menor de 16 años
- 2: 16 a 20 años
- 3: 21 a 30 años
- 4: 31 a 40 años
- 5: 41 a 50 años
- 6: 51 a 60 años
- 7: Más de 60 años
- 8: No se sabe

3. Estado Civil

- 1: Soltera
- 2: Casada
- 3: Separada
- 4: Divorciada
- 5: Viuda

177. (98) No se sabe. No lo pone en conocimiento en la denuncia ni en la intervención realizada.

6: No se sabe

4. Nivel educativo¹⁷⁸

- 1: Sin estudios
- 2: Certificado escolar
- 3: Ciclo Formativo
- 4: Graduado escolar
- 5: ESO
- 6: BUP/FPII/FPGSS
- 7: Estudios Medios
- 8: Estudios Superiores
- 98: No se sabe

5. Situación laboral

- 1: Estudiante
- 2: Trabajadora a tiempo parcial
- 3: Demandante de empleo
- 4: Economía sumergida
- 5: Ama de casa
- 6: Trabajadora a tiempo completo
- 7: Autónoma
- 8: Pensionista
- 9: Baja maternal
- 10: Desempleada
- 11: Funcionaria
- 12: No se sabe

6. Discapacidad

- 1: Si
- 2: No
- 3: No se sabe

7. Número de hijos/as

- 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
- 94: Embarazada

178. Algunos ítems no han sido tratados en esta investigación, se utilizaran para futuras investigaciones.

98: No se sabe

8. Embarazada

1: Si

2: No

9. Edad hijo/a (s)

1: 0 a 2 años

2: 3 a 5 años

3: 6 a 12 años

4: 13 a 18 años

5: Más de 18 años

6: No se sabe

10. Sexo hijo/a (s)

1: Hombre

2: Mujer

98: No se sabe

11. Personas que conviven en el hogar

1: Víctima y agresor

2: Víctima, agresor e hijos/as de la víctima

3: Víctima, agresor e hijos/as de ambos

4: Víctima, agresor e hijos/as de ambos y de la víctima

5: Víctima e hijos/as

6: Víctima, hijos/as y familiares

7: Víctima

8: Con ascendientes

9: Víctima, hijos/as y nueva pareja

10: Víctima y familiares.

11: Víctima, agresor, hijos del agresor, de la víctima y de ambos.

98: No se sabe

12. Ingresos de la víctima (al mes)

1: Sin ingresos

2: Menos de 300 euros

3: 301 a 900 euros

4: 901 a 1200 euros

5: 1201 a 1500 euros

6: Más de 1500 euros

98: No se sabe

13. Ingresos del agresor (al mes)

1: Sin ingresos

2: Menos de 300 euros

3: 301 a 900 euros

4: 901 a 1200 euros

5: 1201 a 1500 euros

6: Más de 1500 euros

98: No se sabe

14. Relación entre la víctima y el agresor

1: Cónyuge

2: Excónyuge

3: Pareja

4: Ex pareja

98: No se sabe

15. Número de hijos/as en esa relación

0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.

94: Embarazada

98: No se sabe

16. Embarazada

1: Si

2: No

98: No se sabe

17. Edad hijo/a (s)

1: 0 a 2 años

2: 3 a 5 años

3: 6 a 12 años

4: 13 a 18 años

5: Más de 18 años

98: No se sabe

18. Sexo hijo/a (s)

1: Hombre

2: Mujer

98: No se sabe

19. Tiempo de la relación

- 1: Menos de 1 año
- 2: De 1 año a 5 años (sería hasta 4 años y 364 días)
- 3: De 5 años a 10 años
- 4: De 10 años a 15 años
- 5: De 15 años a 20 años
- 6: Más de 20 años
- 98: No se sabe

20. Convive con el agresor

- 1: Si
- 2: No
- 98: No se sabe

21. Tiempo de convivencia

- 0: No han convivido
- 1: Menos de 1 año
- 2: De 1 año a 5 años (sería hasta 4 años y 364 días)
- 3: De 5 años a 10 años
- 4: De 10 años a 15 años
- 5: De 15 años a 20 años
- 6: Más de 20 años
- 98: No se sabe

22. Momento en el que se inició la violencia

- 0: No han convivido
- 1: Antes de la convivencia
- 2: Durante la convivencia
- 3: Después de la convivencia
- 98: No se sabe

23. Duración de la relación de violencia

- 1: Menos de 1 año
- 2: De 1 año a 5 años (sería hasta 4 años y 364 días)
- 3: De 5 años a 10 años
- 4: De 10 años a 15 años
- 5: De 15 años a 20 años
- 6: Más de 20 años
- 98: No se sabe

24. Recibió golpes

1: Sí

2: No

98: No se sabe

25. Recibió patadas

1: Sí

2: No

98: No se sabe

26. Recibió tirones de pelo

1: Sí

2: No

98: No se sabe

27. La cogió del cuello

1: Sí

2: No

98: No se sabe

28. Fue escupida

1: Sí

2: No

98: No se sabe

29. Intento de atropello

1: Sí

2: No

98: No se sabe

30. Mordeduras

1: Sí

2: No

98: No se sabe

31. Recibió empujones

1: Sí

2: No

98: No se sabe

32. Cogerla fuertemente con la intención de tirarla por un barranco

1: Sí

2: No

98: No se sabe

33. Sufrió lesiones

1: Sí

2: No

98: No se sabe

34. Utilizó armas y/o instrumentos en la violencia

1: Sí

2: No

98: No se sabe

35. Agresiones /físicas estando embarazada

1: Sí

2: No

98: No se sabe

36. Gravedad de las lesiones que sufrió

1: Leves

2: Graves

3: Muy graves

98: No se sabe

37. Frecuencia de la violencia física

1: Pocas veces (Una o dos veces)

2: Regular veces (De dos a cuatro veces)

3: Bastantes veces (De cuatro a seis veces)

4: Muchas veces (Más de seis veces)

98: No se sabe

38. Número de hijo/a (s) presentes en el momento del maltrato¹⁷⁹

0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.

98: No se sabe

179. Según lo establecido en la unificación de criterios en el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Supremo, de fecha 20 de marzo de 2018, la “presencia de menores” no puede interpretarse en el sentido de restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena violenta.

39. Número de hijo/a(s) de la relación presentes en el momento del maltrato
0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
98: No se sabe
40. Número de hijo(s) de otra relación presentes en el momento del maltrato
0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
98: No se sabe
41. Frecuencia en la exposición a la violencia física
1. Pocas veces (Una o dos veces)
 2. Regular veces (De dos a cuatro veces)
 3. Bastantes veces (De cuatro a seis veces)
 4. Muchas veces (Más de seis veces)
- 98: No se sabe
42. Edad hijo/a (s)
- 1: 0 a 2 años
 - 2: 3 a 5 años
 - 3: 6 a 12 años
 - 4: 13 a 18 años
 - 5: Más de 18 años
- 98: No se sabe
43. Sexo hijo/a (s)
- 1: Hombre
 - 2: Mujer
- 98: No se sabe
44. Recibió insultos
- 1: Si
 - 2: No
- 98: No se sabe
45. Recibió amenazas
- 1: Si
 - 2: No
- 98: No se sabe
46. Utilizó armas y/o instrumentos
- 1: Si
 - 2: No
- 98: No se sabe

47. Recibió humillaciones

1: Si

2: No

98: No se sabe

48. Recibió desvalorizaciones

1: Si

2: No

98: No se sabe

49. Sufrió control de su persona

1: Si

2: No

98: No se sabe

50. Sufrió vigilancia (en el hogar, en el trabajo, de correo, de seguir por la calle)

1: Si

2: No

98: No se sabe

51. Sufrió aislamiento de familiares y amigos

1: Si

2: No

98: No se sabe

52. Sufrió detenciones

1: Si

2: No

98: No se sabe

53. Agredió o intimidó a otras personas

1: Si

2: No

98: No se sabe

54. Recibió denuncias por la persona maltratadora infundadas

1: Si

2: No

98: No se sabe

55. Recibió amenazas con suicidarse

1: Si

2: No

98: No se sabe

56. Recibió amenazas con causarle un mal al hijo/a común o de la víctima

1: Si

2: No

98: No se sabe

57. Recibió exigencias de obediencia

1: Si

2: No

98: No se sabe

58. Recibió oposición al aumento educativo y/o profesional

1: Si

2: No

98: No se sabe

59. Presenció golpes en las cosas o rotura de objetos

1: Si

2: No

98: No se sabe

60. Maltrato a animales domésticos

1: Si

2: No

98: No se sabe

61. Agresiones psíquicas estando embarazada

1: Si

2: No

62. Frecuencia de la violencia psíquica

1: Pocas veces (Una o dos)

2: Regular veces (De dos a cuatro)

3: Bastantes veces (De cuatro a seis)

4: Muchas veces Más de seis (De forma habitual)

98: No se sabe

63. Número de hijo/a(s) presentes en el momento del maltrato

0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.

98: No se sabe

64. Número de hijo(s) de la relación presentes en el momento del maltrato
0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
98: No se sabe
65. Número de hijo(s) de otra relación presentes en el momento del maltrato
0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
98: No se sabe
66. Frecuencia en la exposición a la violencia psíquica
1. Pocas veces. (Una o dos veces)
2. Regular veces. (De dos a cuatro veces)
3. Bastantes veces. (De cuatro a seis veces)
4. Muchas veces. (Más de seis veces) (De forma habitual)
98: No se sabe
67. Edad hijo/a (s)
1: 0 a 2 años
2: 3 a 5 años
3: 6 a 12 años
4: 13 a 18 años
5: Más de 18 años
98: No se sabe
68. Sexo hijo/a (s)
1: Hombre
2: Mujer
98: No se sabe
69. Tiempo de exposición a la violencia hijo/a
1: Menos de 1 año
2: De 1 año a 5 años (sería hasta 4 años y 364 días)
3: De 5 años a 10 años
4: De 10 años a 15 años
5: De 15 años a 20 años
6: Más de 20 años
98: No se sabe
70. Sufrió violación
1: Si
2: No
98: No se sabe

71. Sufrió abusos

1: Si

2: No

98: No se sabe

72. Sufrió lesiones sexuales

1: Si

2: No

98: No se sabe

73. Frecuencia de la violencia sexual

1: Pocas veces. (De una a dos)

2: Regular veces. (De dos a cuatro)

3: Bastantes veces. (De cuatro a seis)

4: Muchas veces. (Más de seis)

98: No se sabe

74. La dejó sin dinero

1: Si

2: No

98: No se sabe

75. No tenía control sobre el dinero

1: Si

2: No

98: No se sabe

76. No realizaba aportaciones equitativas a la economía familiar

1: Si

2: No

98: No se sabe

77. El/la hijo/a recibió golpes

1: Sí

2: No

98: No se sabe

78. El/la hijo/a recibió pellizcos

1: Sí

2: No

98: No se sabe

79. Le retorció el brazo

1: Sí

2: No

98: No se sabe

80. Le cogió de las orejas

Si

No

98: No se sabe

81. Recibió patadas

1: Sí

2: No

98: No se sabe

82. Recibió empujones

1: Sí

2: No

98: No se sabe

83. Recibió mordeduras

1: Sí

2: No

98: No se sabe

84. Recibió tirones de pelo

1: Sí

2: No

98: No se sabe

85. Sufrió intento de estrangulamiento

1: Sí

2: No

98: No se sabe

86. Fue escupido/a

1: Sí

2: No

98: No se sabe

87. Sufrió lesiones

1: Sí

2: No

98: No se sabe

88. Gravedad de la lesiones

1: Leves

2: Graves

3: Muy graves

98: No se sabe

89. Contra el/la hijo/a se utilizó armas y/o instrumentos en la violencia

1: Sí

2: No

98: No se sabe

90. Frecuencia de la violencia física

1: Pocas veces

2: Regular veces

3: Bastantes veces

4: Muchas veces

98: No se sabe

91. Número de hijo/a(s) agredidos físicamente

0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.

98: No se sabe

92. Número de hijo/a(s) de la relación agredidos físicamente

0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.

98: No se sabe

93. Número de hijo/a(s) de otra relación agredidos físicamente

0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.

98: No se sabe

94. Edad hijo/a (s)

1: 0 a 2 años

2: 3 a 5 años

3: 6 a 12 años

4: 13 a 18 años

5: Más de 18 años

98: No se sabe

95. Sexo hijo/a (s)

- 1: Hombre
2: Mujer
98: No se sabe
96. El/la hijo/a recibió insultos
1: Si
2: No
98: No se sabe
97. El/la hijo/a recibió amenazas
1: Si
2: No
98: No se sabe
98. El/la hijo/a sufrió detenciones
1: Si
2: No
98: No se sabe
99. Contra el/la hijo/a se utilizó armas y/o instrumentos
99. 1: Si
2: No
98: No se sabe
100. El/la hijo/a recibió humillaciones
1: Si
2: No
98: No se sabe
101. El/la hijo/a recibió desvalorizaciones
1: Si
2: No
98: No se sabe
102. El/la hijo/a presencié rotura de objetos dirigido a él o ella
1: Si
2: No
98: No se sabe
103. Frecuencia de la violencia psíquica
1: Pocas veces
2: Regular veces

- 3: Bastantes veces
 - 4: Muchas veces
 - 98: No se sabe
104. Número de hijo/a(s) agredidos psíquicamente
- 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
 - 98: No se sabe
105. Número de hijo/a(s) de la relación agredidos psíquicamente
- 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
 - 98: No se sabe
106. Número de hijo/a(s) de otra relación agredidos psíquicamente
- 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
 - 98: No se sabe
107. Edad hijo/a (s)
- 1: 0 a 2 años
 - 2: 3 a 5 años
 - 3: 6 a 12 años
 - 4: 13 a 18 años
 - 5: Más de 18 años
 - 98: No se sabe
108. Sexo hijo/a (s)
- 1: Hombre
 - 2: Mujer
 - 98: No se sabe
109. Duración de la relación de violencia sufrida por el hijo/a
- 1: Menos de 1 año
 - 2: De 1 año a 5 años (sería hasta 4 años y 364 días)
 - 3: De 5 años a 10 años
 - 4: De 10 años a 15 años
 - 5: De 15 años a 20 años
 - 6: Más de 20 años
 - 98: No se sabe
110. La denuncia fue presentada antes o después de resolución civil
- 1: Antes
 - 2: Después

3: No se sabe

111. Los/as hijos/as presencian violencia en las comunicaciones con el padre, como insultos a la madre:

- 1: Ninguna vez
- 2: Pocas veces. (De una a dos)
- 3: Regular veces. (De dos a cuatro)
- 4: Bastantes veces. (De cuatro a seis)
- 5: Muchas veces. (Más de seis)
- 6: No, porque no existen comunicaciones.
- 7: No, porque reanudaron la convivencia
- 8: Los/las hijos/as son mayores de edad
- 98: No se sabe

112. Los/las hijos/as presencian violencia en las comunicaciones con el padre como amenazas a la madre:

- 1: Ninguna vez
- 2: Pocas veces
- 3: Regular veces
- 4: Bastantes veces
- 5: Muchas veces
- 6: No porque no existen comunicaciones
- 7: No, porque reanudaron la convivencia
- 8: Los/as hijos/as son mayores de edad
- 98: No se sabe

113. Los/las hijos/as presencian violencia en las comunicaciones con el padre como agresiones a la madre:

- 1: Ninguna vez
- 2: Pocas veces
- 3: Regular veces
- 4: Bastantes veces
- 5: Muchas veces
- 6: No, porque no existen comunicaciones
- 7: No, porque reanudaron la convivencia
- 8: Los/ hijos/as son mayores de edad
- 98: No se sabe

114. Los/las hijos/as presencian violencia en las comunicaciones con el padre como menosprecios a la madre:

- 1: Ninguna vez
- 2: Pocas veces
- 3: Regular veces
- 4: Bastantes veces
- 5: Muchas veces
- 6: No, porque no existen comunicaciones
- 7: No, porque reanudaron la convivencia
- 8: Los/las hijos/as son mayores de edad
- 98: No se sabe

115. Los/las hijos/as presencian violencia en las comunicaciones con el padre como instrumentalizarlos para controlar a la madre:

- 1: Ninguna vez
- 2: Pocas veces
- 3: Regular veces
- 4: Bastantes veces
- 5: Muchas veces
- 6: No, porque no existen comunicaciones
- 7: No, porque reanudaron la convivencia
- 8: Los/las hijos/as son mayores de edad
- 98: No se sabe

116. Los/las hijos/as presencian violencia en las comunicaciones con el padre como que el agresor insulta, menosprecia o amenaza a la madre a través de los/las hijos/as:

- 1: Ninguna vez
- 2: Pocas veces
- 3: Regular veces
- 4: Bastantes veces
- 5: Muchas veces
- 6: No, porque no existen comunicaciones
- 7: No, porque reanudaron la convivencia
- 8: Los/las hijos/as son mayores de edad
- 98: No se sabe

117. Los/las hijos/as menores presencian violencia en las comunicaciones con el padre como recriminar ante ellos las conductas y actitudes de la madre:

- 1: Ninguna vez

- 2: Pocas veces
- 3: Regular veces
- 4: Bastantes veces
- 5: Muchas veces
- 6: No, porque no existen comunicaciones
- 7: No, porque reanudaron la convivencia
- 8: Los/las hijos/as son mayores de edad
- 98: No se sabe

118. Número de hijo/a(s) expuestos/as tras la ruptura

- 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
- 98: No se sabe

119. Número de hijo/a(s) de la relación expuestos/as tras la ruptura

- 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
- 98: No se sabe

120. Número de hijo/a(s) de otra relación expuestos/as tras la ruptura

- 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6.
- 98: No se sabe

121. Edad hijo/a (s) expuesto/a tras la ruptura

- 1: 0 a 2 años
- 2: 3 a 5 años
- 3: 6 a 12 años
- 4: 13 a 18 años
- 5: Más de 18 años
- 98: No se sabe

122. Sexo hijo/a (s) expuesto/a tras la ruptura

- 1: Hombre
- 2: Mujer
- 98: No se sabe

123. Hechos que fueron denunciados (aquí pueden elegirse cuatro opciones de respuesta)

- 1: Maltrato puntual a la mujer
- 2: Maltrato habitual a la mujer
- 3: En presencia de los hijos/as
- 4: Maltrato puntual a los hijos/as
- 5: Maltrato habitual a los hijos/as

- 6: Amenazas a la mujer
- 7: Amenazas a los/as hijos/as
- 8: Insultos o vejaciones a la mujer
- 9: Insultos o vejaciones a los/las hijos/as
- 10: Delitos contra la libertad sexual hacia la mujer
- 11: Delitos contra la libertad sexual hacia los/las hijos/as
- 12: Coacciones a la mujer
- 13: Coacciones a los/as hijos/as
- 14: Lesiones a la mujer
- 15: Lesiones a los/las hijos/as
16. Quebrantamiento de medida
17. Quebrantamiento de pena
18. Amenazas, Insultos o vejaciones a familiares
19. Acoso
20. Allanamiento de morada

124. La denuncia fue presentada

- 1: Por la víctima
- 2: Por familiares, amigos/as o vecinos/as
- 3: De oficio por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- 4: Parte de lesiones Centro de Salud

125. Las agresiones a la mujer y/o hijos/as aparecen descritas individualmente y ubicadas en el tiempo y espacio en la denuncia

- 1: Si
- 2: No, la situación de violencia aparece recogida de forma imprecisa y general
- 3: Solo se denuncia una agresión, a pesar de haber sufrido maltrato de forma habitual
- 4: Solo se denuncia una agresión puntual, se desconoce si se produjo una situación de maltrato habitual
- 5: No, la denuncia se presenta de oficio por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al ser requeridos por una situación de violencia puntual
- 6: La situación de maltrato habitual fue denunciada anteriormente
- 7: No, se denuncia un quebrantamiento de medida o pena de alejamiento

126. La exposición de los/las menores a la violencia aparece descrita individualmente y ubicada en el tiempo y espacio

- 1: Si
- 2: No, la exposición de violencia aparece recogida de forma imprecisa y general
- 3: Solo se denuncia una agresión, a pesar de haber sufrido maltrato de forma habitual

4: Sólo se denuncia una agresión puntual, se desconoce si se produjo una situación de maltrato habitual

5: No, la denuncia se presenta de oficio por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al ser requeridos por una situación de violencia puntual

6: La situación de maltrato habitual fue denunciada anteriormente

7: No hubo menores expuestos

8: No, se denuncia un quebrantamiento de medida o pena de alejamiento

127. Aparecen descritas en la denuncia las consecuencias observadas por la mujer en los/las hijos/as derivadas de la exposición a la violencia

1: Sí

2: No

3: No, la denuncia se presenta de oficio por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al ser requeridos por una situación de violencia puntual

4: La situación de maltrato habitual fue denuncia anteriormente

5: No hubo menores expuestos/as

6: No, se denuncia un quebrantamiento de pena o medida de alejamiento

128. La víctima pone en conocimiento en la denuncia algún riesgo para sus hijos/as, por parte del agresor

1: Sí

2: No

3: No, la denuncia se presenta de oficio por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al ser requeridos por una situación de violencia puntual

4: No hubo menores expuestos/as

129. La víctima tuvo asistencia jurídica en el momento de la presentación de la denuncia

1: Sí, la asistió la asesora jurídica del Centro de la Mujer

2: Sí, la asistió letrado/a del turno de oficio por violencia de género

3: No

4: Sí, letrado/a privado

5: No, la denuncia fue presentada de oficio por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

6. Se emite parte de lesiones

130. Procedimiento penal incoado

1: Diligencias urgentes. Juicio Rápido

2: Diligencias urgentes transformadas en Diligencias Previas

3: Diligencias previas. Procedimiento Abreviado

4: Sumario ordinario

- 5: Jurado
- 6: Procedimiento de menores
- 98: No se sabe

131. Procedimiento en trámite

- 1: Si
- 2: No

132. Orden de protección

- 1: Admitida a trámite
- 2: Inadmitida o no celebrada

133. Orden de protección inadmitida a trámite o no celebrada

- 1: Por no ser los hechos constitutivos de infracción penal
- 2: Por no ser solicitada por la víctima
- 3: Por la solicitante no reiterarla o desistir en el Juzgado
- 4: Por adoptarse art. 544 Bis
- 5: Inexistencia de situación objetiva de riesgo
- 6: Por haberse adoptado previamente orden de protección
- 7: Por haberse dictado sentencia previa acordándose pena de alejamiento
- 9: Por desistir del procedimiento por reconciliación
- 98: No se sabe

134. Medidas penales adoptadas en la orden de protección

- 1: Prohibición de aproximación, comunicación y acudir a determinados lugares hacia la mujer
- 2: Prohibición de aproximación, comunicación y acudir a determinados lugares hacia los hijos/hijas
- 3: Prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia, entidad local o Comunidad Autónoma
- 4: Prisión provisional
- 5: Prohibición de tenencia y porte de armas
- 6: Salida obligatoria del domicilio familiar
- 98: No se sabe

135. Medidas civiles adoptadas en la orden de protección

- 1: Adjudicación uso domicilio familiar
- 2: Atribución de guarda y custodia de menores a la madre
- 3: Régimen de visitas a favor del padre de fines de semana alternos
- 4: Régimen de visitas extenso a favor del padre de fines de semana alternos más

comunicaciones intersemanales

- 5: Limitación del régimen de visitas
- 6: Suspensión del régimen de visitas
- 7: Suspensión de la patria potestad
- 8: Privación de la patria potestad
- 9: Pensión de alimentos de menos 200 Euros por hijo/a
- 10: Pensión de alimentos de 200 a 400 Euros por hijo/a
- 11: Pensión de alimentos de > de 400 Euros por hijo/a
- 12: Pago de cargas familiares
- 13: No se adoptan
- 14: No se pronuncian en cuanto a las visitas del padre con el/la menor
- 15: Atribución del uso de la vivienda familiar limitado en el tiempo
- 16: Atribución del uso de la vivienda familiar al padre por renuncia de la madre
- 17: Régimen de visitas abierto
- 98: No se sabe

136. Existencia de acuerdo en la comparecencia para las medidas civiles adoptadas en la orden de protección

- 1: Si
- 2: No
- 98: No se sabe

137. Limitación del régimen de visitas del padre hacia los/as menores

- 1: Por la situación de violencia hacia los/as menores
- 2: Por la exposición a la violencia de los/as menores
- 3: Por la corta edad de los/as menores
- 4: Por la no comunicación previa del menor y el padre
- 5: Por alcoholismo, drogadicción del padre
- 6: Por enfermedad mental
- 7: Otros
- 98: No se sabe

138. Suspensión del régimen de visitas del padre hacia los/as menores

- 1: Por la situación de violencia hacia los/as menores
- 2: Por la exposición a la violencia de los/as menores
- 3: Por la corta edad de los/as menores
- 4: Por la no relación previa del menor y el padre
- 5: Por alcoholismo, drogadicción
- 6: Por enfermedad mental

96: Otros

98: No se sabe

139. Causas por las que en su caso no se acuerdan medidas civiles en la orden de protección (PARA QUIENES EN LA P135 ELIJAN LA CATEGORÍA 13).

1: No existencia de hijos/as menores o incapaces

2: Medidas previamente adoptadas por un órgano jurisdiccional civil

3: No solicitadas por la víctima o Ministerio Fiscal

98: No se sabe

140. 544 Bis

1: No acordada

2: Acordada (PASAR A LA P141)

141. Medidas penales acordadas 544 Bis LECrim (SOLO PARA QUIENES EN LA P140 CONTESTASEN CATEGORÍA 2)

1: Prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia, entidad local o Comunidad Autónoma.

2: Prohibición de aproximación, comunicación a la víctima y de acudir a determinado lugar, barrio, municipio, provincia, entidad local o Comunidad Autónoma

3: Prohibición de aproximación, comunicación y acudir a determinados lugares hacia los hijos/hijas

4: Prisión Provisional

5: Prohibición de tenencia y porte de armas

6: Prohibición de aproximación, comunicación y acudir a determinados lugares mutua

98: No se sabe

142. Causas del desistimiento del procedimiento de la solicitante

1: Reconciliación

2: Por no perjudicar al agresor

3: Por los/las menores

4: Por miedo al agresor

143. Reconciliación antes o después de que se dicte sentencia

1: Si

2: No

98: No se sabe

144. Interviene CIM

1: Si

2: No

145. Sobreseimiento libre

- 1: No haberse perpetrado el hecho
- 2: Hecho no constitutivo de delito
- 3: Imputado exento de responsabilidad criminal
- 98: No se sabe

146. Sobreseimiento provisional

- 1: Inexistencia de prueba
- 2: La persona que sufre violencia no mantiene la imputación
- 3: Retracción, no declaración. Art. 416 de LECrim
- 4: Paradero desconocido del imputado
- 98: No se sabe

147. Sentencias Juzgado de Violencia sobre la Mujer

- 1: Sentencia con conformidad por falta/delito de vejaciones o injurias leves: art. 620.2 CP y art.173.4 del CP
- 2: Sentencia condenatoria sin conformidad por falta/delito de vejaciones o injurias leves: art. 620.2 CP y art. 173.4 del CP
- 3: Sentencia absolutoria por falta/delito de vejaciones o injurias leves: art. 620.2 CP y art. 173.4 del CP
- 4: Sentencia de conformidad por maltrato ocasional a la mujer: art. 153.1. CP
- 5: Sentencia de conformidad por maltrato ocasional a hijo/a: art. 153.2 CP
- 6: Sentencia de conformidad por subtipos agravados de maltrato ocasional: art. 153.3 CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 7: Sentencia de conformidad por subtipos agravados de maltrato ocasional: art.153.3 CP (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 8: Sentencia de conformidad por violencia habitual: art. 173.2 CP
- 9: Sentencia de conformidad por subtipos agravados de violencia habitual: art.173-2 apartado 2º CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 10: Sentencia de conformidad por subtipos agravados de violencia habitual: art. 173-2 apartado 2º C.P (Utilizando armas, Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de

180. Antes de 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.

seguridad de la misma naturaleza)

- 11: Sentencia de conformidad por lesiones menos graves a la mujer: art. 147 y/o 148 CP
- 12: Sentencia de conformidad por lesiones menos graves a hijo/a: art. 147 y/o 148 CP
- 13: Sentencia de conformidad por amenaza leve a la mujer: art. 171-4 del CP
- 14: Sentencia de conformidad por subtipos agravados de amenaza leve: art. 171-5 inciso 2º (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 15: Sentencia de conformidad por subtipos agravados de amenaza leve: art. 171-5 inciso 2º (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 16: Sentencia de conformidad por amenaza leve a hijo/a: art. 171-4 del CP
- 17: Sentencia de conformidad por amenaza grave a la mujer: art. 169 CP
- 18: Sentencia de conformidad por amenaza grave a hijo/a: art.169 CP
- 19: Sentencia de conformidad por coacciones leves: art. 172-2 del CP
- 20: Sentencia de conformidad por subtipos agravados de coacciones leves: art. 172-2 inciso 2º CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 21: Sentencia de conformidad por subtipos agravados de coacciones leves: art. 172-2 inciso 2º CP (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 22: Sentencia de conformidad por coacciones leves a hijo/a: art.172-2 CP
- 23: Sentencia de conformidad por allanamiento de morada: art. 202 CP
- 27: Sentencia de conformidad por un delito de quebrantamiento: art. 468.2 CP
- 98: No se sabe

148. Penas sentencias Juzgado de Violencia sobre la Mujer (Tres opciones)

- 1: Prisión
- 2: Trabajos en beneficio de la comunidad
- 3: Localización permanente
- 4: Prohibición de aproximación, comunicación a la mujer y de acudir a determinados lugares.
- 5: Prohibición de aproximación, comunicación a los/as hijos/as y de acudir a determinados lugares
- 6: Prohibición de residir en un determinado lugar
- 7: Prohibición de tenencia y porte de armas

- 8: Expulsión en caso de extranjeros
- 9: Prisión que se sustituye por trabajos en beneficio de la comunidad
- 10: Multa
- 11: Prohibición de aproximación y comunicación a familiares

149. Suspensión penas privativas de libertad

- 1: Por el periodo de dos años/ tres años no delinca.
- 2: Se someta a tratamiento de desintoxicación.
- 3: Se someta a un plan formativo o de reeducación en el ámbito de la violencia de género
- 4: No acreditar en el plazo que se indique haber satisfecho la responsabilidad civil

150. Pronunciamiento en materia de responsabilidad civil recogido en la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer

- 1: Si
- 2: No
- 98: No se sabe

151. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

- 1: Drogadicción
- 2: Adicción al alcohol
- 3: Trastornos de alteración mental
- 4: No
- 98: No se sabe

152. Sentencias condenatorias con conformidad dictadas por el Juzgado de lo Penal

- 1: Sentencia por falta/delito de vejaciones o injurias leves: art. 620.2 CP y art. 173.4 CP
- 2: Sentencia por maltrato ocasional a la mujer: art. 153.1CP
- 3: Sentencia por maltrato ocasional a hijo/a: art. 153.2 CP
- 4: Sentencia por subtipos agravados de maltrato ocasional: art. 153. 3 CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 5: Sentencia por subtipos agravados de maltrato ocasional: art.153.3 CP (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 6: Sentencia por violencia habitual: art. 173.2 CP
- 7: Sentencia por subtipos agravados de violencia habitual: 173-2 apartado 2º CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 8: Sentencia por subtipos agravados de violencia habitual: 173-2 apartado 2º CP (Uti-

- lizando armas, Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 9: Sentencia por lesiones menos graves a la mujer: art. 147 y/o 148 CP
 - 10: Sentencia por lesiones menos graves a hijo/a: art. 147 y/o 148 CP
 - 11: Sentencia por amenaza leve a la mujer: art. 171-4 del CP
 - 12: Sentencia por subtipos agravados de amenaza leve: art. 171-5 inciso 2º (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
 - 13: Sentencia por subtipos agravados de amenaza leve: art. 171-5 inciso 2º (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
 - 14: Sentencia por amenaza leve a hijo/a: art. 171-4 del CP
 - 15: Sentencia por amenaza grave a la mujer: art. 169 CP
 - 16: Sentencia por amenaza grave a hijo/a: art.169 CP
 - 17: Sentencia por coacciones leves: art. 172-2 del CP
 - 18: Sentencia por subtipos agravados de coacciones leves: art. 172-2 inciso 2º CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
 - 19: Sentencia por subtipos agravados de coacciones leves: art. 172-2 inciso 2º C.P (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
 - 20: Sentencia por coacciones leves a hijo/a: art.172-2 CP
 - 21: Sentencia por allanamiento de morada: art. 202 C.P
 - 22: Sentencia por quebrantamiento de medida: art. 468-2 C.P
 - 23: Sentencia por quebrantamiento de pena: art.468-2 C.P
 - 24: Sentencia por abuso sexual a la mujer: art.181 C.P
 - 25: Sentencia por abuso sexual al hijo/a: art. 181 C.P
 - 26: Sentencia por agresión sexual a la mujer: art. 178 C.P
 - 27: Sentencia por agresión sexual al hijo/a: art. 178 C.P
 - 98: No se sabe

153. Sentencias condenatorias sin conformidad dictadas por el Juzgado de lo Penal

- 1: Sentencia por falta/delito de vejaciones o injurias leves: art. 620.2 CP y art. 173.4 CP
- 2: Sentencia por maltrato ocasional a la mujer: art. 153.1 CP
- 3: Sentencia por maltrato ocasional a hijo/a: art. 153.2 CP
- 4: Sentencia por subtipos agravados de maltrato ocasional: art. 153. 3 CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 5: Sentencia por subtipos agravados de maltrato ocasional: art.153.3 CP (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una

medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)

- 6: Sentencia por violencia habitual: art. 173.2 CP
- 7: Sentencia por subtipos agravados de violencia habitual: art.173-2 apartado 2º CP
(En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 8: Sentencia por subtipos agravados de violencia habitual: art.173-2 apartado 2º CP
(Utilizando armas, Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 9: Sentencia por lesiones menos graves a la mujer: art. 147 y/o 148 CP
- 10: Sentencia por lesiones menos graves a hijo/a: art. 147 y/o 148 CP
- 11: Sentencia por amenaza leve a la mujer: art. 171-4 del CP
- 12: Sentencia por subtipos agravados de amenaza leve: art. 171-5 inciso 2º (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 13: Sentencia por subtipos agravados de amenaza leve: art. 171-5 inciso 2º (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 14: Sentencia por amenaza leve a hijo/a: art. 171-4 del CP
- 15: Sentencia por amenaza grave a la mujer: art. 169 CP
- 16: Sentencia por amenaza grave a hijo/a: art.169 CP
- 17: Sentencia por coacciones leves: art. 172-2 del CP
- 18: Sentencia por subtipos agravados de coacciones leves: art. 172-2 inciso 2º CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 19: Sentencia por subtipos agravados de coacciones leves: art. 172-2 inciso 2º CP
(Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 20: Sentencia por coacciones leves a hijo/a: art.172-2
- 21: Sentencia por allanamiento de morada: art. 202 CP
- 22: Sentencia por quebrantamiento de medida: art. 468-2 CP
- 23: Sentencia por quebrantamiento de pena: art. 468-2 CP
- 24: Sentencia por abuso sexual a la mujer: art.181 CP
- 25: Sentencia por abuso sexual al hijo/a: art. 181 CP
- 26: Sentencia por agresión sexual a la mujer: art. 178 CP
- 27: Sentencia por agresión sexual al hijo/a: art. 178 CP
- 98: No se sabe

154. Sentencias absolutorias dictadas por el Juzgado de lo Penal

- 1: Sentencia por falta/delito de vejaciones o injurias leves: art. 620.2 CP y art. 174.2 CP
- 2: Sentencia por maltrato ocasional a la mujer: art. 153.1CP

- 3: Sentencia por maltrato ocasional a hijo/a: art. 153.1CP
- 4: Sentencia por subtipos agravados de maltrato ocasional: art. 153. 3 CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 5: Sentencia por subtipos agravados de maltrato ocasional: art.153.3 CP (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 6: Sentencia por violencia habitual: art. 173.2 CP
- 7: Sentencia por subtipos agravados de violencia habitual: art. 173-2 apartado 2º C.P (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 8: Sentencia por subtipos agravados de violencia habitual: art.173-2 apartado 2º C.P (Utilizando armas, se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 9: Sentencia por lesiones menos graves a la mujer: art. 147 y/o 148 CP
- 10: Sentencia por lesiones menos graves a hijo/a: art. 147 y/o 148 CP
- 11: Sentencia por amenaza leve a la mujer: art. 171-4 del CP
- 12: Sentencia por subtipos agravados de amenaza leve: art. 171-5 inciso 2º (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 13: Sentencia por subtipos agravados de amenaza leve: art. 171-5 inciso 2º (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 14: Sentencia por amenaza leve a hijo/a: art. 171-4 del CP
- 15: Sentencia por amenaza grave a la mujer: art. 169 CP
- 16: Sentencia por amenaza grave a hijo/a: art.169 CP
- 17: Sentencia por coacciones leves: art. 172-2 del C.P
- 18: Sentencia por subtipos agravados de coacciones leves: art. 172-2 inciso 2º CP (En presencia de menores, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima)
- 19: Sentencia por subtipos agravados de coacciones leves: art. 172-2 inciso 2º CP (Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza)
- 20: Sentencia por coacciones leves a hijo/a: art.172-2 del CP
- 21: Sentencia por allanamiento de morada: art. 202 CP
- 22: Sentencia por quebrantamiento de medida: art. 468-2 CP
- 23: Sentencia por quebrantamiento de pena: art.468-2 CP
- 24: Sentencia por abuso sexual a la mujer: art.181 C.P
- 25: Sentencia por abuso sexual al hijo/a: art. 181 CP
- 26: Sentencia por agresión sexual a la mujer: art. 178 CP

27: Sentencia por agresión sexual al hijo/a: art. 178 CP

98: No se sabe

155. Penas sentencias Juzgado de lo Penal (Tres opciones)

1: Prisión

2: Trabajos en beneficio de la comunidad

3: Localización permanente

4: Prohibición de aproximación, comunicación a la mujer y de acudir a determinados lugares

5: Prohibición de aproximación, comunicación a los/as hijos/as y de acudir a determinados lugares

6: Prohibición de residir en un determinado lugar

7: Prohibición de tenencia y porte de armas

8: Expulsión en caso de extranjeros

9: Multa

98: No se sabe

156. Suspensión penas privativas de libertad

1: Por el periodo de dos a tres años no delinca.

2: Se someta a tratamiento de desintoxicación

3: Se someta a un plan formativo o de reeducación en el ámbito de la violencia de género.

4: No

157. Pronunciamiento en materia de responsabilidad civil recogido en la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer

1: Si

2: No

98: No se sabe

158. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

1: Drogadicción

2: Adicción al alcohol

3: Trastornos de alteración mental.

4: No

98: No se sabe

160. En el caso de la adopción de medidas civiles en la orden de protección, presenta demanda civil el plazo de los 30 días

1: Si

2: No

98: No se sabe

161. En el caso de la no adopción de medidas civiles, se inició procedimiento civil

1: Si.

2: No

3. La demanda civil se interpuso antes de la presentación de la denuncia

4. La sentencia civil se dictó con anterioridad a la presentación de la denuncia

98: No se sabe

161. Procedimiento civil

1: Medidas previas a la demanda civil

2: Medidas coetáneas a la demanda

3: Separación conyugal

4: Divorcio

5: Demanda de guarda y custodia

6: Modificación de medidas

7: Liquidación régimen matrimonial

8: Ejecución de sentencia

98: No se sabe

162. Tipo de procedimiento iniciado

1: Mutuo acuerdo

2: Contencioso

3: Contencioso transformado en mutuo acuerdo

163. Medidas acordadas en el auto

1: Adjudicación del uso de la vivienda familiar a favor de la madre

2: Adjudicación del uso de la vivienda a favor del padre

3: No pronunciamientos en cuanto a vivienda familiar por no existencia de la misma

4: Atribución de la guarda y custodia a favor de la madre

5: Atribución de la guarda y custodia a favor del padre

6: Régimen de visitas normalizado a favor del padre

7: Régimen de visitas normalizado a favor de la madre

8: Régimen de visitas ordinario con visitas intersemanales a favor del padre

9: Régimen de visitas ordinario con visitas intersemanales a favor de la madre

10: Limitación del régimen de visitas hacia el padre

11: Limitación del régimen de visitas hacia la madre

12.12: Suspensión del régimen de visitas hacia el padre

13: Suspensión del régimen de visitas hacia la madre

- 14: Privación de la patria potestad del padre
- 15: Suspensión de la patria potestad del padre
- 6: Privación de la patria potestad de la madre
- 6: Pensión de alimentos de > de 200 Euros por hijo/a
- 19: En trámite
- 98: No se sabe

164. El padre solicitó la guarda y custodia de los/las hijos/as

- 1: Si
- 2: No
- 3: Solicita guarda y custodia compartida
- 98: No se sabe

165. Medidas acordadas en sentencia contenciosa

- 1: Adjudicación del uso de la vivienda familiar a favor de la madre
- 2: Adjudicación del uso de la vivienda a favor del padre.
- 3: No pronunciamientos en cuanto a vivienda familiar por no existencia de la misma
- 4: Atribución de la guarda y custodia a favor de la madre
- 5: Atribución de la guarda y custodia a favor del padre
- 6: Régimen de visitas normalizado a favor del padre
- 7: Régimen de visitas normalizado a favor de la madre
- 8: Régimen de visitas ordinario con visitas intersemanales a favor del padre
- 9: Régimen de visitas ordinario con visitas intersemanales a favor de la madre
- 10: Limitación del régimen de visitas hacia el padre
- 11: Limitación del régimen de visitas hacia la madre
- 12: Suspensión del régimen de visitas hacia el padre
- 13: Suspensión del régimen de visitas hacia la madre
- 14: Privación de la patria potestad del padre
- 15: Suspensión de la patria potestad del padre
- 16: Privación de la patria potestad de la madre
- 17: Suspensión de la patria potestad de la madre
- 18: Pensión de alimentos de < 200 Euros por hijo/a
- 15: Pensión de alimentos de 200 a 400 Euros por hijo/a
- 16: Pensión de alimentos de > de 200 Euros por hijo/a
- 19: En trámite
- 98: No se sabe

166. Medidas acordadas en sentencia mutuo acuerdo

- 1: Adjudicación del uso de la vivienda familiar a favor de la madre

- 2: Adjudicación del uso de la vivienda familiar a favor del padre
- 3: Atribución de la guarda y custodia a favor de la madre
- 4: Atribución de la guarda y custodia a favor del padre
- 5: Régimen de visitas normalizado a favor del padre
- 6: Régimen de visitas normalizado a favor de la madre
- 7: Régimen de visitas ordinario con visitas intersemanales a favor del padre
- 8: Régimen de visitas ordinario con visitas intersemanales a favor de la madre
- 9: Pensión de alimentos de < 200 Euros por hijo/a
- 10: Pensión de alimentos de 200 a 400 Euros por hijo/a
- 11: Pensión de alimentos de > de 400 Euros por hijo/a
- 12. Guarda y custodia compartida
- 98: No se sabe

167. Limitación del régimen de visitas del padre hacia los/as menores.

- 1: Por la situación de violencia hacia los/as menores
- 2: Por la exposición a la violencia de los/as menores
- 3: Por la corta edad de los/as menores
- 4: Por la no comunicación previa del menor y el padre
- 5: Por alcoholismo, drogadicción del padre
- 6: Por enfermedad mental
- 7: Otros
- 8: Se acordó en sentencia de mutuo acuerdo
- 98: No se sabe

168. Suspensión del régimen de visitas del padre hacia los/as menores.

- 1: Por la situación de violencia hacia los/as menores
- 2: Por la exposición a la violencia de los/as menores
- 3: Por la corta edad de los/as menores
- 4: Por la no relación previa del menor y el padre
- 5: Por alcoholismo, drogadicción.
- 6: Por enfermedad mental.
- 96: Otros
- 98: No se sabe

169. Privación de la patria potestad del padre hacia los/as menores.

- 1: Por la situación de violencia hacia los/as menores
- 2: Por no relación entre padre y menor
- 3: Por alcoholismo, drogadicción.
- 4: Por enfermedad mental.
- 96: Otros
- 98: No se sabe

• REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abogadas para la Igualdad. (2010). *Estudio jurisprudencial sobre el impacto del SAP en los Tribunales Asturianos*. Asturias: Instituto Asturiano de la Mujer.

Acuña, M. (2014). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Madrid: DyKinson.

Aguilar, D. (2009). La infancia víctima de violencia de género. III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. *La Valoración Del Riesgo De Las Víctimas*. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es>.

Aguilar, D. (2015). Consecuencias físicas y psicológicas de la exposición a la violencia de género. En Czalbowski (comp.). *Detrás de la pared. Una mirada multidisciplinar acerca de los niños, niñas y adolescentes expuestos a la violencia de género* (pp. 40-136). Bilbao: Desclée de Brouwer.

Aguilar, J. (2008). El síndrome de alienación parental (S.A.P): interferencias en las relaciones filiales. En Holgado, E., Aguilar, J. y Paz, I. *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el Síndrome de Alienación Parental y previsiones capitulares* (pp.67-89). Madrid: Dykinson.

Aguilera, A. (2015). Comentario a la sentencia de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5376). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 98. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>.

Alemán, A. (2009). Evolución histórica de la discriminación de la mujer en el ámbito del derecho de familia. En Pérez Vallejo (comp.). *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. diagnóstico y prospectiva* (pp. 50-65). Madrid: Atelier.

Amorós, C. (2008). Conceptualizar es politizar. En Lorenzo, Maqueda y Rubio. *Género, violencia y derecho* (27-48). Madrid: Tirant Lo Blanch.

Armengot, A. (2015). De la intervención judicial en relación con la patria potestad. *Práctica de los Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, 116, 4.

Asociación de Mujeres Juristas Themis. (2003). *La violencia familiar en el ámbito judicial*. Castilla la Mancha: Junta de Comunidades de Castilla la Mancha.

Asociación Española de Neuropsiquiatría. (2010). *Declaración en contra del uso clínico y legal del llamado Síndrome de Alienación Parental*. Asociación Española de Neuropsiquiatría.

Barea, C. (2013). *Justicia patriarcal. Violencia de género y custodia*. Reino Unido: CBP.

Barrère, M. (2008). Género, discriminación y violencia contra las mujeres. En Laurenzo, Maqueda y Rubio. *Género, violencia y derecho* (27-48). Madrid: Tirant Lo Blanch.

Barrón, S. (2004). Ruptura de la conyugalidad e individuación materna: crisis y continuidad. En De la Concha y Osborne (comp.). *Las mujeres y los niños primero: discursos de la maternidad* (pp. 229-258). Barcelona: Icaria.

Bodelón, E. (2008). La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: Perdidas en la traducción jurídica del feminismo. En Laurenzo, Maqueda y Rubio. *Género, violencia y derecho* (275-300). Madrid: Tirant Lo Blanch.

Bodelón, E. (2010). La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar las violencias en las rupturas familiares. En Picontó Novales (comp.). *La custodia compartida a debate* (pp.131-154). Madrid: Dykinson.

Bodelón, E. (2014). Violencia institucional y violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 131-155.

Brullet, C. (2004). La maternidad en occidente y sus condiciones. En De la Concha y Osborne (comp.). *Las mujeres y los niños primero* (pp. 201-228). Barcelona: Icaria.

Bustelo, M., López, S., Platero, R. (2007). La representación de la violencia contra las mujeres como un asunto de género y un problema

público en España. En Bustelo y Lombardo (comp.). *Políticas de Igualdad en España y en Europa* (67-96). Madrid: Cátedra.

Calvo, M. (2003). *El tratamiento de la Violencia Familiar de Género en la Administración de Justicia. Años 2001-2002*. Madrid: Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

Calvo, M. (2006). Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, 17, 105-131.

Calvo, M. y Picontó, T. (2017). *Introducción y perspectivas actuales de la Sociología Jurídica*. Barcelona: UOC.

Camacho, F. (1990). *Curso de Derecho Romano*. Granada: Gráficas Alhambra.

Carretero, A. (1994). El nuevo planteamiento del derecho de visitas. *Diario La Ley*, 2, 1020-1025.

Casado, B. (2014). El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal. *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 62, 69-64.

Castresana, A. (1993). *Catálogo de virtudes femeninas*. Madrid: Tecnos.

Cobo, R. (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*. Madrid: Cátedra.

Consejo General del Poder Judicial. (2011). *Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2016). *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*. Consejo General del Poder Judicial.

Cueto, C. (2011). Problemas y soluciones que surgen en los Juzgados de violencia sobre la mujer relacionados con el derecho matrimonial. *Practica de los Tribunales*, 108. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.

Cunningham, A., y Baker, L. (2007). Little eyes, little ears: How violence against a mother shapes children as they grow. *Centre for Children & Families in the Justice System*. Recuperado de: http://www.Ifcc.Con.Ca/little_eyes_ears.Pdf.

De la Concha, A. y Osborne, R. (2004). *Las mujeres y los niños primero*. Barcelona: Icaria.

De la Iglesia, M. (2009). Alteración del régimen de visitas de los progenitores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 712, 925-931.

De la Iglesia, M. (2013). Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 739, 3423-3439.

Defensor del Pueblo. (1998). *La violencia doméstica contra las mujeres*. Madrid: Defensor del Pueblo.

Del Pozo, M. (2009). Ventajas e inconvenientes de los juicios rápidos para la lucha con la violencia de género. En Hoyos Sancho (comp.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (pp. 617-688). Valladolid: Lex Nova.

Delgado, J. (2004). La orden de protección en las víctimas de violencia doméstica. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2, 39-59.

Escalona, J. (2016). El incumplimiento del régimen de visitas. *La Ley. Derecho de familia*, 10. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.

Escudero, A., Aguilar, L., De la Cruz, J. (2008). La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): “terapia de la amenaza”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 28, 112, 285-305.

Facio, A. (1999). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En Fries y Facio (comp.). *Género y derecho* (pp. 71-103). Santiago de Chile: La Morada.

Facio, A. y Fries, L. (1999). *Género y derecho*. Santiago de Chile: La Morada.

Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas (2009). *Invisibilización y Desprotección de las víctimas de las Víctimas de Violencia de Género*.

ro en los Puntos de Encuentro Familiar: *Desmontando el SAP*. Madrid: Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas.

Fernández, R. (2008). Gramáticas de la publicidad sobre la violencia: ausencia del empoderamiento tras el ojo morado y la sonrisa serena. *Feminismos*, 11, 15-40.

Ferrer, V. (2007). Las diversas manifestaciones de la violencia de género. En Boch Fiol (comp.). *La violencia de género. Algunas cuestiones básicas* (pp. 61-106). Jaén: Formación Alcalá.

Fries, L. y Matus, V. (1999). Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundamentales del Derecho Patriarcal. En Fries y Facio (comp.). *Género y Derecho* (pp-61-77). Santiago de Chile: La Morada.

Fuentes, J. (2014). El artículo 153.1 CP: ¿tipo atenuado? *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 4.

García, I. (2013). *La patria potestad*. Madrid: Dykinson.

García, M. (2009). El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor. *Derecho privado y Constitución*, 23, 201-248.

Gardner, R. (1991). Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families. *American Judges Association*, vol. 28, 1, 14-21. Recuperado de <https://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr01.htm>.

Gardner, R. (2002). Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes? *The American Journal of Family Therapy*, 30, 93-115. Recuperado de <https://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>.

Garrido, C. (2016). Los derechos de las mujeres y la intervención social. Análisis y alternativas desde el feminismo. En San Segundo Manuel (comp.). *A vueltas con la violencia. Una aproximación multidisciplinar a la violencia de género* (pp. 81-105). Madrid: Tecnos

Gavilán, M. (2012). La habitualidad en el maltrato doméstico. Dificultad probatoria. Problemática actual. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 92, 6.

Gete-Alonso, M. (2011). Feminización: términos, valores y conceptos jurídicos (Las reformas pendientes: datos para una discusión).

En García Rubio y Valpuesta Fernández (comp.). El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado (pp.43-75).Valencia: Tirant Lo Blanch.

Gil, J. (2007). *Los diferentes rostros de la violencia de género: Ensayo jurídico a la luz de la ley integral (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre) y la Ley de igualdad (L.O. 3/2007, de 22 de marzo)*.Madrid: Dykinson.

Gil, J. (2000). La función judicial: entre la ciencia y el control social. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 17, 273-304.

Gil, J. (2004). Análisis teórico, legislativo y jurisprudencial de la violencia de género en el nuevo marco penal. En Rubio (comp.). *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores jurídicos* (pp. 121-156). Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

Gil, J. (2006). John Stuart Mill y la violencia de Género: las trampas de la educación diferencial. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 23, 61-84.

Gil, J. (2012). *Las nuevas técnicas legislativas en España. Los informes de evaluación de impacto de género*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Gil, J. (2013). Nuevos instrumentos vinculantes para una Ciencia de la Legislación renovada: impacto normativo y de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 15-42.

Gil, J. (2015). La mujer del discurso jurídico: una aportación desde la teoría crítica del derecho. *Quaestio Iuris*, Vol.8, 3, 1441-1480.

Gil, J. (2017). Del derecho que subyuga al Derecho que transforma. Avance social y Pacto de Estado contra la violencia de género. En *Del Riesgo a la prevención. Ponencia inaugural en el VII Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres*. Sevilla: Consejería de Justicia e Interior.

Gil, J. (2018). *El Convenio de Estambul como marco de Derecho antisubordinatorio*. Madrid: Dykinson.

Gómez, I. (2017). ¿Un pacto de Estado o un pacto constituyente contra la violencia machista? *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5, 93-109.

Gómez, J. (2004). ¿Existe una protección penal adecuada frente a los malos tratos? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del

Código Penal. En Rubio (comp.). *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos* (pp. 65-119). Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

Gómez, J. (2004). 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*, 11, 45-88.

Guillarte, C. (2009). 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 De Hoyos Sancho (comp.). *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. (pp.203-230). Valladolid: Lex Nova.

Gutiérrez, F. (2010). Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas. *Diario La Ley*, 7480.

Heim, D. (2014). Acceso a la justicia y violencia de género. *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, 48, 107-129.

Knibiehler. Y. (1997). Padres, patriarcado, paternidad. En Tubert (comp.). *Figuras del padre* (pp. 117-135). Valencia: Cátedra.

La Cruz, J., Sancho, F., Luna, A., Delgado, J., Rivero, F., Rams, A. (2010) [2002]: *Elementos de derecho civil. Tomo IV. Familia*. Madrid: Dykinson.

Lagarde, M. (2005). *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Laurenzo, P. (2008). La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo. En Laurenzo, Maqueda y Rubio (comp.). *Género, Violencia y Derecho* (pp. 329-362). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Lefebvre, F. (2017). *Relaciones paterno-filiales*. Madrid: Lefebvre-El Derecho.

Lerner, G. (1990). *La creación del patriarcado* (M. Tusell, Trad.). Barcelona: Crítica.

Liebel, M. (2015). Sobre el interés superior de los niños y la evolución

de las facultades. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 43-61-

Liebel, M. y Martínez, M. (2009). *Infancia y Derechos humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagonista*: Perú: IFEJANT.

Lizana, R. (2012). *A mí también me duele. Niños y niñas víctimas de la violencia de género en la pareja*. Barcelona: Gedisa.

Lledó, F., Sánchez, A., Monje, O. (2011). *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. Madrid: DyKinson.

López, M. (2014). La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia por incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del régimen de visitas. *La Ley. Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 3, 54-62.

Lorente, M. (1999). *Agresión a la mujer. Maltrato violación y acoso*. Madrid: Comares.

Lorente, M. (2004). *El rompecabezas: Anatomía del maltratador*. Barcelona: Ares y Mares.

Lorente, M. (2009). *Los nuevos hombres nuevos*. Barcelona: Ediciones Destino.

Lorente, M. (2016). La violencia de género como problema de salud. En San Segundo Manuel (comp.). *A vueltas con la violencia. Una aproximación multidisciplinar a la violencia de género* (pp. 199-215). Madrid: Tecnos.

Luzón, J., Ramos, E., Recio, P., De la Peña, E. (2011). *Andalucía detecta: Impacto de la exposición a violencia de género en menores*. Sevilla. Instituto Andaluz de la Mujer.

Mackinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado* (E. Martín, Trad.). Madrid: Cátedra.

Magro, V. (2004). El incumplimiento del régimen de visitas en la reforma del Código Penal por Ley 15/2003, de 25 de noviembre, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1, 1819-1828.

Magro, V. (2016). Ejecución forzosa de medidas en materia matrimonial del art.776 LEC. *Práctica Tribunales nº 122*, 8. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.

Magro, V. (2018). Interpretación y alcance del subtipo agravado de cometer el delito “en presencia de menores”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 132.

Manzanares, J. (2014). Estatuto de la víctima: comentario a su regulación procesal penal. *Diario La Ley*, 8351.

Maqueda, M. (2006a). La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral. *Revista Penal*, 18, 176-187.

Maqueda, M. (2006b). La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8.

Maqueda, M. (2007). ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 4.

Maqueda, M. (2009). 1989-2009: Veinte años de ‘desencuentros’ entre la ley penal y la realidad de la violencia en pareja. En Hoyos Sancho (comp.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (pp. 39-52). Valladolid: Lex Nova.

Marín, M. (2011). El síndrome de alienación parental: la carreta delante de los bueyes, *Diario La Ley* 7567. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.

Marín, M. (2017). *Neuropsicología Forense en Víctimas de Violencia de Género*. (Tesis doctoral). Universidad de Granada. Granada.

Marín, P. (2009). Resistencias a la aplicación de la Ley Integral. El supuesto SAP y su proyección en las resoluciones judiciales. *En III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. "Algunos problemas en torno a la guarda y custodia de los menores"*. Observatorio contra la violencia de género y doméstica del Consejo General del Poder Judicial.

Martínez, C. (1994). El derecho de visitas en la reciente praxis judicial. *Aranzadi Civil: revista quincenal*, 1, 145-168.

Martínez, G. (2011). Los procesos por violencia de género: cinco cuestiones procesales y una reflexión. En Fabregat Monfort (comp.). *Mujer y Derecho. Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho. Uni-*

versidad de Valencia (pp. 99-115). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Martínez, M. (2008). *El régimen de visitas desde la práctica forense*. Madrid: Dykinson.

Ministerio de Educación, Política Social y Deporte. (2008). *Documento marco de mínimos para asegurar la calidad de los puntos de encuentro familiar*. Madrid: Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.

Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. (2010). *Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre el llamado Síndrome de Alienación Parental*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2011). *Análisis sobre la macroencuesta sobre violencia de género*: Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2012). *IV Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*. Madrid: Ministerio Sanidad, Política Social e Igualdad.

Miranda, M. (2009). Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género. En Hoyos Sancho (comp.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (pp. 449-474). Valladolid: Lex Nova.

Molina, C. (2004). Madre inmaculada, virgen dolorosa. Modelos e imágenes en la tradición católica. En De la Concha y Osborne (comp.). *Las mujeres y los niños primero* (pp. 43-79). Barcelona: Icaria.

Molleja, M. (2013). El derecho de visitas, su incumplimiento por parte del progenitor custodio y la imposición de multas coercitivas. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 862, 5.

Montalban, I. (2004). La interpretación de las leyes como factor de eficacia. En Rubio Castro (comp.). *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para Operadores Jurídicos* (pp. 169-195). Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

Morales, A. (2013). *Ejecución de las sentencias dictadas en los procedimientos de familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Moreno, V. (2009). Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de

la patria potestad. *Diario La Ley*, 7267. Recuperado de: <http://laleydigital.laley.es>.

Moreno, V. (2011). El incumplimiento del régimen de comunicación del progenitor no custodio por voluntad de los hijos. *Diario La Ley*, 7565, 1397-1403.

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

Observatorio de la Violencia de Género y Doméstica. (2013). *Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Observatorio de la Violencia de Género y Doméstica. (2016). *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. (2011). *IV Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

Olaizola, I. (2010). Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria. *Estudios Penales y Criminológicos*, 30, 269-316.

Organización Mundial de la Salud. (2003). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Organización mundial de la salud.

Osborne, R. (2004). Del padre simbólico al padre real: la función paterna desde la modernidad. En De la Concha y Osborne (comp.). *Las mujeres y los niños primero*. (pp. 259-282). Barcelona: Icaria.

Pateman, C. (1995) [1988]. *El contrato sexual*. (M. L. Femenías, Trad). Barcelona. Anthropos.

Patró, R. y Limiñana, R. (2005). Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas. *Anales de Psicología*, 21, 11-17.

Paz, J. (2007). El llamado “Síndrome de Alienación Parental”. *Estudios de derecho judicial*, 139, 125-154.

Paz, J. (2009). La prueba pericial. *En III Congreso sobre violencia*

doméstica y de Género. Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Madrid: Observatorio contra la violencia doméstica y de género.

Peramato, T. (2015). Estado actual de la lucha contra la violencia sobre la mujer en España. En Sebastián Herranz (comp.). *Violencia de Género: escenarios y desafíos* (pp. 23-43). Madrid: Instituto Universitario de Estudios de la Mujer.

Pérez, A. (2001). El incumplimiento del régimen de visitas. *Boletín de Derecho de Familia. El Derecho*, nº 6. Recuperado de acceso.qmemento.com.

Picontó, T. (2016). Fisuras en la Protección de los Derechos de la Infancia. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 33, 133-166.

Picontó, T. (2018). Los derechos de las víctimas de violencia de género: las relaciones de los agresores con sus hijos. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 39, 121-156.

Pith, T. (2003). *Un derecho para dos*. (C. García Pascual, Trad.) Madrid: Trotta.

Planchadell, A (2018). Viejos y nuevos retos del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En Etxebarria, Ordeñana y Otazua (comp.). *Justicia con ojos de mujer: cuestiones procesales controvertidas* (pp.519-572). Valencia: Tirant lo Blanch.

Prieto, A. (2016). Diez años de derecho penal español contra la violencia de género: maltrato habitual y maltrato ocasional en la pareja. *Nuevo Foro Penal*, 86, 115-150.

Puleo, A. (2004). Perfiles filosóficos de la maternidad. En De la Concha y Osborne (comp.). *Las mujeres y los niños primero* (pp.23-42). Barcelona: Icaria.

Reyes, P. (2015). Menores y violencia de género: de invisibles a visibles. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 181-2017.

Reyes, P. (2017). La Patria Potestad a examen ante la violencia de género. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51, 335-356

Rivero, F. (1997). El derecho de visita. Barcelona: José María Bosch Editor.

Rivero, F. (2000). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson.

- Roca, E. (2014). *Libertad y familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Roda, D. (2014). *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Pamplona. Thomson Reuters Arazandi.
- Romero, A. (2010). *Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*. Madrid: Colección Scientia Iurídica.
- Romero, A. (2014). El incumplimiento del régimen de visitas y su problemática jurídica. *Diario La Ley*, 8267. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.
- Rousseau, J. (2011). *Emilio o de la Educación*. (M. Armiño, Trad.) Madrid. Alianza Editorial.
- Rousseau, J. (2016). *El Contrato Social*. (M. Villaverde Rico, Trad.) Madrid: Akal.
- Rubio, A. (2004). Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la violencia contra las mujeres: Un conflicto de valores. En Rubio Castro (comp.). *Análisis Jurídico De La Violencia Contra Las Mujeres. Guía De Argumentación Para Operadores Jurídicos* (pp. 11-59). Instituto Andaluz de La Mujer.
- Rubio, A. (2015). *Las innovaciones en la medición de la desigualdad*. Madrid: Dykinson.
- Ruiz, C. (2018). El enfoque de género en la sustracción internacional de menores. En Gil Ruiz (comp.). *El Convenio de Estambul como marco de Derecho antisubdiscriminatorio* (pp. 247-276). Madrid: Dykinson.
- Ruiz, M. (2014). Comentarios al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia. *Revista De Derecho UNED (RDUNED)*, 15, 521-545.
- Salanova, V. (1995). El derecho del menor a no ser separado de sus padres. *Derecho Privado y Constitución*, 7, 231-297.
- San Millán, B. (2017). *El delito de maltrato habitual*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- San Segundo, T. (2015). El interés superior del menor. En San Se-

gundo Teresa (comp.). *A vueltas con la violencia*. (pp. 317-345). Madrid: Tecnos.

Sara, B. (2004). Ruptura de la conyugabilidad e individuación materna: crisis y continuidad. En De la Concha y Osborne (comp.). *Las mujeres y los niños primero* (pp.229-257). Barcelona: Icaria.

Sariego, M. (2009). Reflexiones sobre el síndrome de alienación parental. *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 44, 289-296.

Save the children (2011). *En la violencia de género no hay una sola víctima. Atención a Los Hijos e Hijas De Mujeres Víctimas De Violencia De Género*. Madrid: Save the Children.

Save the Children. (2004). *¿Así que quiere hacer participar a los niños y niñas en la investigación?* Madrid: Save the Children.

Save the Children. (2006). *Atención a los niños y niñas víctimas de la 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*. Madrid: Save the Childen.

Save the children. (2012). *Investigación sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Recuperado desde: <http://www.violenciagenero.igualdad>.

Segura, C., Gil, M., Sepúlveda M. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de medicina forense*, 43,44, 118-133.

Sepúlveda, A. (2006). La violencia de género como causa de maltrato infantil. *Cuadernos De Medicina Forense*, 43-44, 149-164.

Shea, A. (2006). *Children Exposed to Domestic Violence: Whose 'Best Interests' in the Family Court?* (Tesis doctoral). Recuperado de: <https://www.researchgate.net/>.

Sillero, B. (2017). Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes. *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 6, 11-40.

Soletto, M. (2010). La ejecución forzosa del régimen de visitas. *Práctica de los Tribunales*, 74. Recuperado de <http://laleydigital.laley.es>.

Suárez, O. (2008). El derecho del hijo a relacionarse con sus padres. *Revista de Derecho de Extremadura*, 3, 159-170.

Téllez, A. (2007). *La investigación antropológica*. Alicante: Club Universitario.

Tobías, E., Morales, A., Agrela, B. (2016). Trabajo Social y género: reflexiones en torno a una alianza necesaria. En Raya Díez y Pastos Seller (comp.). *Trabajo Social, Derechos Humanos e Innovación Social*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Torres, C. (2016). La Violencia de Género en la Ley Integral: consideraciones críticas tras diez años de vigencia desde la óptica constitucional. En San Segundo Manuel (comp.). *A vueltas con la violencia. Una aproximación multidisciplinar a la violencia de género* (pp.171-197). Madrid: Tecnos.

Torres, M. (2015). Derecho de visitas. En Nieto Morales (comp.). *La crisis en las familias, infancia y juventud en el siglo XXI* (pp. 47-76). España: Dykinson.

Trinchant, C. (2016). Medidas definitivas de nulidad, separación y divorcio. En Trinchant Blasco (comp.). *Memento Práctico Francis Lefebvre Familia (Civil)*. Recuperado de www.acceso.qmemento.com.

Tubert, S. (1997). Figuras del padre. En Tubert (comp.). *Figuras del padre* (pp.31-61) Madrid: Cátedra.

Valcárcel, A. (2012). *Feminismo en el mundo global*. Madrid: Cátedra.

Vallés, M. (2006). Posición jurídica de la mujer a través de las reformas del derecho de familia. *Feminismo/s*, 8, 115-130.

Vallespín, D. (2013). 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, Recuperado desde: <http://www.smarteca.es>.

Ventura, A. (2016). 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*, 97, 179-208.

Vieira, F. (2015). El menor como víctima del delito. *Diario La Ley*, 8453.

Vilata, S. (2005). La ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. Perspectiva en los órdenes civil y penal del impago de pensiones y el incumplimiento del régimen de visitas. *Práctica Tribunales*, 12, 5-18.

Villagrasa, C. (2015). Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 17-41.

Walker, L. (2012). *El síndrome de la mujer maltratada*. (J. Castilla Plaza, Trad.) Bilbao: Desclée de Brouwer.

Zanón, L. (1996). *La guarda y custodia de los hijos*. Barcelona: Boch.

Zurilla, M. (2012). Violencia doméstica: Medidas civiles en relación con los hijos menores. En Zurilla Cariñana y Domínguez Martínez (comp.). *Violencia contra las mujeres: Un enfoque jurídico* (pp. 65-87). Oviedo: Septem E

Referencias documentales y normativas

Boletín Oficial de las Cortes Generales. (1989). *Informe de la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargados del Estudio de la Mujer Maltratada*. Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 313, 12 de mayo de 1989.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. (2002). *Informe de la Ponencia sobre la erradicación de la violencia doméstica, constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer*. Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 374, 4 de diciembre de 2002.

Bolance, O. (26 de junio de 2007). Buscan a una mujer de Manresa y a su hija sobre la que le han retirado la custodia. *El Mundo*. Recuperado de [http:// www.elmundo.es/](http://www.elmundo.es/).

Congreso de los Diputados. (2018). *Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Aprobación por la Comisión de Igualdad del Informe de la Subcomisión*. Boletín Oficial de las Cortes Generales.

Consejo General del Poder Judicial. (2002). *Informe del Consejo General del Poder Judicial a la Proposición de Ley (núm. 122/000199)*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2006). *La violencia contra la mujer en la estadística judicial: Datos anuales 2006*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2007). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales 2007*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2008). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales 2008*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2009). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales 2009*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2010). *Datos estadísticos judiciales en aplicación de la L.O. 1/2004*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2010). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales 2010*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2011). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales 2011*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2012). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial. Datos anuales 2012*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2013). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial. Datos anuales 2013*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2014). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales 2014*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2015). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales 2015*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial

Consejo General del Poder Judicial. (2016). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial. Datos anuales 2016*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2017). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial. Datos anuales 2017*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Consejo General del Poder Judicial. (2018). *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial. Primer trimestre*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Cortes Generales. (2002). *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*. VII Legislatura, núm. 178. Madrid: Cortes Generales.

Fiscalía General del Estado. (1998). Circular 1/1998, de 21 de octubre sobre la *Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar*. Madrid: Fiscalía General del Estado.

Fiscalía General del Estado. (1998). Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la *intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar*. Madrid: Fiscalía General del Estado.

Fiscalía General del Estado. (2003). Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre *nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica*. Madrid: Fiscalía General del Estado.

Fiscalía General del Estado. (2004). Circular 2/2004, sobre *aplicación de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre*. Madrid: Fiscalía General del Estado.

La madre de la niña con alienación parental podrá visitarla tras 10 meses sin verla. (18 de abril de 2008). La Vanguardia. Recuperado de <http://www.lavanguardia.com/>.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2013). *Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la mujer*. (2013-

2016). Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2013). *Ficha estadística de menores víctimas mortales por violencia de género 2013*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2013). *Ficha estadística de víctimas mortales por violencia de género 2013*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2014). *Ficha estadística de menores víctimas mortales por violencia de género 2014*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2014). *Ficha estadística de víctimas mortales por violencia de género 2014*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2014). *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2015). *Ficha estadística de menores víctimas mortales por Violencia de género 2015*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2015). *Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de género 2015*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2016). *Ficha estadística de menores víctimas mortales por Violencia de género 2016*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2016). *Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de género 2016*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2017). *Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género. Congreso+Senado*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2017). *Ficha*

estadística de menores víctimas mortales por violencia de género 2017. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2017). *Ficha estadística de víctimas mortales por violencia de género 2017*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2018). *Ficha estadística de menores víctimas mortales por violencia de género 2018*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2018). *Ficha estadística de víctimas mortales por violencia de género 2018*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. (1998-2000). *I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. (2001). *II Plan Integral contra la Violencia Doméstica*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. (2007). *Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. (2007). *Sistema de indicadores y variables sobre violencia de género sobre el que construir la base de datos del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Una asociación judicial pide al Gobierno que retire el Decreto Ley sobre medidas del Pacto de violencia machista. europapress. Recuperado de <http://europapress.es/>.

Referencias normativas

- *Nacionales*

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado nº 313, España, 29 de diciembre de 2004.

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Boletín Oficial del Estado nº

183, España, 1 de agosto de 2003.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado nº 175, España, 23 de julio de 2015.

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Boletín Oficial del Estado nº 312, España, 29 de diciembre de 2007.

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Boletín Oficial del Estado nº 119, España, 19 de mayo de 1981.

Ley 4/2015, de 27 de Abril, del Estatuto de la víctima. Boletín Oficial del Estado nº 101, España, 28 de abril de 2015.

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. Boletín Oficial del Estado nº15, España, 17 de enero de 1996.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres. Boletín Oficial del Estado nº 71, España, 23 de marzo de 2007.

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. Boletín Oficial del Estado nº 163, España, 9 de julio de 2005

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 148, España, de 22 de junio de 1989.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 281, España, de 24 de noviembre de 1995.

Ley 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. Boletín Oficial del Estado nº 138, España, de 10 de junio de 1999.

Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. Boletín Oficial del Estado nº 258, España, de

28 de octubre de 2002.

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, Boletín Oficial del Estado nº 283, de 26 de noviembre de 2003.

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. Boletín Oficial del Estado nº 77, de 31 de marzo de 2015.

Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. Boletín Oficial del Estado nº 188, de 4 de agosto de 2008.

Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. Ministerio de Justicia, España, 19 de julio de 2013.

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. Boletín Oficial de Aragón nº 63, Aragón, 29 de marzo de 2011.

Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Boletín Oficial de Navarra nº 60, Navarra, 28 de marzo de 2011.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, Cataluña, 5 de agosto de 2010.

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. Boletín Oficial del Estado 174, España, 22 de julio de 2015.

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del Parlamento Vasco. Boletín Oficial del País Vasco 129, País Vasco, 10 de julio de 2015.

Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana. DOCV 6495, 5 de abril de 2011.

Decreto 90/2018, de 15 de mayo, por el que se modifica el Regla-

mento de Organización y Funcionamiento de los Institutos de Medicina Legal de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del Consejo Andaluz de Medicina Legal y Forense y de la Comisión de Coordinación de los Institutos de Medicina Legal, aprobado por el Decreto 69/2012, de 20 de marzo. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, nº 97, Andalucía, 22 de mayo de 2018.

- *Internacionales*

ONU: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Comunicación nº 47/2012, CEDAW/C/58/D/47/2012

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Recomendación General nº 19.

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Recomendación General nº35.

ONU: Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993.

ONU: IV Conferencia Mundial de la Organización de Naciones Unidas, celebrada en Beijing en 1995.

ONU: Convención de los Derechos del niño de las Naciones Unidas adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1989.

ONU: Observación general nº 7 (2005) del Comité de los Derechos del niño: Realización de los derechos del niño en la primera infancia (CRC/C/GC/7).

ONU: Observación general nº 13 (2011) del Comité de los Derechos del niño: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13).

ONU: Observación general nº 12 (2009) del Comité de los Derechos del niño: El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12).

ONU: Observación general nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del niño: Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3 párrafo 1) (CRC/C/GC/13).

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, Unión Europea, 30 de marzo de 2010.

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 (2013/2004(INL)).

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (COM(2016)0109 – 2016/0062(NLE)).

Resolución del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres de 16 de septiembre de 1997. Diario Oficial n° C 304 de 06/10/1997, p. 0055.

Resolución 1714/10 del Consejo de Europa.

La Recomendación 1905/2010 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

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 (Convenio de Estambul). Boletín Oficial del Estado 137, España, 6 de junio de 2014.

Referencias jurisprudenciales

TRIBUNAL SUPREMO

STS, n° 474/2010, Sala 2ª, de lo Penal, de 17 de mayo de 2010, Rec. 11528/2009

STS, n° 889/2010, Sala 2ª, de lo Penal, de 7 de octubre de 2010, Rec. 146/2010

STS, n° 1154/2011, Sala 2ª, de lo Penal, de 10 de noviembre de 2011, Rec. 822/2011

STS, n° 182/2012, Sala 2ª, de lo Penal, de 12 de marzo de 2012, Rec. 11494/2011

STS, n°66/2013, Sala 2ª, de lo Penal, de 25 de enero de 2013, Rec.

10637/2012

STS, nº 1208/200, Sala 2ª, de lo Penal, de 7 de julio de 200, Re. 333/119

STS, nº 765/2011, Sala 2ª, de lo Penal, de 19 de julio de 2011, Rec.

10304/2011

STS, nº 981/2013, Sala 2ª, de lo Penal, de 23 de diciembre, Rec.

10527/2013

STS, nº 672/2011, Sala 2ª, de lo Penal, de 29 de junio de 2011,

Rec.49/2011

STS, nº 1413/2000, Sala 2ª, de lo Penal, de 21 de septiembre de 2000,

Rec.2641/1998

STS, nº 195/2002, Sala 2ª, de lo Penal, de 28 de octubre de 2002, Rec.

3540/1998

STS, nº 238/2011, Sala 2ª, de lo Penal, de 21 de marzo de 2011, Rec.

2068/2010

STS, nº 989/2016, Sala 2ª, de lo Penal, de 12 de enero de 2007, Rec.

971/2016

STS, nº 759/2011, Sala 1ª, de lo Civil, de 2 de noviembre de 2011, Rec.

1003/2010

STS, nº 642/2012, Sala 1ª, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, Rec.

1238/2011

STS, nº 720/2002, Sala 1ª, de lo Civil, de 9 de julio de 2002, Rec.

482/1997

STS nº 598/2015, Sala 1ª, de lo Civil, de 27 de octubre de 2015, Rec.

26/64 de 2

STS, nº 319/2016, Sala 1ª, de 13 de mayo de 2016, Rec. 2556/2015

STS nº 680/2015, Sala 1ª, de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015,

Rec. 36/2015

STS nº 54/2011, Sala 1ª, de 13 de mayo, Rec. 500/2008

STS nº 1263/2018, de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4ª, de

17 de julio de 2018, Rec. 1002/2017

STS nº 823/2012, Sala 1ª, de lo Civil, de 31 de Enero de 2013, Rec.

2248/2011

STS nº 512/2009, Sala 1ª, de lo Civil, de 30 de junio de 2009,

Rec.532/2015

STS nº 800/2014, Sala 2ª, de lo Penal, de 12 de noviembre de 2014, Rec. 2374/2013

STS nº 177/2017, Sala 2º, de lo Penal, de 22 de marzo, Rec. 20249/2016

STS nº 162/2016, Sala 1ª, de lo Civil, de 16 de marzo de 2016, Rec. 590/2015

STS nº 36/2016, Sala 1ª, de lo Civil, de 4 de febrero de 2016, Rec. 3016/2004

STS nº 496/2011, Sala 1ª, de 7 de julio de 2011, Rec. 1221/2010

STS nº 194/2016, Sala 1ª, de lo Civil, de 29 de marzo de 2016, Rec. 1159/2015

STS nº 172/2016, Sala 1ª, de lo Civil de 17 de marzo de 2016, Rec. 1136/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Sentencia nº 4/2017, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Rec. 52/2016

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC, nº. 176/2008, Sala 1ª, de 22 diciembre, Rec. 4595/2005

STC, nº 229/1991, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 2006, Rec.5910/2004

STC, nº 62/1985, Sala 2ª, de 10 de mayo de 1985, Rec. 213/1984

STC, nº 195/2002, Sala 2ª, de 28 de octubre de 2002, Rec. 3540/1998

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Barcelona, nº 503/2011, Sección 18ª, de 29 de julio de 2011, Rec. 935/2010.

SAP de Girona, nº 67/2015, Sección 1ª, de 24 de marzo de 2015, Rec. 711/2014.

SAP de Madrid, nº 985/2015, Sección 22ª, de 20 de noviembre de 2015, Rec. 1021/2015.

SAP de las Palmas nº 684/2014, de 7 de noviembre de 2014, Sección 3º, Rec. 242/2014.

- SAP Asturias nº68/2015, Sección 5ª, de 10 de octubre de 2015, Rec. 36/2015
- SAP Ciudad Real, nº9/2015, Sección 2ª, de 14 de enero de 2015, Rec. 286/2014
- SAP Coruña, nº 7/2017, Sección 4ª, de 12 de enero de 2017, Rec. 592/2016
- SAP de Álava, nº178/2015, Sección 1ª, de 27 de mayo de 2015, Rec. 74/2015
- SAP de Albacete, nº 275/2015, Sección 1ª, de 27 de octubre de 2015, Rec. 133/2015
- SAP de Alicante, nº 321/2015, Sección 9ª, de 18 de septiembre de 2015, Rec. 266/2015
- SAP de Almería, nº 81/2015, Sección 1ª, de 19 de febrero de 2015, Rec. 854/2014
- SAP de Asturias, nº 22/2015, Sección 6ª, de 28 de septiembre de 2015, Rec. 280/2015
- SAP de Barcelona, nº 116/2015, Sección 12ª, de 27 de febrero de 2015, Rec. 993/2014
- SAP de Barcelona, nº 216/2015, Sección 12ª, de 10 de abril de 2015, Rec. 1238/2014
- SAP de Barcelona, nº 304/2016, Sección 18, de 21 de abril de 2016, Rec. 459/2015
- SAP de Barcelona, nº 338/2015, de 20 de mayo de 2015
- SAP de Barcelona, nº 34/2015, Sección 12, de 21 de Enero de 2015, Rec. 737/2013
- SAP de Barcelona, nº 675/2015, Sección 12ª, de 21 de octubre de 2015, Rec. 179/2015
- SAP de Cáceres, nº 181/2015, Sección 1ª, de 15 de junio de 2015, Rec. 256/2015
- SAP de Cáceres, nº 247/2016, Sección 1ª, de 20 de junio de 2016, Rec. 333/2016
- SAP de Granada, nº 60/2015, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2015, Rec. 499/2014

SAP de Guadalajara, nº 80/2016, de 11 de mayo de 2016, Rec. 142/2016
SAP de Jaén, nº 157/2016, Sección 1ª, de 15 de julio de 2016, Rec. 675/2016.

SAP de Jaén, nº 433/2016, Sección 1ª, de 23 de junio de 2016, Rec. 157/2016

SAP de Jaén, nº 517/2016, Sección 1ª, de 15 de julio de 2016, Rec. 675/2016

SAP de Jaén, nº 548/016, Sección 1ª, de 29 de julio de 2016, Rec. 673/2016

SAP de La Coruña, nº 464/2015, Sección 5ª, de 15 diciembre de 2015, Rec. 109/2015

SAP de La Coruña, nº 7/2017, Sección 4ª, de 12 de enero de 2017, Rec. 592/2016.

SAP de la Islas Baleares, nº 327/2016, Sección 4ª, de 24 de octubre de 2016, Rec. 97/2016

SAP de las Palmas, nº 468/2008, Sección 3ª, de 8 de julio de 2008, Rec. 61/2008

SAP de Lleida, nº 379/2015, Sección 2ª, de 24 de septiembre de 2015, Rec. 363/2015.

SAP de Lleida, nº 298/2016, Sección 2ª, de 30 de junio de 2016, Rec. 362/2016

SAP de Madrid nº 247/2016, de 15 de marzo de 2016, Sección 22ª, Rec. 835/2015

SAP de Madrid, nº 1038/2015, Sección 22, de 7 de diciembre de 2015, Rec. 1038/2015

SAP de Madrid, nº 705/2015, de 10 de julio 2015, Rec. 642/2014.

SAP de Madrid, nº 926/2015, Sección 22ª, de 3 de noviembre de 2015, Rec. 226/2015.

SAP de Madrid, nº 964/2016, Sección 24, de 23 de noviembre de 2016, Rec. 702/2016

SAP de Madrid, nº 985/2015, Sección 22ª, de 20 de noviembre de 2015, Rec. 1021/2015.

SAP de Madrid, nº 257/2015, Sección 22ª, de 13 de marzo de 2015,

Rec. 672/2014

SAP de Málaga nº 400, Sección 6ª, de 30 de junio de 2015. Rec. 381/2014

SAP de Málaga nº 630/2017, de 21 de junio de 2017, Sección 3ª, Rec. 959/2015

SAP de Málaga, auto 101/2003, Sección 4ª, de 30 de mayo de 2003, Rec. 227/2003

SAP de Málaga, nº 344/2015, Sección 6ª, de 15 de junio de 2015, Rec. 426/2014

SAP de Málaga, nº 399/2015 Sección 6ª, de 30 junio de 2015, Rec. 258/2014

SAP de Málaga, nº 400/2015, Sección 6ª, de 30 de junio de 2015, recurso 381/2015

SAP de Murcia, nº 10/2016, Sección 4ª, de 8 de enero de 2016, Rec. 885/2015

SAP de Murcia, nº 235/216, Sección 4ª, de 14 de abril de 2016, Rec. 4/2016

SAP de Santa Cruz de Tenerife, nº 15/2016, Sección 1ª, de 14 de Enero de 2016, Rec. 558/2015

SAP de Barcelona, nº 192/2016, Sección 12ª, de 16 marzo de 2016, Rec. 1342/2015

SAP de Santa Cruz de Tenerife, nº 161/2015, Sección 1ª, de 25 de marzo de 2015, Rec. 39/2014

SAP de Sevilla, nº 218/2016, Sección 2ª, de 24 de mayo de 2016, Rec. 9124/2015

SAP de Tarragona, nº 147/2015, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015, Rec. 115/2014

SAP de Tarragona, nº, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015, Rec. 114/2014

SAP de Valencia, nº 334/2016, Sección 10ª, de 2 de mayo de 2016, Rec. 1181/2015

SAP de Valencia, nº 639/2015, Sección 10ª, de 9 de noviembre de 2015, Rec. 672/2015

SAP de Valencia, nº 67/2017, Sección 10ª, de 23 de enero de 2017, Rec. 596/2016

SAP Jaén, nº 517/2016, Sección 1ª, de 15 de julio de 2016, Rec. 675/2016

SAP Madrid, nº 257/2015, Sección 22, de 13 de marzo de 2015, Rec. 672/2014

SAP Madrid, nº 839/2015, Sección 22ª, de 2 de octubre de 2015, Rec.1462/2014

SAP Madrid, nº40/2015, Sección 22ª, de 16 de enero de 2015, Rec. 286/2014

SAP Santa Cruz de Tenerife, nº 275/2016, Sección 1ª, de 21 de abril de 2016, Rec. 565/2016

SAP Sevilla, nº 3/2015, Sección 2ª, de 9 de enero de 2015, Rec. 536/2014

SAP de Málaga, auto 101/2003, Sección 4ª, de 30 de mayo de 2003, Rec. 227/2003.

SAP de Albacete, nº 326/2015, Sección 1ª, de 27 de noviembre de 2015, Rec. 326/2015

SAP de Cantabria nº 366/2015, Sección 2ª, de 28 de julio de 2015, Recurso 243/2015

SAP de Valencia, nº 506/2011, Sección 10ª, de 30 de junio de 2011, Rec. 212/2011

SAP de Tarragona nº 16/2016, Sección 2ª, de 20 de enero de 2016, Rec. 24/2015

SAP de Barcelona, auto 200/2008, Sección 18ª, de 18 de julio de 2008, Rec. 1017/2007

SAP de Castellón, nº 64/2016, Sección 2ª, de 18 de mayo, Rec. 199/2015

SAP de las Palmas nº286/2017, Sección 3ª, de 16 de mayo de 2017, Rec. 864/2016

SAP de Madrid nº 33/2009, Sección 22ª, de 19 de Enero de 2009, Rec. 484/2009

SAP de Ciudad Real, nº 64/2009, Sección 1ª, de 16 de junio de 2009, Rec. 98/2009

SAP de Valladolid, auto 59/2004, Sección 1ª, de 25 de marzo de 2004,

Rec. 507/2003

SAP de la Coruña nº 214/2015, Sección 3ª, de 3 de julio de 2015, Rec. 101/2015

SAP de Asturias, auto 12/2008, Sección 4ª, de 13 de febrero de 2008, Rec. 19/2008

SAP de Vizcaya, auto 501/2006, Sección 4ª, de 4 de julio de 2006, Rec. 662/2005

SAP de las Palmas nº 468/2008 de 8 de julio de 2008, Sección 3º, Rec. 61/2008

SAP de Sevilla, auto 52/2008, Sección 2ª, de 27 de febrero de 2008, Rec. 2009/2007

SAP de Palencia nº 207/2017, de 18 de julio de 2017, Rec. 415/2016

SAP de las Palmas, nº 401/2007, Sección 5ª, de 29 de noviembre, Rec. 509/2006

SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 4 de julio de 2016, Rec. 662/2005

SAP de Madrid, auto 19/2009, Sección 22ª, de 23 de enero de 2009, Rec. 1187/2008

SAP de Málaga, nº 113/2017, Sección 6ª, de 8 de febrero de 2017, Rec. 10/2016

SAP de Burgos, nº 193/2015, Sección 2ª, de 7 de julio de 2015, Rec. 276/2014

SAP las Islas Baleares, nº 17/2015, Sección 4ª, de 21 de enero de 2015, Rec. 460/2014

SAP de Granada, nº 444/2014, Sección 5ª, de 5 de diciembre de 2014, Rec.306/2014

SAP de Alicante, nº 370/2013, Sección 4ª, de 15 de octubre de 2013, Rec.185/2013

SAP de Barcelona, nº 510/214, Sección 12ª, de 25 de julio de 2014, Rec. 31/2014,

SAP de la Coruña, nº 175/2015, Sección 3ª, de 27 de mayo de 2015, Rec. 46/2015

SAP de Barcelona, nº 585/2009, Sección 12ª, de 15 de septiembre de 2009, Sección 12ª, Rec. 294/2009

SAP de Valencia, nº 693/2015, Sección 10ª, de 9 noviembre de 2015, Rec. 672/2015

SAP de Castellón, nº 86/2014, Sección 2ª, de 23 de junio de 2014, Rec. 89/2014

SAP de Albacete, nº 326/2015, Sección 1ª, de 27 de noviembre de 2015, Rec. 326/2015

SAP de Ourense, nº 384/2012, Sección 1ª, de 18 de octubre de 2012, Rec. 384/2012

SAP de Burgos, nº 403/2016, Sección 2ª, de 22 de noviembre de 2016, Rec. 207/2016

SAP de Alicante, nº 84/2015, Sección 4ª, de 10 de marzo de 2015, Rec. 556/2015

SAP Jaén, nº 440/2016, Sección 1ª, de 24 de junio de 2016, Rec. 241/2016

SAP de Guipúzcoa, nº 2379/ 2007, Sección 2ª, de 13 diciembre de 2007, Rec. 2313/2007

SAP de Toledo, nº 114/2016, Sección 1ª, de 9 de junio de 2016, Rec. 324/2015

SAP de Málaga, nº 53/2017, Sección 6ª, de 26 de febrero de 2016, Rec. 470/2016

SAP de Vizcaya, nº 256/2008, Sección 6ª, de 27 de marzo de 2008, Rec. 99/2008

SAP de Barcelona, nº 272/2008, Sección 18ª, de 17 de abril de 2018, Rec. 837/2017

SAP de Alicante, nº 312/2015, Sección 4ª, de 14 de octubre de 2015, Rec. 389/2015

SAP de Málaga, nº 439/2010, Sección 6ª, de 14 de septiembre de 2010, Rec. 1072/2009

SAP de Málaga, nº 552/2009, Sección 6ª, de 7 de octubre de 2009, Rec. 203/2009

SAP de Las Palmas, nº 494/2017, Sección 3ª, de 9 de octubre de 2017, Rec.381/2017

SAP de Segovia, nº 103/2009, de 4 de junio de 2009, Rec. 180/2009

- SAP de Málaga, nº 37/2015, Sección 6ª, de 22 de enero de 2015, Rec. 337/2014
- SAP de Barcelona, nº 63/2007, Sección 12ª, de 25 de enero de 2007, Rec. 334/2006
- SAP de Tarragona, nº 310/2014, Sección 1ª, de 3 de octubre de 2014, Rec. 248/2014
- SAP de Pontevedra, nº 4/2009, Sección 3ª, de 9 de enero de 2009, Rec. 106/2008
- SAP de Alicante, nº 238/2013, Sección 4ª, de 4 de junio de 2013, Rec. 776/2012
- SAP de las Palmas, nº 671/2017, Sección 3ª, de 21 de diciembre de 2017, Rec. 964/2016*
- SAP de Ourense, nº 272/2013, Sección 1ª, de 28 de junio de 2013, Rec. 148/2013
- SAP de Zaragoza, nº 349/2007, Sección 2ª, de 3 de julio de 2007, Rec. 290/2007
- SAP de Málaga, nº 113/2017, Sección 6ª, de 8 de febrero de 2017, Rec. 10/2016
- SAP de Córdoba, nº 185/2010, Sección 2ª, de 9 de septiembre de 2010, Re. 202/2010
- SAP de Alicante, nº 267/2011, Sección 4ª, de 8 de septiembre de 2011, Rec. 94/2011
- SAP de Murcia, nº 174/2013, Sección 4ª, de 14 de marzo de 2013, Rec. 398/2012
- SAP de Alicante, nº 312/2015, Sección 4ª, de 14 de octubre de 2015, Rec. 389/2015
- SAP de Málaga, nº 347/2017, Sección 6ª, de 21 de abril de 2017, Rec. 894/2016
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, nº 152/2014, Sección 1ª, de 31 de marzo de 2014, Rec. 959/2012
- SAP de Málaga, nº 399/2015, Sección 6ª, de 30 de junio de 2015, Rec. 258/2014
- SAP de las Palmas, nº 37/2009, Sección 3ª, de 26 de enero de 2009,

Rec. 223/2008

SAP de A Coruña, nº 154/2012, Sección 6ª, de 26 de junio de 2012, Rec. 127/2011

SAP de Barcelona, nº 645/2013, Sección 12ª, de 18 de septiembre de 2013, Rec. 866/2012

SAP de Málaga, nº 854/2016, Sección 6ª, de 1 de diciembre de 2016, Rec.4/2015

SAP de Tarragona, nº 146/2016, Sección 1ª, de 8 de abril de 2016, Rec. 639/2015

SAP de Toledo, nº 114/2016, Sección 1ª, de 9 de junio de 2016, Rec. 324/2015

SAP de Guipúzcoa, nº 190/2012, Sección 2ª, de 11 de junio de 2012, Rec. 2310/2011

SAP de Albacete, nº 12/2012, Sección 1ª, de 1 de febrero de 2012, Rec. 216/2011

SAP de Barcelona, nº 775/2008, Sección 12ª, de 18 de diciembre de 2008, Rec. 386/2008

SAP de Barcelona, nº 397/2016, Sección 12ª, de 26 de mayo de 2016, Rec. 701/2014

SAP de Barcelona, nº 445/2011, Sección 12ª, de 6 de septiembre de 2011, Rec. 695/2010

SAP de Madrid, nº 294/2014, Sección 24ª, de 28 de marzo de 2014, Rec. 696/2013

SAP de Barcelona, nº 750/2014, Sección 12ª, de 3 de diciembre de 2014, Rec. 1320/2013

SAP de Barcelona, nº 157/2013, Sección 18ª, de 5 de marzo de 2013, Rec. 219/2012

SAP de Huesca, nº 31/2013, de 31 de Enero de 2013, Rec. 426/2012

SAP de Les Illes Balears, Sección 4ª, nº 447/2010, de 9 de diciembre de 2010, Rec. 356/2010

SAP de Málaga, nº 427/2017, Sección 6ª, de 2 de mayo de 2017, Rec. 910/2016

SAP de Murcia, nº 236/2010, Sección 4ª, de 29 de abril de 2010, Rec.

104/2010

SAP de Castellón, nº 142/2013, Sección 2ª, de 5 de diciembre de 2013, Rec. 124/2003

SAP de Guipúzcoa, nº 47/2016, Sección 3º, de 7 de marzo de 2016, Rec. 3064/2016

SAP de Barcelona, nº 721/2009, Sección 12ª, de 28 de octubre de 2009, Rec.369/2009

SAP de Barcelona, nº 470/2013, Sección 18ª, de 9 de julio de 2013, Rec. 558/2012

SAP de Illes Balears, nº 87/2015, Sección 4ª, de 4 de marzo de 2015, Rec. 536/2014

SAP de Illes Balears, nº 127/2008, Sección 4ª, de 14 de abril de 2008, Rec. 587/2007

SAP de Zaragoza, nº 272/2015, Sección 2ª, de 2 de junio de 2015, Rec. 49/2015

SAP de Valencia, nº 715/2017, Sección 10ª, de 26 de julio de 2017, Rec. 1758/2016

SAP de Burgos, nº 478/2012, Sección 2ª, de 20 de diciembre de 2012, Rec. 129/2012

SAP de Madrid, nº 405/2009, Sección 24ª, de 23 de abril de 2009, Rec. 81/2009

SAP de Madrid, nº 597/2006, Sección 22ª, de 29 de septiembre de 2006, Rec. 472/2006

SAP de Tarragona, nº 200/2017, Sección 1ª, de 31 de mayo de 2017, Rec. 248/2016

SAP de Toledo, nº 28/2017, Sección 1ª, de 2 de febrero de 2017, Rec. 288/2016

SAP de Guipúzcoa, nº 297/2017, Sección 2ª, de 27 de noviembre de 2017, Rec.2329/2017

SAP de Guipúzcoa, nº 206/ 2018, Sección 2ª, de 27 de abril de 2018, Rec. 2124/2018

SAP de Vizcaya, nº 191/2017, Sección 4ª, de 13 de marzo de 2017, Rec. 51/2017

SAP de Vizcaya, nº 117/2017, Sección 4ª, de 16 de febrero de 2017,
Rec. 741/2016

- JUZGADO

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Manresa de fecha
4 de junio de 2007

