



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Menores de edad: víctimas directas de violencia de género
en el ámbito familiar.

Realizado por Guillermo González Blanco

Dirigido por: Dolores Palacios González

Curso Académico: 2018/2019

RESUMEN

En los casos de violencia de género, por lo general, nos solemos centrar en las mujeres maltratadas por aquellos hombres con los que tengan o hayan tenido una relación de afectividad, quedando en el olvido las “*víctimas invisibles*”, aquel niño o niña el cual, aunque no reciba del maltratador ninguna agresión física o psicológica de manera intencional por parte del agresor, también sufre de manera directa este tipo de violencia, ya que la convivencia diaria en un ambiente tan hostil en el que existen constantes episodios de agresiones, afecta de innumerables formas al correcto desarrollo de su personalidad.

El presente trabajo se configura como un estudio teórico-práctico de la protección jurídica que reciben las personas menores de edad que se encuentran en esta situación.

En primer lugar, analizaremos una serie de conceptos base como pueden ser, la diferencia entre violencia de género y familiar, la vulnerabilidad del menor o el principio del interés superior del menor.

A continuación, y una vez que tengamos claros estos conceptos, podremos profundizar en el tema principal del trabajo “*menores de edad víctimas de violencia de género en el ámbito familiar*”. Para ello, hablaremos de la evolución legislativa que ha sufrido este campo, como, por ejemplo, gracias a la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, el menor pasó de ser considerado una víctima indirecta de la violencia de género a víctima directa, consiguiendo así una mayor protección. También analizaremos los diferentes tipos de exposición que sufren ante esta violencia machista y los efectos que provocan en la infancia y adolescencia.

Por último, estudiaremos las medidas de protección que existen en nuestra legislación, analizaremos con casos reales la aplicación de dichas medidas, si los cambios que surgieron en este campo son suficientes, comprobaremos los múltiples aspectos que se deben analizar a la hora de buscar la mejor opción en cada caso y la efectividad de estas leyes.

Palabras clave: menor/es, principio del interés superior del menor, medidas, violencia de género, vulnerable.

SUMMARY

In cases of gender-based violence, in general, we usually focus on women abused by those men with whom they have or have had an affective relationship, forgetting the "invisible victims", the boy or girl. Although they do not receive any physical or psychological aggression from the abuser, they also directly suffer this type of violence, since to live in such a hostile environment in which there are constant episodes of aggression affects in many ways the right development of their personality.

The present project is a theoretical-practical study of the legal protection received by underage children in this situation.

Firstly, we will analyze basic concepts such as the difference between gender and family violence, the vulnerability of the child or the principle of the best interest to the child.

Then, we can deep into the main theme of the project "*underage victims of gender violence in the family*." We will talk about the evolution of the legislation, for example, thanks to the Organic Law 8/2015 of July 22, the underage is considered a direct victim. We will also explain the different types of exposure that they suffer and the effects they cause in the childhood and the adolescence.

Finally, we will study the protection measures that exist in our legislation, we will analyze, using real cases, the application of these measures, we will check the several aspects that should be analyzed when looking for the best option and the effectiveness of these laws.

Keywords: underage, principle of the best interest to the child, measures, gender-based violence, vulnerability

ÍNDICE DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

A	Auto.
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ALCP	Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio
AN	Audiencia Nacional.
AP	Audiencia Provincial.
Art/s	Artículo/s.
AAVV	Autores Varios.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
Cap.	Capítulo.
CC	Código Civil
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
Coord/s	Coordinador/es
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
Dir/s	Director/es
Edit.	Editorial
ET	Equipo Técnico
Exp. M	Exposición de Motivos
JM	Juzgado de Menores
JVG	Juzgados Violencia de Género
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley Enjuiciamiento Criminal
LJV	Ley Jurisdicción Voluntaria

LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica Protección Jurídica del Menor
LRC	Ley del Registro Civil
LOVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
Pág.	Página
PEVG	Pacto de Estado contra la Violencia de género
R	Resolución
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
V.	Ver
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	pág. 01
2. MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL DE REFERENCIA.....	pág. 05
2.1. Violencia de género y violencia doméstica.....	pág.05
2.2. Concepto de menor y su vulnerabilidad.....	pág. 13
2.3. El principio del Interés Superior del Menor.....	pág. 17
2.4. Derecho del menor a ser oído y escuchado.....	pág. 23
3. EL MENOR DE EDAD COMO VÍCTIMA DIRECTA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	pág. 26
3.1. El menor perjudicado por la violencia de género.....	pág. 26
3.2. Exposiciones y efectos que provoca la violencia de género en la infancia y adolescencia.....	pág. 28
4. PROTECCIÓN ESPECÍFICA DEL MENOR VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	pág. 32
4.1. Regulación especial de protección a menores de edad en supuestos de violencia de género.....	pág. 32
4.2. Medidas de protección del menor en procesos de violencia de género.....	pág. 38
4.2.1. Competencia judicial y procedimiento.....	pág.38
4.2.2. Medidas más relevantes y criterios de adopción.....	pág. 50
4.2.2.1.Patria Potestad.....	pág.50
4.2.2.2.Guarda y Custodia.....	pág.55
4.2.2.3.Régimen de visitas y comunicaciones.....	pág.60
5. CONCLUSIONES.....	pág. 68
6. BIBLIOGRAFÍA.....	pág.72
6.1. Jurisprudencia.....	pág. 72
6.2. Bibliografía.....	pág. 73
6.3. Otras fuentes.....	pág. 76
6.4. Legislación.....	pág. 77

1. INTRODUCCIÓN.

La Violencia de Género, tal y como recoge la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, *“constituye un obstáculo para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz...es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto al hombre...siendo todo acto que se ejerce contra la mujer por el simple hecho de serlo y que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual, psicológico o emocional, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, y todo ello con independencia de que se produzca en el ámbito público o privado”*¹.

Desde mi punto de vista, nos encontramos ante la manifestación más atroz de desigualdad existente entre géneros, en la que el hombre abusa de su falsa sensación de superioridad y somete a la mujer con la que tiene o haya tenido una relación de afectividad. El objetivo de este tipo de violencia, la cual puede ser tanto física, como psicológica, sexual o económica, es buscar la subordinación de la mujer al poder del hombre y conseguir así un control sobre esta.

Estas situaciones vulneran Derechos Fundamentales tales como el derecho a la seguridad, dignidad o la libertad de las mujeres, y, también, en los casos más extremos, viola el derecho más importante que tenemos, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, recogido en el artículo 15 de la Constitución Española².

Con el paso del tiempo, la población se fue concienciando y sensibilizando contra el machismo y, sobre todo, contra la violencia de género, además, la normativa es cada vez más estricta y rigurosa en este campo, buscando la erradicación de esta discriminación tan inhumana existente entre género, pero, a pesar de todo esto, la violencia de género

¹ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104 de 20 de diciembre de 1993: *“Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”*.

² Artículo 15 de la Constitución Española. *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*.

continúa siendo la causa de un elevado número de mujeres asesinadas por sus parejas o exparejas³.

Desgraciadamente, la violencia de género no deja nunca una sola víctima. Además de en las mujeres, también tiene una gran repercusión en las “*víctimas invisibles*”⁴ haciendo referencia con este término a los niños, niñas y adolescentes que conviven diariamente con este tipo de agresiones del hombre hacia la mujer en el ámbito familiar.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, recoge que “*Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también 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*”.

Desde el año 2013, veintiocho menores de edad han sido víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre en España⁵, siendo el último de ellos el ocurrido el día 23 de abril del 2019 en Tenerife, cuando un padre asesinó a golpes a su mujer con la que se estaba divorciando y a uno de sus dos hijos, logrando el otro niño huir del interior de la cueva donde estaban sucediendo los hechos.

Por otro lado, en base al Informe Especial sobre Menores expuestos a violencia de género⁶, se estima que en el año 2012 existían casi 2.800.000 menores expuestos a

³ Se estima que, desde el 1 de enero de 2003 hasta 29 de abril de 2019, han muerto en nuestro país 995 mujeres a manos de su pareja o expareja, de las cuales, 47 de ellas fueron asesinadas en el 2018 y 20 a fecha de 13 de mayo del 2019. Estos datos, fueron sacados el 13/05/2019 de:

<http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/home.htm>
<http://estadisticasviolenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/>

⁴ Este término, fue empleado por primera vez en la obra de OSOFSKY, J.D. (1995) “Children who witness intimate partner violence: The invisible victims”. Social Policy Report: The Society for Research in Child Development, págs. 1-16.

⁵ Cifras sacadas de:

<http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm>

⁶ Defensor del Menor de Andalucía: Informe especial sobre “*Menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia*”, septiembre de 2012, págs. 81-83

violencia sobre la mujer, de los cuales, casi 840.000 eran hijos e hijas de mujeres que se habían visto sometidas a este tipo de violencia durante el año anterior⁷.

Además, Fundación ANAR⁸ recogió en el año 2009 atendieron a un total de 210 hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género, y, durante el 2016, esta cifra aumentó hasta llegar a 1643 usuarios/as que fueron derivados tanto por el teléfono 016 (servicio telefónico de información y de asesoramiento jurídico en materia de violencia de género) como por llamadas directas a la Fundación.

Aunque la víctima principal del agresor sea la mujer, siendo esta la que sufre de manera directa las continuas agresiones del maltratador⁹, la exposición de las personas menores de edad a la violencia de género en el entorno familiar también tiene una serie de repercusiones negativas para el correcto desarrollo de su personalidad, llegando a afectar de manera perjudicial su capacidad cognitiva, educativa, su forma de relacionarse con la sociedad y estabilidad emocional, aspectos de los que hablaremos más adelante, en los casos más extremos en los que el hombre asesine a su pareja o ex pareja, también afectará a las condiciones del menor, como por ejemplo, en materia de pensión de orfandad, al menor se le considerará como huérfano¹⁰ y quedando bajo el cuidado de un familiar o, en aquellos supuestos en los que la familia no puedan hacerse cargo, será la

⁷ Datos sacados del Consejo General de Poder Judicial Sección del Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género (2018) “*Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja*”. Pág. 21.

⁸ Fundación ANAR (Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo), es una organización sin ánimo de lucro, cuyos orígenes se remontan a 1970, y se dedica a la promoción y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo y desamparo, mediante el desarrollo de proyectos tanto en España como en Latinoamérica, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Tienen en Marcha el Teléfono ANAR de Ayuda a niños, niñas y adolescentes en Riesgo, con la que ofrecen de forma inmediata ayuda psicológica, social y jurídica a menores de edad con problemas o en situación de riesgo. www.anar.org

⁹ Salvo en los casos mencionados en los que el agresor, asesina a sus hijos o hijas para castigar a su mujer, siendo estos víctima directa de la agresión y también colateral de la violencia de género ya que el objetivo principal del agresor no era asesinar a sus hijos o hijas, sino castigar a la mujer.

¹⁰ El pasado 22 de febrero del 2019, el Congreso aprobó la subida de la pensión de orfandad a los hijos e hijas de víctimas de violencia de género, pasando de 140€ a 600€. La Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, modificará la redacción a los arts 224, 225 y 233 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siendo de carácter retroactivo hasta el 2004, año en el que se aprobó la Ley Integral contra la Violencia de Género. El objetivo de esta ayuda económica es el de apoyar económicamente a los familiares que se harán cargo de la educación del menor.

administración la responsable. Desde el año 2013, más de 200 niños y niñas fueron declarados huérfanos por violencia de género en España.

A la luz de los presentes datos, tomé la decisión de que el tema de mi Trabajo Fin de Máster versase sobre la importancia de una protección especial a los hijos e hijas menores de edad de las mujeres víctimas de violencia de género, o que se encuentren bajo su guarda o tutela.

Para este estudio, en un primer lugar, aclararemos las diferencias existentes entre violencia familiar y violencia de género con la finalidad de contextualizar el campo en el que se centrará el trabajo. También analizaremos la vulnerabilidad que sufre el menor que convive en este entorno tan hostil y el principio del interés superior del menor.

Antes de analizar las diferentes medidas de protección que recoge nuestro ordenamiento jurídico y especificar el órgano competente para tomar estas medidas, haremos mención de las diferentes exposiciones a la violencia de género que pueden llegar a sufrir, y los efectos que provocan en su desarrollo.

Para ello, analizaremos las diferentes normativas en la materia, como puede ser la Ley 1/2004 de la que ya hicimos mención, o la Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y, también nos apoyaremos en diferentes sentencias con el objetivo de ejemplificar y clarificar las diferentes cuestiones que se nos presentará.

2. MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL DE REFERENCIA.

A lo largo de este capítulo, nos centraremos en estudiar y analizar una serie de conceptos teóricos básicos necesarios para poder abordar con exactitud el tema principal del presente trabajo y entender mejor la contextualización en la que nos vamos a mover.

2.1.VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA.

En primer lugar, debemos tener claro que la Violencia de Género y la Violencia Doméstica son dos tipos de violencias diferentes, que, aunque ambas figuras se dan dentro del ámbito familiar, hacen referencia a hechos diferentes, con distinta naturaleza y un perfil diferente, pero, es habitual que ambos tipos de violencia se confundan y la sociedad las asemeje y emplee indistintamente para referirse a los mismos hechos, causando así graves errores semánticos y jurídicos.

No fue hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Contra la Violencia de Género) cuando se diferenciaron estos dos tipos de violencias y se dotó de una protección especial a las mujeres víctimas de violencia de género¹¹, reforzando los medios de apoyo, aumentando la pena, creando nuevas medidas de protección y agilizando el proceso. Hasta entonces, la violencia de género se encontraba regulada dentro del artículo 173 del Código Penal bajo el paraguas de agresiones en el ámbito doméstico¹².

¹¹ En su primera redacción, el art.1.2 de la Ley de Violencia de Género, recogía que “*Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas*”, haciendo mención únicamente a las mujeres como víctimas de violencia de género, pero, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, se amplió este artículo y se introdujeron a los menores sujetos a la tutela, o guarda y custodia de la mujer como víctimas de violencia de género, quedando la regulación así “*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.*”

¹² RAMON RIBAS, E. (2009) “Violencia de género y Violencia doméstica”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia págs. 52 y ss.

A modo de resumen, podemos definir la violencia doméstica como *“los malos tratos o agresiones físicas, psicológicas, sexuales o de otra índole, infligidas por personas del medio familiar y dirigidas generalmente a los miembros más vulnerables de la misma, niños/as, mujeres y ancianos/as”*¹³, en cambio, cuando nos referimos a violencia de género, entendemos como tal a aquel acto violento que ejerce el hombre contra la mujer con la que haya mantenido o mantiene una relación.

A continuación, profundizaremos más en ambos conceptos, analizando las características de cada tipo de violencia, sus sujetos activos y pasivos, los motivos que la causan, cómo vienen reguladas en la normativa española con el objetivo de poder clarificar y diferenciarlas a lo largo del trabajo.

En primer lugar, comenzaremos hablando de la Violencia de Género, la cual, es definida por el artículo 1 de la Ley Contra la Violencia de Género 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...comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”*.

De este artículo, podemos destacar tres elementos necesarios para que se considere la violencia de género:

1. En primer lugar, la violencia se debe ejercer sobre la mujer. Esta violencia, se puede manifestar de diferentes formas, siendo las más habituales la violencia física, comprendiendo conductas intencionadas como bofetadas, patadas o puñetazos cuyo objetivo es el de lesionar a la mujer, o, agresiones psicológica, tales como insultos, ridiculizaciones, desvaloración de la mujer, abarcando una serie de consecuencias en la mujer tales como tristeza, fatiga permanente, pérdida de la autoestima, etc. Otras formas de la violencia pueden ser la sexual, considerando como tal cualquier acto que implique imponer o mantener relaciones sexuales o realizar actos sexuales en contra de la voluntad de la mujer, o,

¹³ Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud (PAPPS) de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (Sem FyD) en colaboración de Ministerio de Sanidad y Consumo (2003) *“Violencia Doméstica”*.

05/06/2019 https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/violencia/docs/VIOLENCIA_DOMESTICA.pdf

económica y material cuando se excluye a la mujer del control de los recursos económicos, entregando cantidades de dinero para mantener las necesidades familiares o privándole de ciertas cosas¹⁴.

2. Que esta violencia la ejerza un hombre sobre una mujer y su motivo sea una desigualdad o manifiesto de discriminación. En los casos de violencia mutua, podemos analizar los hechos sucedidos en 2017 en Zaragoza, en los que una pareja *“se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a él un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por ella, sin que conste la producción de lesiones. Ninguno denunció al otro”*. En este caso, la Audiencia de Zaragoza¹⁵ absolvió a la pareja debido a que *“al no quedar acreditada la intención de dominación o machismo del hombre a la mujer... No se constata que el origen de la discusión sea otro que las discrepancias surgidas entre ambos respecto de si debían marchar a casa o según quería la mujer, quedarse un rato más en la discoteca, sin que, por tanto, estamos ante una preservación del ámbito familiar. Por ello, debemos estar a lo recogido en el artículo 147.3 del CP, encontrándonos ante unos maltratos de obra sin causar lesión, delitos solamente perseguidos mediante denuncia de parte agraviada cosa que no se da en el presente supuesto de hecho”*. No obstante, el Tribunal Supremo¹⁶ consideró que *“cualquier agresión de un hombre a una mujer en la relación de pareja o ex pareja es hecho constitutivo de violencia de género... no existe base ni argumento legal para degradar a un delito leve una agresión mutua entre hombre y mujer que sean pareja o ex pareja, ya que no es preciso acreditar una específica intención machista debido a que cuando el hombre agrede a la mujer ya es por sí mismo un acto de violencia de género con connotaciones de poder y machismo”*, Por último, los magistrados sentenciaron que *“el hecho es constitutivo de violencia de género*

¹⁴ Formación *“Protección e intervención con víctimas de Violencia de Género y Malos Tratos”*, Euroinnova Business School.

¹⁵ Sentencia Penal Nº 239/2018, AP de Zaragoza, Sección 3, Rec. 597/2018 de 04 de junio de 2018.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 4353/2018.

y, si hay agresión mutua, como en este caso, ambos deben ser condenados, por violencia de género el hombre y familiar la mujer”.

Esta sentencia fue objeto de debate y discrepancia, llegando a incluir el voto particular de cuatro de los catorce magistrados, los cuales rechazan la existencia de violencia de género al considerar que no existió por parte del hombre “*dominación, humillación o subordinación*”, y consideraron que hay que evitar “*extender el trato desigual al varón y a la mujer, contenido en el artículo 153 del Código Penal, de una forma excesiva y mecánica o automática a todos los casos en los que, en el ámbito de las relaciones de pareja actuales o pasadas, el varón maltrate de obra a la mujer*”.

En conclusión, para que se considere violencia de género, es necesario que la agresión sea efectuada por el hombre hacia la mujer, y, en los casos contrarios, nos encontraríamos ante un caso de violencia familiar. Y respecto a la motivación de esta agresión, tal y como recogió el Tribunal Supremo en la Sentencia ya mencionada “*a partir de ahora la intención de dominación o machismo no es un requisito que tenga que probarse en el juicio. El mero hecho de una agresión de un hombre contra una mujer que sea su pareja o expareja ya constituye un acto de violencia machista (...) Se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad*”.

Respecto a esta motivación, debemos hacer mención el caso del “Suicidio asistido de Carrasco” en el que un hombre ayudó a su mujer enferma terminal de esclerosis múltiple a suicidarse. En este supuesto, amparándonos en la Ley Contra la Violencia de Género, será competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer los delitos relativos al homicidio de una mujer por un hombre¹⁷, y la doctrina del Tribunal Supremo, tal y como ya mencionamos, reconoce que “*(...)independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad*”, nos encontraríamos ante un caso de violencia de género y debería conocer del caso el

¹⁷ Art. 44 Ley Contra la Violencia de Género “*Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán... de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio...*”.

Juzgado de Violencia sobre la Mujer, o al menos, así lo consideró el Juzgado de Instrucción nº 25 de Madrid. Por lo contrario, la magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº5 de Madrid consideró que no era competencia de ese juzgado al existir una solicitud expresa de la mujer *“desde una perspectiva criminológica este auxilio al suicidio de la persona enferma grave que lo solicita expresamente no es la manifestación de ningún tipo de violencia física, psíquica o limitación de la libertad...La inclusión en el ámbito de competencia de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer supone una interpretación literal incompatible con el objeto y la finalidad de estos Juzgados. Por ello, también desde una interpretación social y teleológica de la ley se deduce que el auxilio al suicidio previsto en el artículo 143.4 del Código Penal no puede formar parte de las competencias de los Juzgados de Violencia de Mujer”*.

Bajo mi punto de vista, nos encontraríamos ante una cooperación al suicidio del art. 143 del CP el cual prevé un atenuante en los supuestos de *“petición expresa”* del sujeto y si sufre *“una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte”*, como es el caso. A pesar de que el acto es ejercido por un hombre hacia su mujer, no nos encontraríamos ante unas lesiones u homicidio con el objetivo de dañar o someter a la mujer al poder del hombre, sino que nos encontramos ante un auxilio al suicidio y el objetivo de este delito fue el de ayudarla, por lo que, no se debería juzgar como un caso de violencia de género y tampoco se debería analizar todos los casos de la misma forma, habría que hacer un estudio individualizado.

3. Que exista una relación de afectividad entre el maltratador y la víctima. Respecto a este requisito, la doctrina debate sobre el alcance del concepto de *“relación de afectividad”*. Por un lado, sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona Nº 422/2018 de 5 de julio de 2018, siguen unos criterios más restrictivos para considerar que existe afectividad entre el agresor y la víctima. Estos criterios son los de perdurabilidad de la relación, que tengan un proyecto de vida en común, continuidad, estabilidad durante la relación, confianza y compromiso: *“los contactos entre ambos han sido ocasionales aparte de recientes y solo aparecen una voluntad de continuar con un recíproco conocimiento a efectos de establecer una relación con visos de continuidad lo que no se puede*

calificar como una relación de análoga afectividad a la del matrimonio". En cambio, existen otras sentencias menos restrictivas que no requieren de la existencia un proyecto de futuro en la pareja, o de una larga duración de la relación, como, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 2018 nº 449/2018 en el que se consideró la existencia de una relación de afectividad entre un hombre y una prostituta con la que había tenido relaciones esporádicas. Esta situación no es similar a la vista en la STS 697/2017, de 25 de octubre de 2017 en el que no se consideró la violencia de género porque la relación entre la pareja sólo duró quince días y ella ocultó su verdadera profesión al decir que cuidaba a personas mayores y en realidad ejercía la prostitución pero, según la sentencia, *"(...) si habían empezado una relación de noviazgo o de pareja ya desde el inicio en septiembre de 2014, debía haberle contado al acusado este dato fundamental para una relación con un mínimo de fidelidad, sinceridad, que no hubo en ese periodo de 15 días que duró la relación"*.

Comparando estas dos sentencias, descubrimos que lo importante para que se considere la existencia de una relación de afectividad, no es la duración de esta, sino que exista un mínimo de sinceridad entre los miembros de la pareja.

Por otro lado, me surge la duda de si en los casos de amistad entre un hombre y una mujer se puede llegar a considerar si existe una relación de afectividad. Tras analizar varias sentencias como la STS 510/2009 de 12 de mayo o la STS 1348/2011 de 14 de diciembre de 2011, recogen que, para que se considere la existencia de una relación, es necesario que exista cierto grado de compromiso o estabilidad entre ambas partes, quedando excluida la amistad¹⁸.

¹⁸ STS 1348/2011 de 14 de diciembre de 2011 *"Relación se da entre dos personas cuando, por existir entre ellas vínculos emocionales y sentimentales, deciden compartir su vida cotidiana con implicación del uno en la vida del otro por tener un proyecto común de presente y de futuro, aunque no convivan; lo que significa que la relación de amistad entre dos personas, aunque de manera puntual (incluso frecuente) mantengan relaciones sexuales, no está comprendida dentro del ámbito del tipo, razón por la cual si se diera este caso no estaríamos ante un delito de violencia de género y deberían calificarse los hechos según las normas generales del Código Penal"*.

Los sujetos que intervienen en la violencia de género son, por un lado, el agresor (sujeto activo) que ejerce contra su pareja o mujer con el que haya tenido una relación sentimental, cualquier tipo de agresión, y, por otro lado, nos encontramos con la víctima, la mujer (sujeto pasivo) que esté o haya estado ligada por una relación sentimental con el maltratador, sin la necesidad de haber convivido juntos.

No se trata de una violencia de un sexo sobre el otro sin ningún motivo, sino que, tal y como recoge el Tribunal Constitucional¹⁹, la causa de esta violencia es la desigualdad social existente entre el sexo masculino y el femenino y la creencia de superioridad del hombre sobre la mujer que la intenta someter a su control.

Aunque la mujer sea la víctima principal en la violencia de género, no es la única. Veremos que, desde la entrada en vigor de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, se reconoció al menor como víctima directa de la violencia de género ya que se considera que el menor que presencia este tipo de violencia, se encuentra bajo una situación de malos tratos a la infancia y, por lo tanto, afecta a su desarrollo evolutivo. Profundizaremos este apartado más adelante.

De entre las múltiples casusas que pueden llegar a originar este tipo de violencia, podemos destacar la creencia de superioridad del género masculino sobre el femenino y, la teoría de que pueden someterlas a sus decisiones. Yolanda Besteiro, presidenta de la Federación de Mujeres Progresista considera que *“es la que sufrimos las mujeres de forma estructural por el mero hecho de ser mujeres. No sólo supone la máxima forma de desigualdad que existe entre hombres y mujeres, sino que es una herramienta y un arma muy eficaz para mantener el desequilibrio entre hombres y mujeres, para mantener esa situación de control, dominio y superioridad, de los hombres sobre las mujeres”*.

Ante la Ley Contra la Violencia de Género se han presentaron varias dudas de inconstitucionalidad, argumentando que vulnera el artículo 14 de la Constitución Española sobre el principio de igualdad, dudas que fueron subsanadas en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional²⁰, al considerar que la declaración de igualdad en el artículo 14

¹⁹ STC núm 59/2008, de 14 de mayo del 2008.

²⁰ SSTC 59/2008, de 14 de mayo del 2008 *“No es el sexo de los sujetos activos y pasivo lo que se toma en consideración a efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos por el entorno relacional en el que se producen y por el significado objetivo que adquieren como reproducción o manifestación de una grave y arraigada desigualdad.”*. O, también, SSTC 41/2010, de 22 de julio del 2010 al argumentar que *“el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de graves daños a las*

de la CE no implica una prohibición de diferenciación cuando el trato diferenciado persigue un fin legítimo o las consecuencias no son desproporcionadas. Respecto al fin legítimo, en los supuestos de violencia de género, el Tribunal Constitucional expone que la diferencia está justificada debido a las *“altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja”*. Por otro lado, el criterio de que la medida no sea desproporcionada, el Tribunal Constitucional considera en dicha sentencia (59/2008) que *“no es patente y excesivo o irrazonable (...) No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural – la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuar libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de se igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado”*.

Por otro lado, nos encontramos con la Violencia Doméstica, pudiendo definirse en un sentido amplio y al igual que la violencia de género, como cualquier acción u omisión vejatoria de tipo de maltrato, tanto físico como psicológico, pero, en este caso, es llevada a cabo en el núcleo de la convivencia familiar y se ejerce sobre los familiares ascendientes, descendientes, hermanos (sin hacer diferencia de la naturaleza que los lazos), menores, personas con discapacidad que convivan en el domicilio y, por último,

víctimas, por lo que su conducta es portadora de más violencia de la que el acto realizado objetivamente expresa... se sanciona al varón por la consciente inserción de su conducta en una estructura social a la que coadyuva”.

cualquier persona amparada en otra relación que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar.²¹

Este tipo de violencia también puede ser física, psicológica, económica o sexual, como es en el caso de la violencia de género. Los motivos que llevan a cometer este tipo de violencia ya no son los de superioridad de género. Aquí los factores son muy dispares, desde los conflictos familiares, trastornos psicopatológicos, historia de abusos o de violencia en la familia, situaciones de estrés o de intentar imponer una forma de educación etc.²²

Por último, las consecuencias en las víctimas que sufren este tipo de violencia pueden ser muy diversas. Sufren daños físicos, los cuales pueden llegar a la muerte de la víctima, psicológicos, estableciendo problemas de autoestima o dificultades para mantener relaciones afectivas y sociales, o, emocionales, afectando al estado anímico de la persona llegando en los casos más extremos a una situación de depresión.

2.2.CONCEPTO DE MENOR Y SU VULNERABILIDAD.

El concepto de vulnerabilidad se encuentra sometido a un intenso debate continuo cuya definición y características se encuentra en un constante cambio en función de diferentes aspectos como el lugar, la época, o la ideología del momento, entre otros. Para este trabajo, entenderemos la vulnerabilidad como una limitación ya sea justificada o injustificada a la igualdad de derechos, bienes y libertades que tiene una persona a raíz de una situación diferenciada al resto de personas, como, por ejemplo, motivos económicos, ideológicos, sexuales, religiosos o edad. Esta diferencia, puede ser tanto de carácter individual del sujeto o colectivo si afecta a varias personas con la misma característica. Respecto a este concepto de vulnerabilidad en grupo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, definió grupo vulnerable como “*aquellos grupos o comunidades que,*

²¹ Consejo General del Poder Judicial (2013) “*Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*”, pág. 21.

²² Ponencia de MONTALBÁN HUERTAS, I (2016) “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico” II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género.

por circunstancias de pobreza, origen étnico, estado de salud, edad, género o discapacidad, se encuentran en una situación de mayor indefensión para hacer frente a los problemas que plantea la vida y no cuentan con los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. La vulnerabilidad coloca a quiñen la padece en una situación de desventaja en el ejercicio pleno de sus derechos y libertades”²³.

En este trabajo, nos centraremos en las personas menores de edad como grupo vulnerable y, en concreto, en aquellas personas menores de edad que conviven en una familia en la que se encuentra latente la violencia de género, aunque Leonor Suárez Llanos no ve necesaria esta distinción ya que considera que la vulnerabilidad de los menores se debe a su edad²⁴, dejando atrás otras circunstancias influyentes como es el de la violencia, ya que se impide la creación de subgrupos vulnerables (menores de edad víctimas).²⁵

Las personas menores de edad²⁶ no emancipadas, tienen la capacidad de obrar reducida, o lo que es lo mismo, aunque sean titulares de derechos y deberes desde su nacimiento (art. 30 Código Civil), no tienen la aptitud necesaria para el ejercicio de la mayoría de estos. La mayoría de edad está motivada en la necesidad de que la persona tenga una madurez intelectual suficiente para poder tomar las decisiones trascendentales para su vida, por lo que, aquellas personas con una edad inferior a los dieciocho años y, sobre

²³ Comisionado Nacional Derechos Humanos (CONADEH) (2013) *“Informe sobre el Estado General de los Derechos Humanos”*. Honduras.

²⁴ De acuerdo con Suárez Llanos. L *“La justificación de la especial protección del ordenamiento al grupo de menores...radica en las circunstancias globales que caracterizan la debilidad del menor...que, a su vez, suelen verse acrecentadas por la concurrencia en el menor de distintos factores particulares de debilidad y vulnerabilidad”*. SUÁREZ LLANOS, L. (2013) *Caracterización de las personas y grupos vulnerables*. En LINERA PRESNO M.A. (coord..) *“Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables”* (pp. 35 – 92), Oviedo, Procuradora General del Principado de Asturias.

²⁵ SUÁREZ LLANOS, L. (2013) *Caracterización de las personas y grupos vulnerables*. En LINERA PRESNO M.A. (coord..) *“Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables”* (pp. 35 – 92), Oviedo, Procuradora General del Principado de Asturias.

²⁶ El artículo 12 de la Constitución Española señala que *“los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”*.

todo por debajo de los catorce²⁷, necesitarán de la ayuda y protección especial de sus padres, madres o tutor/a legal para que defiendan sus derechos.²⁸

Hasta que no cumplan la mayoría de edad, se encontrarán bajo la patria potestad de sus padres, los cuales, deberán encargarse de la educación, alimentación, vestimenta, salud del hijo, además del desarrollo integral de este y defender sus derechos. No obstante, existen ciertos supuestos en los que los padres no ostentan la patria potestad, como, por ejemplo, cuando el menor se hubiera emancipado o cuando la administración se la retirase a los padres por no cumplir con sus obligaciones.

En mi opinión, las personas no maduramos en el mismo tiempo, todo depende de diferentes factores como pueden ser el entorno familiar, social, educativo, estado madurativo etc, por lo que, analizar uno por uno todos los casos para determinar si una persona tiene la madurez suficiente para tener capacidad de obrar plena sería la opción más idóneo; no obstante, esto sería un labor muy complicada y, por lo tanto, la opción más accesible y sencilla es la de fijar una edad a partir de la cual se considere que la persona puede defenderse por sí mismo y es capaz de analizar, comprender y tomar decisiones que afecten a su vida.

Por otro lado, también considero que los niños, niñas y adolescentes están sumergidos en un proceso de aprendizaje en el que asimilan e imitan lo que ven a su alrededor. Es una etapa crucial para su desarrollo y personalidad y, por lo tanto, considero que nos encontramos ante un grupo vulnerable muy delicado y que mayor protección deberían recibir ya que estamos educando a los adultos que serán el día de mañana.

Una vez que tenemos claro lo que significa grupo vulnerable y menor de edad, nos centraremos en el tema principal del trabajo. Desde mi punto de vista, las personas menores de edad que conviven en un entorno violento en el que el hombre maltrata a la mujer, se encuentra bajo diferentes factores de vulnerabilidad, como, por ejemplo, la edad, al ser incapaz de defender sus propios derechos e integridad física, al tener limitadas ciertas acciones.

²⁷ A partir de los catorce años, ya tienen ciertos derechos y responsabilidades, como, por ejemplo, son responsables penales, o, a partir de los dieciséis, ya pueden trabajar.

²⁸ MARTÍNEZ GARCÍA C. (2016) “Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia”. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. Págs. 25 y ss.

Otro factor sería la violencia, no siendo necesario que sea de carácter físico hacia el menor, sino que, al estar viviendo en un ambiente tan hostil, con continuas discusiones, maltratos, vejaciones y tensión, les llega a afectar de una forma psicológica que conllevará a un inadecuado desarrollo de su personalidad. Sofía Czalbowski defiende que *“La radiación es invisible, no se huele. No se percibe por los órganos de los sentidos. Sin embargo, daña la salud y puede llegar a ser mortal. Así pasa también con los niños, niñas y adolescentes expuestos a la violencia de género. A veces las consecuencias no son visibles en un primer momento, quizás se manifiesten a lo largo de los años, pero en la mayoría de los casos hay una afectación”*.²⁹

Por último, debido a que la violencia se ejerce en el ámbito familiar, también se puede considerar el desamparo del menor (el cual viene regulado en el artículo 172.1 del Código Civil³⁰) como otro factor de vulnerabilidad. Aurora López Azcona define el desamparo como *“Una situación fáctica que exige la concurrencia de dos requisitos unidos por una relación de causa-efecto como son la falta de asistencia moral o material y que dicha falta de asistencia se haya producido a causa de la falta de ejercicio o ejercicio inadecuado, ya sea voluntario o involuntario, de los deberes de protección correspondientes a los padres, tutores o guardadores”*³¹.

En estas situaciones, considero que la tutela del menor está desprotegida ya que nos encontramos ante una falta absoluta de la asistencia moral hacia el menor, el cual, está viviendo en un entorno perjudicial para la salud psicológica y emocional, y les están educando en unos principios que perjudicarán a la larga su correcto desarrollo y dificultará sus habilidades sociales. Además, corren un riesgo extra de ser usados como objeto de venganza respecto a sus madres o de ser utilizados para que el padre consiga información de la madre.

²⁹ CZALBOWSKI, S. (2015) “Detrás de la pared: una mirada multidisciplinar acerca de los niños, niñas y adolescentes expuestos a la violencia de género” Editorial D.Brouwer. Madrid. Págs. 123 y ss.

³⁰ La situación de desamparo, el Código Civil en su art. 172.1 lo define como *“...La que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material...”*.

³¹ LÓPEZ AZCONA, A (2013) *“La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos Español y Marroquí”* ADC, Tomo LXVI, Fase III.

2.3.EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El principio del interés superior del menor fue recogido por primera vez en la CNUDN³² en su artículo 3 al decir que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño”*.

Este principio abarca todos los sectores de actuación en los que se vea afectado un menor de edad, ya no solo en el sector jurídico, sino también en el social y familiar, por lo tanto, hay que adoptar una serie de requisitos de los que hablaremos más adelante, a la hora de poder analizar cada caso y aplicar el principio. Mayor del Hoyo recoge en su obra que, *“para la correcta toma de decisión del interés, es necesario que se tome con objetividad, imparcialidad, seguridad jurídica y desde una perspectiva multidisciplinar, evitando la presencia en esa toma de decisiones de personas y organizaciones no profesionalizadas, con ánimo de lucro o que esgrime la defensa del interés superior del menor para la obtención de otros fines. Y, por su carácter amplio y susceptible de valoración discrecional, exige que su invocación no se lleve a cabo con carácter genérico sino, concretando su contenido en cada caso.”*³³

En nuestra normativa actual, podemos encontrar este principio en el artículo 2 de la LO 1/1986 de Protección Jurídica del Menor, modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³⁴. Se

³² CNUDN es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Las Naciones Unidas aprobaron en el 1959 una Declaración de los Derechos del Niño, pero, no era suficiente para proteger los derechos de la infancia. En 1989, se logró aprobar el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, cuyo cumplimiento será obligatorio para todos los países que la ratifiquen, en la actualidad, 195 Estados deben aplicar los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos que recoge.

³³ MAYOR DEL HOYO, M.V. (2017) “El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015” Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

³⁴ Artículo 2.1 LOPIA *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que*

trata de un principio con carácter general cuyos beneficiarios son los niños, niñas y adolescentes, y afecta tanto a todas las medidas institucionales que vinculen de forma directa o indirecta a menores y adolescentes, como a cualquier decisión que pueda ver involucradas a las personas menores de edad.

Nuestra normativa estableció este principio para evitar aquellas situaciones que puedan llegar a ser perjudiciales para los menores, pero, debido al gran campo de actuación que engloba, resultaba difícil darle una definición concreta, tal y como señala Rocha Espíndola en el año 2013 antes de la reforma del 2015 *“la legislación no define el concepto de interés del menor, sino que se limita a dar una primera aproximación del mismo, configurándolo como un auténtico principio general del Derecho, inspirador de toda actuación, tanto a nivel público como privado que siga en relación con el menor y que, además, constituye un auténtico principio interpretativo de las normas cuando existen menores”*³⁵.

Nos encontrábamos ante un concepto jurídico indeterminado que se debía entender de una forma flexible para lograr enmarcarlo en los diferentes casos en los que se podía plantear. Varela García sostenía que este principio era *“un concepto jurídico abstracto, indeterminado pero determinable en cada caso según las circunstancias de hecho. Es un concepto cambiante en relación con la persona y sus condiciones o situaciones, con las que mantiene una relación dialéctica, permitiendo el margen de la apreciación judicial”*³⁶.

No fue hasta la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y bajo la influencia de la Observación General nº14 de 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas de Derechos del niño, cuando se recogieron una serie de criterios bajo los cuales se debe

podiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.”

³⁵ ROCHA ESPÍNDOLA, M. (2013) *“Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principio informadores”* (tesis sin publicar), Valladolid, pág. 427.
05/06/2019 <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/4236/1/TESIS445-140205.pdf>

³⁶ VARELA GARCÍA, C. (1997) *“Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios programáticos y normas de conflicto”* Actualidad Civil, núm. 12 Tomo 1 Pág. 264.

guiar cualquier persona que vaya a tomar una decisión que afecte de cualquier manera a un menor.

En primer lugar, debe ponderar el interés del menor respecto de los demás intereses que se encuentren afectados³⁷, y, en segundo lugar, es necesario que justifiquen el interés del menor en el caso concreto³⁸, tal y como recogió la STC 4/2016, de 15 de enero “*al fin de que pueda ser satisfecho el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, a la resolución que obedece a una específica valoración del interés del menor se le exige que sea valorada, motivada y fundada en derecho*”.

Este principio constituye un derecho sustantivo ya que antes de tomar una medida, o cualquier decisión que involucre a un menor, se deberá analizar los intereses del menor, los cuales tendrán que ser considerados de una forma primordial respecto al resto de posibles intereses que puedan existir en la causa, siempre y cuando guarde proporcionalidad con el resto de principios enfrentados. También se caracteriza por ser

³⁷ Considerando que el interés del menor no es único ni excluyente frente al resto de bienes constitucionales, por lo tanto, se deberá guardar proporcionalidad con los valores de conflicto, tal y como se dice en la STC 141/2000, de 29 de mayo del 2000 al decir que “*En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el "interés superior" de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).*”

³⁸ Art 2.2. LOPJM “*A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.*”

un principio interpretativo, ya que, si existe la posibilidad de interpretar una disposición jurídica de diferentes maneras, siempre se deberá tomar la interpretación que sea más beneficiosa para el menor. Para realizar esta interpretación, deberán seguir dos pasos, en primer lugar, evaluar el interés superior, analizando la situación del menor (edad, sexo, madurez mental, contexto social, cultural etc.) y, en segundo lugar, sería determinar el interés superior. Por último, se trata de un principio de procedimiento, refiriéndose a que es una norma que regula el camino que debe llevar el procedimiento al tener que tomar siempre las medidas y decisiones que sean más beneficiosas para el menor y que menos le perjudique.³⁹

Los poderes públicos deben salvaguardar los derechos de los menores, ya que, a pesar de tener capacidad jurídica desde su nacimiento, no tendrán la plena capacidad de obrar hasta no tener la mayoría de edad y, por lo tanto, hasta ese momento, serán sus padres o los poderes públicos los encargados de *“asegurar la efectividad de unos derechos fundamentales a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente, para reclamar su efectividad”*⁴⁰

³⁹ Observación General N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Introducción A.6 *“El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”*

⁴⁰ VELA SÁNCHEZ, A. (2013) *“El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”*. Diario La Ley, N.º 8162, Sección Doctrina, Ed: La Ley. Págs. 4 - 7.

El interés superior del menor es el fundamento primordial que debe tomar las instituciones a la hora de interponer una medida que afecten a las personas menores de edad. Este principio se basa en un análisis de todos los elementos que rodean a un menor en una determinada situación⁴¹ y estudiar de las diferentes medidas cuál sería la más recomendable y beneficiosa para el menor⁴². Respecto a este principio, tanto el Tribunal Supremo⁴³ como el Constitucional⁴⁴ y en el ámbito internacional el TEDH establecen la

⁴¹ Observación general nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derecho del Niños, “*El interés superior del niño: un derecho, un principio y una norma de procedimiento. El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención.*”.

⁴² CONESA PÉREZ, C. (2011) “*¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales*”, Revista Aranzadi Civil-Mercantil , 8, págs. 25-32 “*Se han indicado como criterios para la determinación concreta del interés del menor los siguientes: atender, en primer lugar, a las necesidades materiales vitales del menor al mismo tiempo que las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación; los deseos y opiniones del menor que sean compatibles con lo anterior y realmente suyos, y no inducidos de una voluntad ajena; el mantenimiento del estatus quo del menor; la edad, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación cultural del menor y de su entorno; los riesgos que la situación actual y posterior a la decisión en interés del menor puedan derivarle y las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor, a cuya mejora debe orientarse su bienestar actual y futuro*”.

⁴³ STS, sala primera, de lo civil 614/2009, 28 de septiembre del 2009: “*la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, pudiendo los jueces adoptar de oficio todas las medidas necesarias para la protección de dicho interés, considerando siempre las circunstancias personales del menor en cada caso*”; STS de 25 de abril de 2011 “*la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses*”.

⁴⁴ El Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, obliga a la Administración a velar por el interés superior del menor siendo primordiales respecto a los otros intereses en juego “*así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño*”. También debemos mencionar la Sentencia del TEDH de 19 de septiembre de 2000 caso Glaser contra Reino Unido señala que “*debe establecerse un justo equilibrio entre los intereses del niño y los del progenitor, concediendo, para ello, una importancia especial al interés superior del niño que, según su naturaleza y gravedad, puede prevalecer sobre el del progenitor*”, dando prioridad siempre al menor y buscando en todo momento su interés superior, independientemente del resto de principios que pueda afectar.

importancia que tiene para la protección del menor y defensa de este, obligando que este principio de aplique siempre de buena fe y en beneficio del menor.

Como vemos en las sentencias anteriormente citadas, este principio debe priorizarse sobre cualquier otro interés legítimo que afecte a los niños/as debido a la situación especial en la que se encuentran. Este requisito, nos lo podemos encontrar en el art 2.4. LOPJM⁴⁵, el cual recoge que, en aquellos supuestos en los que no se puedan respetar todos los principios que estén en juego, se deberá priorizar el del interés superior del menor siempre y cuando no vulneren los Derechos Fundamentales de otras personas.

Respecto al tema principal del presente trabajo, a la hora de adoptar cualquier medida que afecte al menor víctima de violencia de género (patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, comunicaciones, vivienda del menor, etc.) se deberá primar en todo momento el interés de este, y, por lo tanto, se deberán analizar por un lado las diferentes medidas que se pueden adoptar en cada caso, sus ventajas e inconvenientes, el grado de aplicación, cómo afectarán al menor, y, por otro lado, también deberán estudiar las circunstancias que le rodean, su edad, madurez, entorno familiar etc, para determinar cuál de todas las medidas es la más conveniente para cada caso.

⁴⁵ Art 2.4. LOPJM “*En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. 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. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados*”.

2.4.DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO.

Los derechos del menor a ser oído y escuchado son un claro ejemplo de las posibles manifestaciones que tiene el principio de interés superior del menor. A través de estos derechos, se garantiza que aquel niño/a que esté en las condiciones idóneas para formar un juicio propio (madurez mental), su derecho a opinar sobre aquellos asuntos que le afectan.⁴⁶

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 /de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, reformado posteriormente por la LO 8/2015, regula que *“El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.”*. Por lo tanto, en todos los procedimientos en los que se vea afectado un menor, las audiencias del menor tendrán carácter preferente, y tendrá que ejercerse siempre de forma adecuada en función de la situación, el desarrollo de la persona e incluso con asistencia si fuese necesario, adaptándose en todo momento a las condiciones del menor y empleando un lenguaje sencillo.⁴⁷

⁴⁶ Art 12 CNUDN *“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”*.

⁴⁷ HUETE NOGUERAS, J.J. (2014) *“Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de protección de menores”*. 05/06/2019 https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/C.%20Escrita%20Huete%20Nogueras,%20Jos%C3%A9%20Javier.pdf?idFile=29a8de18-2a71-400d-92ed-282d8b9541d6

En el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, se recogió que cada Estado Parte determinará el alcance de la capacidad del menor en consonancia con la evolución de sus facultades⁴⁸.

En el art 9.2 de la LOPJM se determina los criterios que debe tener en cuenta el personal especializado a la hora de considerar si el menor, cuenta o no con la madurez suficiente “tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar”. Por lo tanto, si el menor tiene la suficiente madurez o más de doce años, se tendrá en cuenta su decisión, aunque no implica un derecho a decidir, sobre todo, cuando sea contrario al interés superior del menor o su decisión no sea libre y voluntaria. En los supuestos en los que por vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia del menor, el artículo 9.3 LOPJM determina que “...la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante”. Respecto a esto, cabe mencionar el caso Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias contra España⁴⁹, en el que se condenó a España por negarse a escuchar a una niña mayor de doce años en un procedimiento de divorcio y sin motivar tal decisión.

La Sentencia Tribunal Supremo 52/16, dictada por la Sala Primera en el recurso 891/2015, con fecha 11 de febrero de 2016 aporta que “no cabe desconocer los deseos de los menores cuando tienen suficiente juicio...que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres. Que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo. Que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores”.

⁴⁸ Art 5 CNUDN “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

⁴⁹ STEDH (sección 3ª) de 11 de octubre de 2016. TEDH 2016/72.

Para finalizar este apartado, debemos relacionarlo con la naturaleza de nuestro trabajo. En materia de Violencia de Género, debemos hacer mención la medida núm. 220 del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género⁵⁰, en el que se aboga por dar la posibilidad de escuchar a los niños/as mayores de doce años y a participar en los asuntos que les afecten. En los casos contrarios en los que no se haya procedido a la escucha del menor o, en los que la decisión final se aparte a la opinión manifestada por el menor, deberá motivarse el motivo por el que se llegó a esa decisión.⁵¹

⁵⁰ Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género. Congreso + Senado, medida 220 “*Posibilitar el derecho de los niños y niñas a ser escuchados y a participar en los asuntos que les afecten. Dar la 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 o la menor*”.

⁵¹ MÚRTULA LAFUENTE, V. (2016) “El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género”, Dykinson, Madrid. Pág. 135.

3. EL MENOR DE EDAD COMO VÍCTIMA DIRECTA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

3.1. EL MENOR PERJUDICADO POR LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Las personas menores de edad que conviven en un entorno de violencia de género son las “*víctimas invisibles*” de este tipo de violencia. Viven en un ambiente hostil, con constantes agresiones físicas y psicológicas de su progenitor hacia su madre, y, aunque no sufren en maltrato físico directo, sí lo reciben de manera psicológica, lo que causará efectos negativos en su desarrollo madurativo.

El maltrato infantil fue definido por el Centro Internacional de la Infancia de París como “*aquellos actos que privan al menor de sus derechos, libertades, e inciden negativamente en su bienestar y desarrollo integral causando un intenso sufrimiento al menor y cuyos efectos negativos aumentan a medida que la situación se cronifica*”⁵². La duda que se nos plantea es ¿se puede considerar maltrato infantil el maltrato del padre hacia la madre? Desde mi punto de vista, nos encontramos ante una clara situación de maltrato infantil que, aunque no sea la intención del maltratador, está creando de forma indirecta una situación de tensión y violencia que provoca a los niños, niñas y adolescentes inestabilidad emocional, psicológica y de bienestar. La Organización de Naciones Unidas para la Protección a la Infancia, UNICEF consideró que “*la necesidad de considerar maltrato, no solo la violencia directa sino los efectos indirectos de la violencia familiar sobre los niños*”⁵³.

Nuestra legislación sufrió un cambio en este aspecto y, con la aprobación de la Directiva 2012/29UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, se establecieron unos derechos y apoyos a las víctimas de delitos, que, junto con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, se consideró al menor como

⁵² LUCENA CANO, G. (2009) “*Maltrato y abusos en la infancia*”. ISSN 1988-6047 Innovación y experiencias. Pág. 2.

⁵³ UNICEF (2015) “*Niños y violencia*”. Innocenti digest. 06/06/2019 <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest2s.pdf>

una víctima indirecta de violencia de género en el ámbito familiar⁵⁴, pero, con la entrada en vigor de la LO 8/2015 de 22 de julio, se modificó el articulado de la Ley Contra la Violencia de Género, pasaron a ser considerada víctima directa,⁵⁵ lo que supondrá una mayor protección jurídica para estos.

Hasta dicha reforma, los menores de edad eran considerados víctimas indirectas de la violencia de género, pero, tras la entrada en vigor de la LO 8/2015, se modificó la Ley Contra la Violencia de Género y se hizo una enumeración de las víctimas directas de la Violencia de Género, quedando el artículo 1.2 de la siguiente forma *“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”*.⁵⁶

Este cambio supuso un gran avance hacia la protección del menor, estableciendo una serie de medidas de protección integral con el objetivo de prevenir, sancionar y erradicar esta violencia, dar mayor visibilidad a las personas menores de edad que se encuentren en esta situación, dotar al menor de una asistencia social integral⁵⁷ basada en un equipo especializado de trabajadores sociales, psicólogos, una pensión de orfandad de la que ya hablamos, ayudas sociales y proteger a las mujeres e hijos víctimas.

⁵⁴ Art. 10 Ley 4/2015, de 27 de abril *“Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley”*.

⁵⁵ El preámbulo de la LO 8/15, de 22 de julio de 2015 considera que *“singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar en que esté presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas: condicionando su bienestar y desarrollo, causándoles serios problemas de salud, convirtiéndolos en instrumentos para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas”*.

⁵⁶ MARÍN DE ESPONOSA CEBALLOS, E.B.(2003) *El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis de derecho comparado del Código Penal español, alemán, italiano, portugués y sueco*. Revista Penal Nº 11 Dialnet.

⁵⁷ Art 19.5 Ley Contra la Violencia de Género *“También tendrán derecho a la asistencia social integral a través de estos servicios sociales los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida”*.

La fundación ANAR, en el año 2017, realizó un estudio titulado *“Evolución de la Violencia a la Infancia y Adolescencia en España según los afectados (2009 – 2016)* en el que podemos mencionar que, *“la violencia de género que el padre ejerce hacia su madre, implica ser testigo de violencia física y psicológica muy grave para su desarrollo, creando a menudo traumas y secuelas difíciles de superar(...) aparte de sufrir la violencia género de forma indirecta en su totalidad, las víctimas en el entorno familiar sufren manipulación 19.4%, desatención 16.7% y, los desprecios y las humillaciones 16.7%. También son, aunque menos habituales, víctimas de hechos violentos como los insultos 13.9%, gritos y humillaciones 13.9% amenazas y coacciones 11.1% o, incluso, violencia física 11.1% como golpes, bofetadas o tirones de pelo”*.

3.2. EXPOSICIONES Y EFECTOS QUE PROVOCA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA.

Conforme a los estudios realizados por Save The Children y recogidos en el Manual de atención a niños y niñas víctimas de violencia de género en el ámbito familiar,⁵⁸ es más que evidente que el impacto que genera a un menor de edad convivir en un ambiente hostil y en el que se encuentre presente la violencia de género como solución para afrontar diferentes problemas, afecta de forma negativa al correcto desarrollo y crecimiento de este, vulnerando, desde mi punto de vista, derechos del menor y al art. 2 de la LOPJM⁵⁹

Aunque en algunas situaciones el padre no maltrate físicamente al menor, los niños, niñas y adolescentes suelen ser utilizados como medios para forzar y someter a las madres⁶⁰;

⁵⁸ Save the Children (2008) *“Manual de atención a niños y niñas víctimas de violencia de género en el ámbito familiar”* Madrid. Págs. 39 – 42.

⁵⁹ Artículo 2.C de la LOPJM *“La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia”*.

⁶⁰ Dolores Aguilar Redorta en el III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (2009) diferencia entre *“Ser testigo de la violencia de género”* y *“sufrir exposición a la Violencia de género”* entendiendo como expuestos a *“hijos e hijas de mujeres/madres víctimas, expuestos de manera directa porque el maltratador reaccione tanto hacia la madre como hacia los menores, de manera física o psicológica. Expuestos de manera indirecta, por lo que no son meros testigos, estableciendo que las*

además, también se merma la moral y salud mental del menor al convivir en una situación de constante conflicto y agresividad. *“Los niños y niñas no son víctimas sólo porque sean testigos de la violencia entre sus progenitores, sino porque viven en la violencia. Son víctimas de la violencia psicológica, a veces también física, y crecen creyendo que la violencia es una pauta de relación normal entre personas adultas”*⁶¹.

Holden desarrolla diez tipos de exposiciones a la Violencia de Género, como son la perinatal, haciendo referencia a la violencia física o psicológica que recibe la mujer durante el embarazo, intervención, cuando un menor intenta proteger a la víctima, victimización, cuando el menor es el objeto de la violencia física o psicológica en una agresión adulta, participación, en aquellos casos en los que el menor colabora en la descalificación de la madre, como, por ejemplo, el agresor pide al menor que vigile a su madre, testigo presencial, si la agresión se lleva a cabo delante del menor o escucha, cuando sin falta de presenciar la violencia, llega a intuir lo que está ocurriendo o escucha sobre lo sucedido, cuando tiene conocimiento sobre el alcance de las consecuencias sin presenciarlo o estar en el lugar, simplemente escuchando a los adultos hablando del tema. También, si el menor visualiza los efectos que provoca la lesión, por ejemplo, moratones, heridas, objetos rotos, la policía etc, también se considera una forma de exposición a la violencia, denominándola observación de consecuencias inmediatas a la agresión. Por último, Holden también clasificó como violencia el experimentar las secuelas (separación, fin de convivencia, cambios de residencia...) o ignorar los acontecimientos.⁶²

capacidades marentales y parentales se ven afectadas por una dinámica relacional sumamente conflictiva y basada en la desigualdad”.

⁶¹ Save the children (2011) *“En la Violencia de Género no hay una sola víctima”* Madrid. 06/06/2019 https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia_genero_resumen.pdf

⁶² ATENCIANO JIMENEZ, B. (2009) “Menores expuestos a Violencia contra la pareja: notas para una práctica clínica basada en la evidencia”. *Clínica y Salud* vol. 20 nº3, pág. 262.

HOLDEN, G. W. (2003). *“Children exposed to domestic violence and child abuse: Terminology and taxonomy”*. *Clinical child and family psychology review*, 6. Págs 151 – 160.

En estos supuestos, dichas situaciones afectan al menor a corto, medio y largo plazo, pudiendo causar secuelas físicas, psicológicas y/o emocionales. Las repercusiones que se pueden llegar a generar dependerán de diferentes factores, como son, la fase evolutiva en la que se encuentre el menor, su madurez, el grado de violencia, tiempo de exposición, factores personales, apoyos familiares y de la comunidad, la existencia de vínculo afectivo y apego con los progenitores y la acumulación de otros factores⁶³.

Por otro lado, los menores se encuentran en una fase de desarrollo de su personalidad, un periodo de aprendizaje basando en la repetición de las conductas, tomando de referencia al entorno en el que se está educando. En esta fase, las personas menores de edad construyen los cimientos de lo que será su vida adulta, por lo tanto, si ven el maltrato como algo habitual y normalizado, es probable que en el futuro esta actitud conlleve a desarrollar un rol de maltratador en el caso de niños y de maltratada en el caso de niñas.⁶⁴ Para los niños, niñas y adolescentes, convivir en un hogar donde se encuentra presente la violencia de género les supone “*secuelas psicológicas negativas, ya que el mero hecho de presenciar esas situaciones les provoca múltiples consecuencias, entre las que cabe destacar el estrés traumático, la depresión o los posibles trastornos de la personalidad*”⁶⁵.

Las consecuencias, pueden darse de diferentes formas y niveles dependiendo del tiempo de la exposición, edad, madurez del menor, gravedad de la violencia etc. Sus consecuencias pueden ser internalizadas, cuando nos encontramos ante conflictos psicológicos internos del menor (síntomatología emocional) y externalizadas en los supuestos de problemas de conducta o expresión.

A su vez, las consecuencias internalizadas se pueden clasificar en de dos tipos, las cognitivas, del conocimiento o relacionado con él, que se pueden manifestar de diferentes

⁶³ Instituto Aragonés de la Mujer (IAM) Fundación ADCARA (2010) “Una mirada hacia los hijos e hijas expuestos a situaciones de Violencia de Género: orientaciones para la intervención desde los Servicios Sociales en Aragón”.

⁶⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (2018) “Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género”, *InDret*, núm. 2, pág. 3.

⁶⁵ NIETO MORALES (2015) “La crisis en las familias, infancia y juventud en el siglo XXI. Una mirada desde la experiencia laboral”. Dykinson, Madrid. Págs. 117 y ss.

formas como el retraso en el aprendizaje del lenguaje y desarrollo verbal, retraso del desarrollo cognitivo, alteración del rendimiento escolar, o emocionales, cuando afectan a los sentimientos del menor de forma negativa, mediante ataques de ansiedad, ira, depresión, trastorno de la autoestima, aislamiento. Estudios como el de Beatriz Atenciano Jiménez⁶⁶ evidencian que los hijos de mujeres maltratadas sufren de una autoestima baja, propensos a la depresión y aislamiento social, además de tratarse de unas personas emocionalmente inestables e impulsivas que emplean la violencia como medio para solucionar los conflictos.

Por otro lado, los efectos externalizados, se pueden dividir en problemas conductuales del menor, que se reflejan en acciones como violencia hacia los demás, rabietas, desinhibiciones, inmadurez, absentismo escolar o déficit de atención-hiperactividad, y sociales, con una mayor dificultad de comunicación con sus iguales, escasas habilidades sociales, dificultad de relacionarse o expresar sus ideas y sentimientos.

⁶⁶ Op. Cita 62.

4. PROTECCIÓN ESPECÍFICA DEL MENOR VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

4.1.REGULACIÓN ESPECIAL DE PROTECCIÓN A MENORES DE EDAD EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

El artículo 39.2 de la Constitución Española⁶⁷, establece un mandato al legislador para la protección legal cuyo objetivo sea el de la protección a los menores de manera integral, surgieron así varias regulaciones a nivel nacional específicas en la materia como puede ser la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, u otras leyes en las que se recoge una protección especial al menor en diferentes situaciones.

Para nuestro estudio, aunque nos vayamos a centrar principalmente en la Ley ya citada Contra la Violencia de Género⁶⁸, también haremos mención otros instrumentos y normas

⁶⁷ Art. 39.2 CE “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*”.

⁶⁸ A nivel autonómico también existe regulación específica en violencia de género, en:

- Andalucía, LO 13/2001, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.
- Aragón, Ley 4/2007, de 22 de marzo, de prevención y protección integral a las mujeres víctimas de la violencia en Aragón.
- Cantabria, Ley 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y Protección a sus Víctimas.
- Castilla la Mancha, Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas.
- Castilla y León, Ley 13/2010, de 9 de diciembre , contra la Violencia de Género en Castilla y León.
- Cataluña, Ley 5/2008, de 24 de abril , del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.
- Comunidad Valenciana, Ley 9/2003, de 2 de abril , de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.
- Extremadura, Ley 8/2011, de 23 de marzo , de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Extremadura.
- Galicia, Ley 11/2007, de 27 de julio , gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.
- Illes Balears, Ley 12/2006, de 20 de septiembre , para la mujer.
- Islas Canarias, Ley 16/2003, de 8 de abril , de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género.
- La Rioja, Ley 3/2011, de 1 de marzo , de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja.

como son el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017⁶⁹, o la Ley de Protección Jurídica del menor entre otras, ya que buscan una protección integral a las personas menores de edad que se encuentran bajo la lacra de la violencia de género en el ámbito familiar.

En primer lugar, comenzaremos por la Ley Contra la Violencia de Género, por el Título I de dicha ley. En este título, se recogen diferentes medidas de sensibilización, prevención y detección, que, en lo que afecta a los menores de edad que viven en una familia con violencia de género, sólo hace mención a la escolarización inmediata cuando se vean afectados por un cambio de residencia⁷⁰. El motivo principal de esta medida radica en la importancia de la educación de los menores; por lo tanto, se busca facilitar la escolarización de estos cuando la madre se vea forzada a cambiar de residencia, con el objetivo de que se perturbe lo menos posible la continuidad de la educación del menor y normalización de su situación.

-
- Comunidad de Madrid, Ley 5/2005, de 20 de diciembre , integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid.
 - Comunidad Foral de Navarra, Ley Foral 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres.
 - Principado de Asturias, Ley 2/2011, de 11 de marzo , para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género. Descargar
 - Región de Murcia, Ley 3/2008, de 3 de julio , de Modificación de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.
 - País Vasco, Ley 4/2005, de 18 de febrero , para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

⁶⁹ <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/home.htm> “El pasado diciembre del 2017, los distintos Grupos Parlamentarios, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias, ratificaron el Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Este Pacto de Estado supone la unión de un gran número de instituciones, organizaciones y personas expertas en la formulación de medidas para la erradicación de la violencia sobre las mujeres. El Pacto implica incidir en todos los ámbitos de la sociedad y se estructura en 11 ejes de trabajo.”

⁷⁰ Ley Contra la Violencia de Género Artículo 5 Escolarización inmediata en caso de violencia de género “Las Administraciones competentes deberán prever la escolarización inmediata de los hijos que se vean afectados por un cambio de residencia derivada de actos de violencia de género”.

En el segundo Título, en el que se les reconoce a las mujeres víctimas de violencia de género el derecho a la información⁷¹, pero, no se hace mención a si los menores de edad que estén bajo la protección de la madre también lo tienen, cosa que, desde mi punto de vista, dependiendo de la edad y la madurez que tenga, considero necesaria. En este título, también se regulan una serie de medidas en el campo laboral y de Seguridad Social como, por ejemplo, la reducción o la reordenación de su tiempo de trabajo, la movilidad geográfica o el cambio de centro de trabajo. También se regula un programa específico de empleo y una acreditación de las situaciones de violencia de género, pero, a lo largo del articulado del capítulo II del Título II, no se hace ninguna mención a si estos derechos también afectan a los menores. No olvidemos que, tal y como regula el Artículo 6 “*Trabajo de los menores*” del Estatuto del Trabajador, se puede trabajar a partir de los dieciséis años⁷², por lo que se realiza una diferencia entre las mujeres maltratadas y los hijos víctimas directas, sin facilitar a estos últimos una serie de derechos en el ámbito laboral. Pongámonos en el caso en el que una persona de 17 años esté trabajando en el HUCA y la madre se vea en la necesidad de cambiar de residencia a León. A la mujer se le pediría el traslado con las mismas condiciones que tenía su contrato original, pero, en cambio, el hijo no podría solicitar ese traslado ya que no se le menciona en la Ley.

Por otro lado, a los menores de edad sí se les reconoce la asistencia social integral, entre ellas, atención psicológica y apoyo socialo “*los servicios sociales deben contar con un número suficiente de plazas previstas para los/as menores de edad y con personal con formación específica a su atención a fin de prevenir y evitar eficazmente las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los mismos*”⁷³, el derecho a estar informado⁷⁴ (aunque como ya mencionamos, en el artículo 18 sólo se le atribuye este

⁷¹ Art. 18 Ley Contra la Violencia de Género “*Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas.*”

⁷² Artículo 6 Estatuto del Trabajador “*Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.*”

⁷³ Delegación del Gobierno para la violencia de género (2019) “*Guía de Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*”.

06/06/2019

<http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/informacionUtil/derechos/docs/GUIADERECHOS22052019.pdf>

⁷⁴ Art. 19.2 Ley Contra la Violencia de Género “*La atención multidisciplinar implicará especialmente: a) Información a las víctimas; b) atención psicológica; c) apoyo social; d) seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer; e) apoyo educativo a la unidad familiar; f) formación preventiva en los valores*

derecho a las mujeres, pero, en el artículo 19 recoge que las víctimas tendrán derecho a estar informadas, y ahora, los menores de edad también son considerados como víctimas directas, por lo tanto, también les cubriría), o, apoyo educativo a la unidad familiar. También se les reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, inmediata y especializada, aunque el art. 2 del Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, hace una distinción entre la víctima y los menores en cuanto a los beneficios. De acuerdo a lo establecido en el Real Decreto ley 3/2013 de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, convalidado por el Congreso de los Diputados el 14 de marzo, se procede a la modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, *“Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato”*. Por lo tanto, desde mi punto de vista, las personas menores de edad son considerados víctimas de violencia de género, por lo que, deberían tener asistencia jurídica gratuito, o, también vendrían protegidos por situaciones de maltrato psicológico sufren. La subcomisión de violencia sobre la mujer, del consejo general de la abogacía española, en el 2017, recogió en la *“Guía de buenas prácticas de la abogada/o de la mujer víctima de violencia de género”* que *“Se garantizará así por parte de los Colegios de Abogados la prestación del mejor servicio posible, en aras a preservar los derechos de las mujeres, de sus hijos e hijas menores y de los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, como víctimas de violencia de género. Por ello es preciso que la actuación letrada, esté regida por los siguientes principios: 1. Prestar una atención jurídica personalizada”*

Por último, en el Título V, encontramos las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas, las cuales hablaremos en el siguiente apartado, atribuyendo, como veremos, en exclusiva la competencias a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos; g) apoyo a la formación e inserción laboral”.

⁷⁵, dejando comprendidos dentro de su jurisdicción los delitos de homicidio y sus formas, aborto, lesiones, lesiones al feto, torturas, delitos contra la integridad moral y física, delitos contra la libertad e identidad sexual o cualquier delito cometido bajo violencia o intimidación, siendo el sujeto activo un hombre y el sujeto pasivo una mujer que cumpla los requisitos del art 1.1 de la Ley Contra la Violencia de Género y como ahora los menores que convivan con ellos tienen la condición de víctima directa, también serán competencia del juzgado de violencia sobre la mujer tal y como recoge el artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial “*los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivas o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género*”.

Por otro lado, en el Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de Medidas Urgentes para el Desarrollo Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en concreto, su cuarto eje de trabajo “*Intensificar la asistencia y protección de menores*” se recogen veintiún medidas para mejorar la asistencia y protección de la infancia y adolescencia víctimas de violencia de género.⁷⁶

Entre las principales medidas que se adoptaron, podemos destacar la mención del menor como sujeto protegido. También la modificación de algunas medidas judiciales de protección y seguridad, como los arts 61, 65 y 66 de la Ley Contra la Violencia de Género que hacen referencia a las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas y a las que haremos mención más adelante. Por otro lado, también se modificó el artículo 156 del CC respecto a la *patria potestad*, dejando innecesaria la opinión del padre cuando se necesite un consenso entre los padres en los casos de intervención psicológica, siempre y cuando exista una sentencia firme o causa penal en curso de malos tratos o abusos sexuales. Medida nº 147 del Pacto de Estado “*desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, modificar el art. 156 CC para que la atención y asistencia psicológica*

⁷⁵ El artículo 44 de la Ley Contra la Violencia de Género añadiría el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del que hablaremos en el capítulo 4.2.1. Competencias judiciales.

⁷⁶ Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género; Congreso + Senado. Gobierno de España, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; 2017.

quede fuere del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando exista sentencia firme o hubiera una causa penal en curso por malos tratos o abusos sexuales”⁷⁷.

El eje quinto del Pacto tiene el objetivo de fomentar y mejorar la respuesta asistencial de las víctimas de violencia de género. Para ello, impulsa la formación y especialización de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y, aunque no se menciona en el Pacto, también deberían abordar el tema desde la perspectiva del menor, con el fin de evitar el desconocimiento y falta de sensibilización existente en los juzgados y profesionales que intervengan con estos. Desde mi punto de vista, si los menores son considerados víctimas directas, deberían ampliar dicha formación y enfocarla no solo en las mujeres maltratadas, sino que también en los menores.

Por supuesto, hay que tener en cuenta el Código Civil, pero también haremos mención a lo largo del presente apartado del Código Penal, el sufrió algunas modificaciones en materia de violencia de género tras la LO 1/15 de 30 de marzo, como, por ejemplo, se incorporó el género como motivo de discriminación en la agravante (Art. 22 CP); respecto al art. 153.3 C.P., se recoge el agravante cuando las agresiones se cometen en presencia de menores(de lo que hablaremos más adelante).

⁷⁷ Francisco Manuel Gutiérrez Romero, Magistrado Titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº2 de Sevilla, recogió en su artículo “Análisis y comentarios al Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de Medidas Urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género” (2018) recogió que “será preciso determinar de qué supuestos estamos hablando y qué se precisa: Siempre que estemos ante una sentencia condenatoria o bien ante un proceso penal abierto por alguno de los delitos relacionados con la violencia de género. Será necesario que se haya atentado “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”. Pueden ser sujetos pasivos, no solo la mujer víctima de violencia de género, sino también los hijos comunes menores de edad. Bastará con que este progenitor preste su consentimiento para que estos hijos menores reciban la atención y asistencia psicológica, debiendo ser informado el otro previamente. Si los hijos fueran mayores de 16 años, se precisará siempre el consentimiento expreso de los mismos. Se permite así que, pese a que ambos progenitores ostenten la facultad de ejercer conjuntamente la patria potestad, los menores afectados puedan recibir esta asistencia y atención psicológica sin contar y sin que sea necesario el consentimiento del otro, a quien simplemente se le informará por cualquier medio fehaciente. Cualquier otra medida que el progenitor quiera adoptar o solicitar para estos menores requerirá la correspondiente autorización judicial a través del expediente de jurisdicción voluntaria del citado art. 156 CC.”

4.2.MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN PROCESOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

4.2.1. Competencia judicial y procedimiento.

Para poder determinar el juzgado competente de la instrucción de la causa debemos diferenciar dos posibles supuestos. El primero de ellos, sería aquel en el que el padre maltratase al menor independientemente de la violencia de género que ejerza o no sobre la mujer, en este supuesto el juzgado competente sería el Juzgado de Instrucción, pero, en nuestro trabajo, estamos haciendo referencia a que el menor sufre de forma indirecta un maltrato psicológico por parte de su padre cuando éste maltrata a la mujer. En este supuesto, sería competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, tal y como regula el art.87 ter 1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁸ tras la reforma sufrida por la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y por 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 Judicial⁷⁹.

Este jurado surge con la Ley Contra la Violencia de Género, surgieron los Juzgados de Violencia de Género, un órgano unipersonal dentro del orden jurisdiccional penal con competencias tanto civiles como penales actuando como Juzgados de Primera Instancia

⁷⁸ Art. 87 ter 1 a “1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.”

⁷⁹ Ponencia de PERAMATO MARTÍN, T. “Violencia de género y doméstica. Cuestiones sustantivas y procesales ante el juzgado de guardia” www.fiscal.es

e Instrucción, pero especializados en materia de violencia de género. Estos juzgados, conocerán de manera exclusiva y excluyente de todas las causas penales de violencia de género y aquellas materias civiles que guarden relación con ellas (filiación, maternidad y paternidad; nulidad del matrimonio, separación y divorcio; los que versen sobre relaciones paterno filiales; los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar; los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de ellos hijos e hijas menores; los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción; los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores)⁸⁰.

Tras aclarar la competencia judicial para la instrucción de la causa y para la adopción de medidas en relación con los menores (art 61 Ley Contra la Violencia de Género), y para las materias civiles que haya referido y los casos en los que nos vamos a mover, se me planteó la duda de ¿Qué juzgado será competente si es un menor el que comete la violencia de género? A partir de los catorce años, las personas ya son responsables penales, con la diferencia de que no tendrán las mismas consecuencias jurídicas que los mayores de dieciocho años y se les aplicará la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor. También tenemos que tener en cuenta que las personas menores de edad emancipadas podrán contraer matrimonio (art. 46 CC). En los supuestos en los que un menor de edad cometa un delito, los juzgados competentes serían los Juzgados del Menor, un órgano especializado en este sector, pero, si el delito que comete es violencia hacia su pareja, también serán competentes los Juzgados de

⁸⁰ LOPJ Art 87 ter.2 “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos: a) Los de filiación, maternidad y paternidad. b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio. c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales. d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.”

Menores, buscando en todo momento la reeducación y reinserción del menor y pensando siempre en el principio de interés superior del menor.

En aquellos supuestos en los que un Juzgado de Familia tramite un procedimiento y advierta de episodios de violencia de género, entrará en juego el Juzgado de Violencia de Género⁸¹. Nos podemos encontrar en dos posibles situaciones, la primera de ella se da cuando aún no exista procedimiento penal en marcha. En estos supuestos, se procederá con la comparecencia con las partes y el Ministerio Fiscal para determinar si ejercitar acción penal o no. El juez de lo civil continuará con el procedimiento, salvo que el juez de violencia de género requiere la inhibición en su favor. En los supuestos de que sí

⁸¹ Art 49 bis LEC “1. Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral. 2. Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente. 3. Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente. A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada. 4. En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese momento comparecer ante dicho órgano. En estos supuestos no serán de aplicación las restantes normas de esta sección, ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior. 5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”.

existiera procedimiento penal abierto, el juez de lo civil deberá inhibirse y remitir al juzgado de violencia de género los autos en el estado que se encuentre (art 87 ter 3º ⁸²).

Por último, el Juzgado de Violencia de Género cuenta con la limitación temporal de que el procedimiento no esté en la fase del juicio oral. En estos supuestos, no cabe la posibilidad de inhibición por parte del Juzgado de Familia (art 49 bis 1 Ley Enjuiciamiento Civil). Este precepto, produjo ciertas controversias respecto a la expresión de juicio oral, por lo que la Sala 1ª del TS, de 16 de diciembre de 2008 resolvió que *“El conflicto planteado en relación con la pérdida de la competencia del Juez civil a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en aplicación del art. 49 bis LEC, en relación con el art 87 ter LOPJ, tras la reforma operada por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se resuelve interpretando que la limitación temporal para la inhibición del Juez civil a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, cuando se haya iniciado la fase de juicio oral, debe entenderse referida el juicio civil, esto es, la vista del art 443 LEC”*.

En modo de resumen, el artículo 87 ter de la LOPJ regula la competencia objetiva civil de los juzgados de violencia sobre la mujer. Este artículo, lo debemos relacionar con el artículo 49 bis 1 de la LEC, el cual establece que, en los supuestos en los que el Juez del orden civil conociese de un procedimiento civil recogido en el artículo 87 ter de la LOPJ, o tuviese conocimiento de que se está tramitando un proceso penal por violencia de género entre las mismas partes, deberá inhibirse al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral, debiendo entenderse la fase del juicio oral desde el comienzo de la celebración de la vista del artículo 443 LEC⁸³.

⁸² Artículo 87 ter 3º LOPJ *“Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos: a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo. b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.”*

⁸³ Doctrina del Tribunal Supremo (sala de lo civil), recogida entre otros en los Autos 5341/2013, de 4 de junio, y 3805/2015, de 6 de mayo.

El artículo 62 de la Ley Contra la Violencia de Género, recoge que el juez de violencia de género y, en su caso, el Juez de Guardia, podrán adoptar una orden de protección si cumplen los requisitos del artículo 544 ter de la LECrim. La orden de protección de las víctimas de violencia de género, una medida que se introdujo con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y modificó el art 544 ter de la LECrim⁸⁴. Por tanto, va destinada a cualquier persona que sea víctima de violencia doméstica y se encuentre recogido en el art 173.2 del CP⁸⁵, siempre que existan indicios fundados de la existencia de un delito que atente contra la integridad física o moral de la persona, libertad sexual, libertad o seguridad y exista una situación de riesgo. No es necesario ser víctima de violencia de género. Su finalidad es la de entregar a las víctimas un estatuto integral de protección y se aplican medidas tanto penales como civiles, asistenciales y de protección social de forma simultánea.

La orden de protección podrá ser acordada a instancia de la víctima, sus hijos, aquellos con quien conviva o el Ministerio Fiscal, pero, para ello, es necesario de que existan indicios fundados de la existencia de violencia de género y que se encuentre en riesgo. No sólo afecta a la mujer víctima, también a sus hijos “...*Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas*”, por lo que, el juez deberá atender al interés de los menores a la hora de tomar cualquier decisión.

Mediante la orden de protección, se podrán aplicar diferentes medidas con el objetivo de proteger al menor. Podemos mencionar la suspensión la guarda y custodia, régimen de visitas, comunicaciones y estancia de los hijos con el maltratador, también se podrá

⁸⁴ Art. 544.1 ter LECrim “*El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.*”.

⁸⁵ Art. 173.2 CP “*Quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, descendentes, por naturaleza, adopción o afinidad...menores o incapaces que quienes conviva, menores o incapaces que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente...*”.

suspender la patria potestad cuando se prohíba al maltratador acercarse a ellos, pero no se puede privar. También se podrán tomar medidas respecto al uso de la vivienda familiar, régimen de prestación de alimentos y cualquier medida oportuna para evitar el peligro o evitar perjuicios⁸⁶. Estas medidas, son las mismas a las medidas judiciales de protección recogidas en los arts. 64, 65 y 66 de la Ley Contra la Violencia de Género.

El procedimiento para adoptar estas medidas consiste en la celebración de una audiencia urgente a la víctima, solicitante, agresor y Ministerio fiscal y deberán adoptarlas en atención al interés del menor.

En materia de violencia de género, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tiene competencia para tramitar conjuntamente la instrucción civil y la penal. Las medidas cautelares, serán impuestas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer antes o en el desarrollo del proceso con el objetivo principal de velar por la seguridad de la víctima, además de asegurar el correcto desarrollo del procedimiento de investigación. Dentro de la violencia de género, la Ley Contra la Violencia de Género, en su Título V, capítulo IV (arts 61 a 69) “*Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas*”, enumera una serie de medidas cautelares cuyo objetivo es el de proteger a la víctima de una forma física como psicológica⁸⁷. Respecto a las medidas de carácter civil, “*Solicitará en su caso medidas de carácter civil, teniendo presente que si existen menores, o incapaces que convivan con la víctima y dependen de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de la víctima, de forma motivada, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas civiles referentes a suspensión de patria potestad o custodia de menores, régimen de visitas o comunicación etc. Determinando su duración y régimen de cumplimiento.*”⁸⁸

⁸⁶ Artículo 544 ter LECrim

⁸⁷ Artículo 1.2 Ley Contra la Violencia de Género “*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, víctima de esta violencia*”

⁸⁸ Subcomisión de Violencia Sobre la Mujer del Consejo General de la Abogacía Española (2017) “*Guía de buenas prácticas de la abogada/o de la mujer víctima de violencia de género*”. 06/06/2019 <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/08/GUIA-DE-BUENAS-PRACTICAS-TOVG-actualizada-en-Febrero-2017.pdf>

Respecto a las medidas de protección, el Juez no aplicará en todos los supuestos todas las medidas, ni en las mismas condiciones. Para la aplicación de las medidas, deberá analizar cada caso de forma individualizada, buscar las medidas más adecuadas y acordes a la situación que se pretende proteger, buscar siempre la opción más beneficiosa y efectiva para cada hecho abogando siempre por la mejor protección de las víctimas y que no sea excesiva para el agresor, teniendo que justificar su necesidad y bajo el principio de proporcionalidad, contradicción y audiencia (art 68 Ley Contra la Violencia de Género⁸⁹).

Respecto al requisito de “*presencia de menores*” a la hora de decidir las medidas y su aplicación, no es necesario que los hijos visualicen de manera directa la agresión, basta con que sean conscientes de los hechos que están ocurriendo, causa suficiente para traumatizarles y afectar de forma negativa su salud física y mental⁹⁰ “*La interpretación estrictamente literal del vocablo como «estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas» (diccionario de la RAE) vaciaría en gran medida de contenido la función y los fines de la norma, llegando a hipótesis absurdas de desprotección normativa de los menores. Y ello porque en muchos casos no se hallan dentro de la habitación de sus ascendientes o de las personas que realizan las escenas violentas, pero escuchan y son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento, como del ruido que es propio de un golpe o de otra agresión. La interpretación del término "en presencia" no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia. Y es que en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psicosocial y en su salud física y mental”*.

⁸⁹ Art. 68 Ley Contra la Violencia de Género “*Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.*”

⁹⁰ STS (Sala de lo penal) núm.188/2018, de 18 de abril.

Además, el art 61⁹¹ de la Ley Contra la Violencia de Género hace mención a la obligación del Juez competente de pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción o no de estas medidas y, conforme a los arts 528 y ss de la LECrim, será necesario un auto motivado con la pertinente valoración de la necesidad y la medida acordada, además de una previa intervención del Ministerio Fiscal, debiendo respetar como ya hicimos mención, el principio de contradicción, audiencia y defensa.⁹²

La duración de las medidas cautelares variará en función de los hechos, siendo el plazo máximo la fase de recursos, así lo aclaró la circular de fiscalía 4/2005 al decir que *“su plazo máximo de vigencia no trasciende de la fase de recursos, de forma que una vez recaída sentencia firme, serán sustituidas por las correspondientes penas o medidas de seguridad previstas en el Código Penal y que hayan sido impuestas en dicha sentencia”*⁹³. En la orden de protección, las medidas de carácter civil tendrán una vigencia temporal de 30 días, plazo que podrá ser ampliable a 30 días y las medidas deberán de ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez⁹⁴.

⁹¹ Art. 61.2 Ley Contra la Violencia de Género: *“En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas”*.

⁹² Consejo General del Poder Judicial *“Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género”* Octubre 2016 págs., 131 – 132.

⁹³ Circular de la Fiscalía 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Pág. 1120.

⁹⁴ Art. 544 ter LECrim *“Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.”*

De entre las medidas disponibles de la Ley Contra la Violencia de Género⁹⁵, nos encontramos con:

- Salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones (Art. 64 Ley Contra la Violencia de Género). Respecto a estas medidas (regulado también en el art. 544 bis LECrim), el Juez con el objetivo de proteger a la víctima y sus hijos e hijas y siempre que sea estrictamente necesaria, podrá prohibir al acusado residir en el mismo domicilio o acudir a determinados lugar frecuentados por la víctima e hijos, así como el de acercarse a ellos , fijando un perímetro mínimo de 500 metros y, tampoco podrá comunicarse directa e indirectamente con ellos, con el objetivo de proteger su integridad física y moral.

Para esta medida, es necesario de que existan indicios de que se pueda atentar conta la integridad física o moral de las víctimas y que exista una situación objetiva de riesgo.⁹⁶

- Suspender la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho (art.65 Ley Contra la Violencia de Género “*El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores que dependan de él.*” Esta protección, surge de la necesidad de protección especial del menor, al cual le afecta de manera psicológica las situaciones de violencia sobre la mujer. En estos supuestos, primará siempre el interés superior del menor.

Por otro lado, este artículo también hace mención a los supuestos en los que no se acordara la suspensión. En estos casos, el Juez deberá pronunciarse siempre sobre

⁹⁵ Algunas de estas medidas, ya estaban recogidas en la LECrim, como por ejemplo la orden de alejamiento o la prisión provisional como medida cautelar, no obstante, se refuerza en la Ley Contra la Violencia de Género.

⁹⁶ Respecto a esta medida, puedo hacer mención un caso planteado durante las prácticas realizadas en el Máster de la Abogacía. En este caso, un hombre agredió a su ex pareja en el portal del piso de la hermana de esta. La mujer, habitualmente vivía en su propio piso situado en otra ciudad, pero, ese día, por diversos motivos tuvo que dormir en casa de su hermana con su sobrino menor de edad. El ex novio de ella vivía en la misma ciudad que su hermana, y al enterarse de que esta dormía esa noche ahí, decidió hablar con ella con el objetivo de retomar la relación, lo que acabó con diversas lesiones. Cuando se dictó la sentencia, el Juez vio necesario una orden de alejamiento, no sólo con la ex novia, sino también con el sobrino el cual no presencié nada y nunca llegó a conocer al maltratador. En esta situación, el menor que no era descendiente de ninguno de los dos, ni vivió ninguna situación de violencia de género, ni fue maltratado ¿corría peligro su integridad física o moral?.

la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, la guarda y custodia, curatela, acogimiento, tutela o guarda de hecho del menor en los casos de que hubiera. También deberá adoptar las medidas necesarias para la seguridad del menor y de seguimiento. Esta medida fue modificada por la disposición final 3.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, ya que, en el texto original publicado el 29/12/2004, no se recogía la obligación del juez de pronunciarse en caso de que no acuerde la suspensión.

En esta medida, se me plantea la duda de qué ocurriría si el menor es hijo del padre y no de la mujer. Desde mi punto de vista, aunque el padre no esté maltratando a su madre, convivir en esa situación le afecta igualmente de forma psicológica, y, por lo tanto, perjudica el correcto desarrollo de la personalidad. De esta forma, el padre no está cumpliendo con sus obligaciones de crear un ambiente adecuado para el crecimiento del menor y, por lo tanto, se le debería privar igualmente la patria potestad de este, ponderando siempre el interés superior del menor.

- Suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores (art 66 Ley Contra la Violencia de Género *“El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”*). Este artículo, también fue modificado por la disposición final 3.4 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, al incluir la obligación del Juez de pronunciarse en todo caso cuando no acuerde la suspensión.

Las medidas civiles, en la orden de protección, deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal o Ministerio Fiscal en los supuestos de que existan menores o incapaces. La Circular de la FGE 3/03 recoge que *“EL Ministerio Fiscal únicamente se*

interesará o pronunciará sobre las medidas civiles interesadas por otro si existieren hijos menores o incapaces. Excepcionalmente, permite que el Fiscal se pronuncie sobre medidas civiles, aunque no existan menores o incapaces, cuando éstas, por su contenido, puedan oponerse o malograr las acordadas penalmente. En tal caso deberán considerarse prioritarias al amparo del art. 8 de la LECrim, (la jurisdicción penal es siempre inprorrogable)”.

Por otro lado, nuestro Código Civil, regula una serie de medidas extraordinarias (art. 158 CC) que podrá adoptar el Juez dentro del procedimiento civil, penal o de jurisdicción voluntaria, de oficio o a instancia del propio hijo, familiar o por el Ministerio Fiscal, con el objetivo de salvaguardar el interés superior del menor y facilitar una respuesta rápida y efectiva a situaciones urgentes. Estas medidas son:

- Medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.
- Medidas para evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.
- Medidas para evitar la sustracción de los hijos.
 - o Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización previa.
 - o Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
 - o Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.
- Prohibición de aproximarse al menor (aplicable no solo al padre, también a sus parientes y terceros)
- Prohibición de comunicación y aproximación al menor (aplicable también a los parientes y terceras personas).
- Medidas para apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar.

Estas medidas buscan una protección especial del menor, debiendo de ser aplicadas bajo el principio de proporcionalidad y salvaguardando el interés superior del menor.

Respecto a las medidas para apartar al menor de un peligro, cabe un amplio abanico de posibles acciones que puede interpretar el Juez con el fin de salvaguardar el bienestar del

menor. En la AAP de Cantabria⁹⁷, se consideró que no nos encontrábamos ante una enumeración taxativa de medidas del art 158 CC, y, por lo tanto, se deja al Juez una gran libertad para adoptar todas aquellas medidas que considere oportunas para proteger al menor. Por otro lado, la AAP de Cantabria, en otra sentencia, dictaminó que el criterio con el que se debe regir el Juez a la hora de imponer una medida, no es otro que el de *“siendo el superior interés de la menor el que ha de presidir la adopción de cualquier medida en esta materia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil (LEG 1889, 27) en relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735) , de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en concreto sus artículos 65 y siguientes; así como visto el contenido del vigente artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , no procede en este momento procesal establecer un régimen de visitas como el fijado en el Auto que ahora se recurre, debiendo por ello revocarse el Auto de instancia, y estarse a lo dispuesto en el Auto de fecha 19 de septiembre de 2014”*.⁹⁸ Estas medidas civiles, serán acordadas independientemente del procedimiento penal y sus posibles medidas, lo que implica que, si el proceso penal es archivado, las medidas civiles pueden continuar vigentes el tiempo necesario para evitar la desprotección de las víctimas hasta que las partes acudan al proceso civil.⁹⁹

⁹⁷ AAP Cantabria (sección 2ª) núm. 64/2015, de 23 abril *“El artículo 158 del CC no contiene una enumeración taxativa de medidas que limite al juzgador, ya sea penal o civil, para adoptar, por razones de urgencia y celeridad, todas aquellas que sean necesarias para proteger los superiores intereses del menor”*.

⁹⁸ AAP Cantabria (Sección 3ª) núm. 18/2016, de 21 enero 2016.

⁹⁹ ÁLAMO GONZÁLEZ, D.P.; SÁNCHEZ VILLALBA, A. (2018) *“La instrucción de la violencia de género. El equilibrio entre la persecución del delito y las garantías del proceso”*., Wolters Kluwer, Madrid. Pág. 361.

4.2.2. Medidas más relevantes y criterios de adopción

A continuación, haremos mención de las posibles medidas y criterios de adopción de determinadas medidas en sentencia civil o penal en caso de violencia de género.

4.2.2.1. Patria Potestad

En primer lugar, hablaremos de la *patria potestad*, considerando tal como “*al conjunto de facultades y derechos que se conceden a los progenitores para poder cumplir los deberes y obligaciones que les competen en relación con sus hijos menores de edad o incapacitados*”¹⁰⁰.

Viene regulado en el Código Civil, en los arts 154¹⁰¹ y siguientes. Respecto a estos artículos, podemos entender que la patria potestad se ejerce de manera conjunta por parte de los progenitores respecto de sus hijos menores de edad no emancipados y ampliable a los hijos mayores de edad incapacitados. Este ejercicio, abarcará desde defender los derechos y deberes de los menores, representación y administración de los bienes, hasta tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, siempre buscando el interés de estos y nunca en beneficio propio¹⁰². En caso de

¹⁰⁰ VALPUESTA FERNÁNDEZ R. Y LÓPEZ Y LÓPEZ A.M. (2015) *Derecho de familia*, Cap. 8. *La patria potestad y las instituciones tutelares* Editorial Tirant Lo Blanch Valencia.

¹⁰¹ Art. 154 CC “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad*”.

¹⁰² En la STS 759/2011 de 2 de noviembre se recoge un listado de aquellas decisiones conjuntas que deben tomar los progenitores “*Son decisiones comprendidas en el ámbito de la patria potestad, que habrán de tomarse en la forme expresada, las que se enumeran a continuación con carácter indicativo: a) el cambio de domicilio de los menores fuera del municipio de su residencia habitual, así como su traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales; b) elección inicial de Centro escolar y cambio del mismo; c) determinación de las actividades extraescolares o complementarias; d) actos médicos que conlleven intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración y no revistan el carácter de urgentes; así como los de carácter psicológico; e) celebraciones sociales y religiosas de relevancia, tales como Bautismo, Primera comunión y actos similares de otras religiones.*”.

discrepancia por parte de los progenitores, el artículo 156 del Código civil regula que, cualquiera de los dos progenitores podrá acudir ante el Juez, el cual, después de oír ambas partes y, al hijo si cumple con los requisitos, indicará quién de los dos podrá decidir sobre la discrepancia.

La *patria potestad* tiene un carácter temporal, finalizando cuando el menor de edad tenga plena capacidad de obrar (salvo en los casos que sea declarada su incapacidad) aunque pueda limitarse cuando exista motivo para ello, así, por ejemplo, en los supuestos de violencia de género, en los que el menor necesite asistencia psicológica, no será necesario el consentimiento del padre¹⁰³, e incluso se le podrá privar por la vía civil o penal.

- Por la vía civil, a través de una sentencia judicial firme y siempre que sea por el interés superior del menor, tal y como regula el artículo 170 del CC, se permite privar de forma total o parcial la *patria potestad* tanto del padre como de la madre del menor si existen causas fundadas de incumplimiento de sus deberes o que lo hagan de mala fe¹⁰⁴. No hace una enumeración de los casos en los que cabría la privación, dejando al Juez la libertad interpretativa suficiente para considerar de forma motivada cuando es necesaria dicha privación. En este sentido, STS 621/2015 de 9 de noviembre menciona que “ *La institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de*

¹⁰³ Art. 156 CC ““*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*”.

¹⁰⁴ Art. 170 CC “*El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación*”.

aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo”.

Nos encontramos ante una medida que, desde mi punto de vista, es muy drástica, pero necesaria dependiendo de la situación, y al igual que argumenta el TEDH¹⁰⁵, se debe aplicar en aquellas circunstancias excepcionales y gravemente perjudiciales para el menor.

Esta medida, a pesar de ser tan drástica y radical, no extingue la obligación de prestar alimentos (art 110 CC) y permite la posibilidad de un régimen de visitas (160.1 CC¹⁰⁶). Además, cabe la posibilidad de que el tribunal, en beneficio del menor, acorde la recuperación de la *patria potestad*.

- Por la vía penal, y tras la reforma sufrida del Código Penal con la LO 5/2010, de 22 de junio, se recogen dos formas de alterar la *patria potestad* por las que el Juez o Tribunal podrán acordar respecto a todos o algunos de los menores o personas con discapacidad que estén bajo el cargo del padre:
 - o Inhabilitación para el ejercicio de la *patria potestad*, art 46 C.P. “*La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena...*” Es una pena de carácter temporal.

¹⁰⁵ STEDH 2012/68 (Sección 4ª) de 17 de julio de 2012. Caso M.D. y otros contra Malta “*La privación de la patria potestad es una medida particularmente trascendental que priva a los padres de su vida familiar con el niño y es incompatible con el objetivo de reunirles. Estas medidas únicamente deben aplicarse en circunstancias excepcionales y sólo se justifican si están motivadas por un requisito primordial relativas al interés superior del niño*”

¹⁰⁶ Art. 160.1 CC: “*Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor*”.

- Privación de la *patria potestad*, art 46 C.P. “...*La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado.*” Es una pena con carácter definitiva, sin perjuicio de que se pueda recuperar (170 CC)

Respecto a nuestro tema principal, a pesar de existir estas dos medidas penales, la Sala de lo Penal del TS en algunas sentencias como la del STS núm. 780/2000 de 11 de septiembre o en la STS (sala de lo Penal) núm. 750/2008, de 12 de noviembre, consideraban que, esta pena de inhabilitación de la patria potestad no estaba prevista como principal para los delitos de violencia de género, y que, la vinculación entre el delito (maltrato físico o psicológico a la mujer) y la pena de inhabilitación (de la *patria potestad* sobre el menor), no existe una relación causal y por lo tanto, no se podría imponer si el menor no era la propia víctima. Bajo mi opinión, si ahora se considera al menor víctima directa dentro de la violencia de género, sí existe ese nexo causal entre el delito y la pena, por lo tanto, se debería poder aplicar. La Fiscalía General del Estado, en la Circular 4/05, relativa a los criterios de aplicación de la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, apuntaba que “*dado el ámbito de aplicación previsto en la LOMPJVG sólo será aplicable cuando la violencia sobre los menores guarde conexión con la situación de la mujer, quedando subsistente, por tanto, la necesidad de establecer su previsión específica como medida cautelar en el elenco de posibilidades que proporciona el artículo 544 bis de la LECrim para abarcar supuestos de conductas delictivas graves dirigidas contra los menores, sin relación con situaciones de violencia de género, aunque conforme al artículo 544 ter podrá ser adoptada como medida civil en la orden de protección si el hecho está relacionado con la violencia doméstica*”

Desde el 2015, a partir de la Sentencia (Sala de lo Penal) 568/2015 de 30 de septiembre, se empezó a acordar la privación de la *patria potestad* en el proceso penal cuando sea cometido el delito en presencia de los hijos “*Hay que recordar que la patria potestad se integra, ex art. 154 C.civil (LEG 1889, 27) por una serie de deberes de los padres para con sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de los menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal, evitando dilaciones que si siempre son*

perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor”

En los supuestos de violencia de género, cuando se llegue al extremo del homicidio o asesinato, la jurisprudencia es clara y consideran que la mejor medida, en aras de proteger al menor, es la privación de la *patria potestad*¹⁰⁷.

La jurisprudencia, en reiteradas ocasiones también priva de la *patria potestad* a aquellos maltratadores en los supuestos de homicidio o asesinato en grado de tentativa. En este sentido, cabe señalar la STS 247/2018¹⁰⁸, en la que se condenó a un hombre que acuchilló a su pareja y madre de sus dos hijas, no solo por tentativa de homicidio, sino también se le privó de la *patria potestad* respecto a sus hijas “*Este derecho debe decaer ante actos graves que conllevan un "desmerecimiento" de poder ejercer ese derecho. Y este emerge con claridad ante actos de la gravedad que se relata en los hechos probados, además de que no olvidemos que los menores que presencian actos de esta naturaleza, donde sus padres intentan acabar con la vida de sus madres, deben tener una protección del sistema, a fin de evitar ese ejercicio del derecho de patria potestad por el autor de un delito de homicidio o asesinato hacia su madre que reclama seguir manteniendo quien ha llevado un acto tan cruel*”, pero este no es el único caso, también podemos citar otras sentencias como la 711/2016 (sala de lo penal) de 25 de noviembre cuyo fallo y hechos fueron similares.

¹⁰⁷ Véase SAP Lugo 233/2015 o STS (Sala de lo Civil) 1165/1996 de 31 de diciembre al considerar que “*difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto -en referencia al art. 170 CC-, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que esta Sala no duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna; por ello la medida adoptada, y que es objeto de impugnación, se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse puedan respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión de lo prevenido en el artículo 154.1.º del Código Civil, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aun previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquel.*”

¹⁰⁸ STS (sala de lo Penal) núm. 247/2018 de 24 de mayo.

4.2.2.2. Guarda y Custodia

Por otro lado, hablaremos de la guarda y custodia, la cual, podemos definir como *“aquella potestad que atribuye a uno de los progenitores o a ambos el derecho de convivir de forma habitual con sus hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente (atribución unilateral o exclusiva a un progenitor o guarda individual), bien de forma alterna en períodos de tiempo prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna”*¹⁰⁹.

La guarda y custodia puede ser de diferentes tipos:

- Monoparental, es la ejercida en exclusiva por uno de los progenitores.
- Compartida, *“se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”* (Art 92 CC). En la actualidad, la doctrina jurisprudencial está fomentando este tipo de guarda y custodia con el objetivo de fomentar los lazos entre los progenitores y el menor. Gracias a esta medida, los padres podrán mantener su papel en la vida del menor, coeducarlo conjuntamente y podrán participar en el desarrollo de su personalidad por partes iguales *“el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación”*.¹¹⁰. En la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil,

¹⁰⁹ MÚRTULA LAFUENTE, V. (2017) “El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género” Editorial: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 149-168. Madrid.

¹¹⁰ STS (sala de lo Civil) 762/2012 de 17 de diciembre.

116/2017, de 22 de febrero en recurso 2358/2016¹¹¹, el Tribunal consideró que, para optar a esta medida, es necesario que se adapte al interés del menor y no al de los progenitores. Además, considera que no se debe tratar de una medida excepcional, sino que, debería ser considerada de forma normal.

En los supuestos que se centra nuestro trabajo, cuando un hombre maltrata a una mujer y tengan hijos en común, el artículo 92.7 del Código Civil recoge que no procederá la guarda conjunta. La doctrina y la jurisprudencia reitera en diferentes ocasiones que, a pesar de que la custodia compartida sea preferente respecto al resto, siempre se deberá fundar en el interés superior del menor, siendo necesaria la existencia de una relación fluida y eficiente entre la pareja y habilidades para el diálogo para fomentar el bienestar y correcto desarrollo del menor¹¹². Por estos motivos, entendemos que, en los supuestos de violencia de género y la pareja se esté divorciando o separando con hijos, hijas o adolescentes bajo su custodia, es difícil la existencia de una relación eficiente entre los progenitores y se pueden llegar a dar ciertos conflictos tras la ruptura.

La STS 36/2016, entre otras, entienden que es imposible dicha custodia compartida en los casos recogidos en el art.92.7 del Código Civil¹¹³, y, mucho menos cabrá la custodia

¹¹¹ “los criterios que la sala viene manteniendo al respecto, siempre bajo la prevalencia del respeto del interés superior de los menores, parten de la necesidad de optar por el sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, habiéndose reiterado que la redacción del artículo 92 CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, teniéndose en cuenta la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los mismos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes obrantes en autos y finalmente cualquier otro elemento que permita valorar con mayor precisión cuál es el interés de los menores en el caso concreto (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010, 7 de julio de 2011, 29 abril de 2013, 25 de abril, 22 y 30 de octubre, y 18 noviembre 2014, 16 de febrero y 17 de julio de 2015, y 30 de mayo de 2016, entre otras)”.

¹¹² Véanse STS (Sala de lo Civil) 276/2016 de 25 de abril; Núm 515/2015 de 15 de octubre; 2016/1703 de 21 de septiembre

¹¹³ STS (sala de lo civil) núm. 36/2016, de 4 febrero “Una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio (RCL 2015, 1136), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo

compartida cuando alguno de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física y moral del otro cónyuge¹¹⁴, a pesar de que exista un convenio regulador por el que ambas partes acuerden de forma libre y voluntaria custodia compartida.

La medida núm. 205 del PEVG al defender que *“la custodia compartida en ningún caso se imponga en casos de violencia de género en los supuestos previstos en el artículo 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”* deja de una forma clara y concisa de que no cabría en ningún caso la custodia compartida en aquellos supuestos en los que esté en procedimiento penal un caso por violencia de género.

Por otro lado, el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio, pretende ampliar el art 92 del CC y añadir *“No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, 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 que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor(...)No se le atribuirá la*

del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia " y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil (LEG 1889, 27), según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

¹¹⁴ Art. 92.7 CC *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.*

guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito”.

Bajo mi opinión, la custodia compartida se deberá aplicar como medida primordial en los casos de divorcio generales, con el objetivo de que ambos padres puedan participar en la vida de su hijo y el desarrollo de estos y con el objetivo de que ambos progenitores puedan mantener los lazos de afectividad con su descendiente y que el menor pueda crecer con ambos ejemplos de vida, pero, esta medida no se podrá adoptar siempre, se deberá analizar caso por caso las ventajas e inconvenientes y los posibles efectos que pueda producir al menor, pensando siempre en el principio de interés superior del menor.

Pero, en los supuestos de violencia de género en el ámbito familiar, en el que la mujer decida divorciarse o separarse de su pareja, en estos casos la custodia compartida la veo peligrosa para el menor. Cómo hemos podido analizar, existen numerosos casos en los que los padres acaban con la vida de sus hijos como forma de venganza hacia sus mujeres, por lo que, la custodia compartida no debería caber en ningún caso de violencia de género. Aunque se analice la peligrosidad del agresor y se compruebe que no existe ningún peligro para el menor, siempre cabe la posibilidad de que el agresor ataque al menor para vengarse de la víctima.

Por último, debemos hacer mención a la guarda administrativa, la cual consiste en una medida de carácter transitorio en la que la Entidad Pública se hace responsable temporalmente de un menor por voluntad de los titulares de la patria potestad cuando concurran circunstancias graves que les impida el cuidado del menor (art 172 bis 1 del

Código Civil¹¹⁵), o bien el apartado segundo del artículo 172 bis también recoge que podrá el Juez derivar la guarda del menor a una Entidad Pública, dependiendo la situación en la que se encuentre el menor o como reconoce el art 103 CC, en aquellas situaciones de crisis de pareja en las que el Juez no estima adecuado a ninguno de los dos progenitores para que sea el responsable de la guarda del menor y se ve la necesidad de que una entidad pública se haga cargo hasta que se solucionen los problemas.¹¹⁶

En el caso de violencia de género, cabría esta modalidad de guarda en los supuestos en los que el juez de violencia de género considere que la mejor opción para el menor es la

¹¹⁵ Artículo 172 bis 1 del Código Civil “*Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo. La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades. La resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal.*”

¹¹⁶ Audiencia Provincial de Pontevedra Sentencia de 15 de octubre de 2013 “*es lo cierto, además, que el CC en su art. 172.2 prevé que cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario. La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración y en el párrafo 3º que la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. Es decir, que la Ley prevé expresamente en dicho precepto la forma en que los padres o progenitores pueden solicitar de las instituciones públicas colaboración para el ejercicio de la guarda, pero desvinculándola del desamparo (la guarda asumida a solicitud de los padres o como función de la tutela por ministerio de la ley) nótese el empleo de la conjunción disyuntiva "o" y que se resolverá a través del acogimiento; ello permite concluir que no existe limitación para que lo mismo (el acogimiento) tenga lugar con la familia próxima, sin pérdida de la patria potestad por la previa declaración de desamparo, y a la que el legislador no ha impuesto forma alguna, precisamente porque se desarrolla dentro del ámbito familiar, y que se convierte en una guarda de hecho. Todo ello claro está, salvo que se aprecie actuación torticera o incumplimiento de los deberes superiores en relación a la menor, que deban llevar a dicha declaración de desamparo”*

No debemos olvidar que esta sentencia se dictó antes de la modificación del 2015 y actualmente hubo algunos cambios como los de que, pasados dos años desde la guarda, decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor y será declarado en desamparo.

de que una entidad pública se encargue de su custodia hasta que la madre se establezca a la nueva situación y pueda ofrecerle a su hijo el entorno adecuado para su crecimiento.

4.2.2.3. Régimen de visitas y comunicaciones

Por último, debemos hacer mención al régimen de visitas y comunicaciones. Tras la separación o divorcio, o estén conviviendo juntos y decida marchar, el progenitor que no tenga la guarda y custodia del menor podrá visitar y comunicarse con este en las condiciones que el juez dictamine. La finalidad de esta medida es la de cubrir las necesidades afectivas y educativas que tiene el menor respecto a su padre, además de fomentar las relaciones filio parentales entre ellos y mantener el lazo de unión que tienen. La duración y condiciones de esta medida las tomará el juez en los supuestos de que no existan mutuo acuerdo.

Esta medida, viene recogida en diversos reglamentos internacionales, como la Carta de los Derechos del Niño en su artículo 9.3 establece que *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*, haciendo una excepción cuando sea contradictorio al interés superior del menor.

Este derecho, también lo tienen concedido los abuelos con sus nietos (art 94 del CC¹¹⁷), ya que, la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, considera que los abuelos desempeñan un papel fundamental en el desarrollo de los menores y de transmisión de valores en la familia, siendo un elemento significativo en el crecimiento personal del menor.

¹¹⁷ Art. 94 CC *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. 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. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor”*.

El artículo 94 del Código Civil recoge el derecho que tiene el progenitor que no tenga consigo al menor, tiene el derecho de poder visitarlo, comunicarse con ellos o tenerlos temporalmente en su compañía. Hay que tener en cuenta que el TC¹¹⁸ recoge que nos encontramos ante un derecho también del menor, considerándose un derecho – deber. Nos encontramos ante un derecho que se debe amoldar a las condiciones de cada caso y siempre bajo el principio de interés superior del menor¹¹⁹.

Respecto al tema central de nuestro trabajo, los menores, víctimas directas de la violencia de género en el seno familiar, el artículo 160 del Código Civil establece que los hijos menores de edad tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que exista una resolución judicial contraria a esto¹²⁰. Como hemos visto, una de las posibles causas que pueden llegar a suspender el régimen de visitas la encontramos en el artículo 66 de la Ley Contra la Violencia de Género conforme al cual *“El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y*

¹¹⁸ STC núm. 176/2008 de 22 de diciembre *“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”*.

¹¹⁹ STS (sala de lo civil) núm. 720/2002 de 9 julio. *“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”*.

¹²⁰ Artículo 160 Código Civil *“los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque u estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad pública en los acasos establecidos en el art. 161. En caso de privación de liberta de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velaran por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo, la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.”*

recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

En el art 94 del CC, aparte de recoger el derecho que tienen los progenitores que no están con el menor de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, también dota al juez competente, en este caso, sería el de violencia de género, de determinar tanto el tiempo, modo y lugar del régimen de visitas, siendo lo habitual una o dos visitas intersemanales por la tarde y fines de semana alternos con pernocta. El régimen de visita se podrá cambiar y reducir si el juez considera que no están beneficiando al menor¹²¹, e incluso se podrán realizar bajo acompañamiento de una tercera persona que se encargue de tutelar las visitas.

Por último, en los casos de violencia de género, respecto a la capacidad del Juez de suspender este régimen de visitas si lo estima necesario, las medidas 206 y 207 de la Ley Contra la Violencia de Género, abogan por la suspensión imperativa. También defienden que el menor no acuda a los centros penitenciarios a visitar a su padre cuando se encuentre condenado por violencia de género¹²². En cambio, el CC considera que el régimen de visita será opcional, y el Juez deberá determinar en cada caso, también lo recoge el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio, al decir que *“Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.”*

¹²¹ Como dictaminó el Juez en la STAP Murcia 513/2009, de 5 octubre, suspendió el régimen de visitas de un padre respecto a su hija, la cual había sido testigo reiteradamente de los malos tratos que sufría su madre de su padre. Esta situación causó graves síntomas de ansiedad a la niña cada vez que la forzada a visitar a su padre. Los informes periciales desaconsejaban dichas visitas y el Juez las suspendió.

¹²² STAP Pontevedra núm. 142/2016 de 16 marzo, considera que no se debe suspender de forma automática el régimen de visita, no obstante, es necesario analizar las circunstancias y del tipo delictivo que cometiese, por ejemplo, en caso de tentativa de homicidio de la progenitora, la STAP 229/2012 de 14 de septiembre consideró que se suspendieran las visitas ya que la actitud del hombre fue excesivamente violenta en presencia de la menor.

En todo caso, el régimen de visitas deberá estar establecido en función del interés superior del menor, y en aquellos supuestos en los que exista “*un peligro concreto y real para la salud física, psíquica y moral del menor*”¹²³, se deberá prohibir. Además, conforme a lo dictado en la STS (sala civil) 680/2015 de 26 de noviembre de 2015, “*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*”. A la vista de la normativa, en concreto el art 94 del CC, 65 de la Ley Contra la Violencia de Género y el art 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, con el objetivo de salvaguardar el interés superior del menor, el Juez podrá limitar o suspender el derecho de visitas, además, tal y como regula el art.2 de la LO8/2015, exige que el régimen de visita se desarrolle en un entorno “*libre de violencia*” y en los supuestos en los que no se pueda respetar todos los intereses concurrentes, “*deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”.

Dentro de este apartado, hay que hacer mención especial a los Puntos de Encuentro Familiar¹²⁴, cuyo objetivo es de crear un medio de protección a la mujer y el menor, facilitar la comunicación del menor con su progenitor y otros familiares y disminuir el riesgo de circunstancias peligrosas. Además, en los casos de que existan una orden de protección del padre respecto a su mujer, facilita la posibilidad del régimen de visitas, o así lo considera AAP Madrid (Sección 27ª) núm. 251/2018, de 20 febrero.

Respecto a estos puntos de encuentro, no existe una regulación de carácter estatal que regule las condiciones y características de estos, por ello, haremos mención al Decreto 93/2005, de 2 de septiembre de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias, en el que se consideran como “*alternativa de intervención temporal, realizada en un lugar idóneo y neutral atendido por equipo técnico, donde se produce el encuentro de los miembros de la familia en crisis en orden a facilitar la relación entre el menor y*

¹²³ STS (Sála de lo Civil) núm. 903/2005, de 21 de noviembre de 2005.

¹²⁴ Los puntos de encuentro familiar son un servicio gratuito que sirven para ofrecer un espacio físico neutro para garantizar y facilitar el derecho de los menores a relacionarse con sus padres y familiares cuando las relaciones familiares son muy conflictivas. Algunas Comunidades Autónomas regularon normas sobre esta materia, como es el caso del Principado de Asturias en el Decreto 93/2005, de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias.

sus familiares, siguiendo las indicaciones que, en su caso, establezca la autoridad judicial o administrativa competente para el cumplimiento de los derechos de visita y donde se garantice la seguridad del menor y de los miembros de la familia en conflicto”¹²⁵.

En este punto, se podrán realizar¹²⁶:

- *“Visitas tuteladas: se trata de visitas realizadas bajo la supervisión del equipo técnico del PEF, de modo que el personal permanece presente durante toda la visita.*
- *Visitas en el centro sin supervisión: estas visitas tienen lugar en los locales pertenecientes al PEF, si bien durante las mismas no se encuentra presente el personal integrante del equipo técnico. Además, en este caso el Decreto contempla la posibilidad de que en determinadas circunstancias puedan realizarse salidas fuera del centro.*
- *Intercambios: el PEF únicamente interviene a los efectos de supervisar que la entrega y recogida de los menores para cumplir el régimen de visitas se realiza adecuadamente, desarrollándose estas visitas fuera del PEF.*
- *Acompañamientos: en este caso la labor del equipo técnico del PEF es acompañar a los menores al establecimiento penitenciario o centro hospitalario donde esté internado el progenitor para llevar a cabo la visita.”*

En los casos de violencia de género, estos puntos cumplen diferentes funciones como, por ejemplo, fomentar la relación entre el menor y su progenitor, impide poner en riesgo la vida del menor y de su madre, se evita la posibilidad de quebrantamiento de la orden de alejamiento o comunicación con la mujer, además de evitar el contacto físico o visual entre los progenitores. Pero, el PEVG promueve en su medida núm.212 una

¹²⁵ Art. 2.a) del Decreto 93/2005 de 2 de septiembre de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias

¹²⁶ Art 5 del Decreto 93/2005 de 2 de septiembre de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias

especialización de estos puntos de encuentro y crear algunos que “*sean exclusivos y especializados para la atención a los casos de violencia de género y en su defecto elaborar y aplicar protocolos específicos*” y, como es el juez el que determina cómo se van a desarrollar las visitas, también deberá determinar a qué punto de encuentro se debería destinar las visitas¹²⁷.

Por otro lado, existen supuestos en los que la mujer se encuentra en una casa de acogida o debido a la peligrosidad del hombre, el domicilio de la mujer debe ser ignorado por el maltratador. En estos supuestos, mi opinión es contraria a la de permitir que el padre tenga un régimen de visitas con su hijo ya que, aunque se realicen en puntos de encuentro y bajo una posible supervisión, el padre podría sonsacarle información al menor respecto a la situación de la madre, o vengarse realizando cualquier maltrato sobre el hijo. En estos supuestos, la SAP Barcelona, de 28 de octubre de 2010 estableció que “*el interés del menor debe prevalecer y, cuando la relación con el padre no responde a los fines de crear o mantener lazos afectivos, sino a los propios del padre en su persistencia de acoso respecto de la madre, procede la suspensión*”

La Fiscal adscrita a la Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer, María Jesús Cañadas Lorenzo¹²⁸ recogió unas pautas generales de actuación en relación con el régimen de visitas como son, el de “*solicitar y acordar expresamente la supresión del régimen de visitas y comunicación en los supuestos de privación de patria potestad*”; “*limitar el régimen de visitas y no el de comunicación entre padre e hijos*”; “*Cuando las medidas civiles van acompañadas de medidas penales de alejamiento, las entregas y recogidas de los menores habrán de hacerse en PEF*”; “*los supuestos de adicción del padre a drogas o a alcohol, cabe la posibilidad de mantener el régimen de visitas, si bien supervisadas por técnicos del Punto de Encuentro Familiar*”; “*Estas visitas supervisadas se acuerdan también en supuestos de rechazo de los menores a la figura*

¹²⁷ ORTOLÁ DINNBIER, J.G. (2014) “Los puntos de encuentro familiar como recurso de protección de menores”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1.

¹²⁸ CAÑADAS LORENZO, M.J. (2017) “*Cuestiones civiles relacionadas con la Violencia de Género en los Procedimientos de Familia*”. En la Ponencia de Violencia de Género a la luz de las últimas reformas. Algunos problemas prácticos.

07/06/2019

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Mar%C3%ADa%20Jes%C3%BAas%20Ca%C3%B1adas%20Lorenzo.pdf?idFile=dcbl4e24-0cc8-4a6e-93ba-194625ace1d9

paterna cuando se considera adecuado” ; “Es frecuente también establecer un régimen de visitas progresivo, por etapas”; “no siendo conveniente atenerse a la voluntad de la madre sin más comprobación o análisis, sobre todo teniendo en cuenta las especiales características psicológicas de las víctimas de violencia de género ”; “En los supuestos en los que en el procedimiento penal se acuerde el ingreso en prisión provisional del padre , y en aquellos en los que la situación de riesgo es tal que se precisa la instalación de dispositivos de control telemático , cabe ponderar la conveniencia de suspender el régimen de visitas y/o el de comunicación”; “ El hecho de encontrarse el padre en prisión por causa distinta de la violencia ejercida sobre la madre no es obstáculo para el establecimiento de un régimen de visitas, hasta el punto de que el legislador ha regulado el procedimiento idóneo para su desarrollo. ART. 160.1 CC (traslado del menor al centro penitenciario)”; “En los supuestos en los que se disponga de informe pericial que manifiestamente desaconseje las visitas del padre con los hijos y/o su comunicación o en los casos en los que resulte obvio que el interés del menor exige el cese de relación con el progenitor (homicidios/ asesinatos consumados o intentados, lesiones graves, agresiones reiteradas y graves en presencia de los menores, ...) puede ser aconsejable la suspensión de las visitas y comunicación con carácter inmediato desde el proceso penal, a través del procedimiento previsto en la LO 1/2004 o del artículo 158 del CC”.

Desde mi punto de vista, a pesar de la existencia de todas estas medidas, la protección que reciben los menores de edad sigue siendo insuficiente, y, en múltiples ocasiones, el maltratador utiliza a los hijos como herramienta de castigo hacia la víctima, por ejemplo, un caso actual (el cual está aún sin enjuiciar), es el que sucedió el 25 de septiembre de 2018 en Castellón. En este caso, pese a que la madre (víctima de violencia de género) informó debidamente a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Castellón de que su ex pareja la había amenazado y atemorizado en diversas ocasiones en que iba hacer daño tanto a ella como a sus dos hijas que tenían en común de 3 y 6 años para castigarla, el Juzgado consideró que no existía ninguna situación de riesgo para imponer una orden de protección y, aprovechando esa situación, asesinó a las niñas, y posteriormente, se suicidó.¹²⁹

¹²⁹<https://www.elmundo.es/comunidadvalenciana/castellon/2018/09/25/5ba9d640468aeb321e8b45cc.html>

En otras situaciones, la protección que reciben no se realiza con las diligencias adecuadas, como, por ejemplo, la STS 1263/2018, de 17 de julio del 2018, en el que se condenó a la Administración Pública a pagar 600.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado debido al funcionamiento anormal en un supuesto de violencia de género en el que una menor fue asesinada por su padre en una de las visitas que se realizó sin la vigilancia acordada. A pesar de las 47 denuncias realizadas por la víctima a su maltratador a causa de las múltiples amenazas, quebrantamientos de condena, daños etc, el Juzgado, en un principio, había establecido un régimen de visitas con vigilancia entre la hija y su progenitor. Posteriormente, el Juez decidió modificar la medida y eliminar la vigilancia en las visitas, a pesar de las múltiples amenazas, consideró que no existía un riesgo para la menor, por lo que no consideró necesario el acompañamiento durante las visitas, aprovechando el padre la primera visita sin acompañamiento para asesinar a su hija.¹³⁰

En relación con los datos del Observatorio de Violencia de Género del CGPJ recogidos sobre el primer cuatrimestre del 2018, tan sólo un 12.9% de las personas denunciadas han sido enjuiciadas, y de ese porcentaje, un 88% de las sentencias fueron favorables a la víctima, a raíz de estos datos, es probable que las mujeres sientan miedo a la hora de presentar denuncia, y más si existen hijos en la relación, cosa que afecta notablemente a la solicitud de orden de protección, ya que, las entidades y órganos asistenciales que tengan conocimiento de la denuncia, deberá transmitirlo al órgano competente y adoptar las medidas necesarias, lo que provoca un miedo a la víctima a la hora de denunciar, ya que esta situación provoca una reacción de violencia del maltratador, *“Cuando el maltratador percibe que la decisión de ruptura es real y no reconducible, se desencadena una reacción de violencia extrema”* Teruelo (2017).

¹³⁰ STS (sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4ª) núm 1263/2018, de 17 de julio. RJ 2018/3555.

5. CONCLUSIONES

El machismo representa en nuestra sociedad una de las grandes lacras de desigualdad existente entre el género masculino y femenino, siendo su mayor representación la Violencia de Género, la cual, está cada vez más visible entre la población y a pesar de las múltiples luchas con el objetivo de erradicarla, por ahora no se ha llegado a ello.

Dentro de la Violencia de Género, nos solemos olvidar de uno de los grupos vulnerables que, desde mi opinión, deberían ser de los más protegidos ya que representan el futuro de nuestra sociedad, hago referencia a las “*víctimas invisibles*” de la violencia de género, aquellos hijos, hijas o adolescentes que conviven en un ambiente en el que la violencia es la forma de someter a la mujer al poder del hombre. Aunque estas víctimas no sean el objetivo principal del hombre, convivir en un ambiente tan hostil, presenciar o intuir que las múltiples formas de agresión que está ejerciendo el padre contra su madre, llega a perjudicar de diferentes maneras, en menor o mayor medida y a corto y largo plazo al menor, de una forma física y psicológica lo cual llevará a afectar a su desarrollo madurativo y a la personalidad de este.

Tras la modificación de la Ley Contra la Violencia de Género, se consideró a los menores de edad como víctimas directas de la violencia de género, y no sólo como víctimas indirectas que eran como estaban catalogados antes. Gracias a este cambio, se logró una protección especial de estos, ampliando el abanico de medidas posibles para salvaguardar la integridad física y moral del menor, además de buscar diferentes medios de apoyo y específicos para la asistencia social al menor. A pesar de que el padre no les haya lastimado físicamente, su integridad moral y emocional se vio perjudicada y por lo tanto necesita de un apoyo psicológico que le ayude a superar esta situación ya que, de no ser así, el menor podrá crecer un trastorno psicológico el cual afectaría a sus capacidades de relación con las demás personas.

Por otro lado, las medidas que pueden adoptar con la finalidad de salvaguardar la integridad física del menor, se deberá tener en cuenta siempre el principio de interés superior del menor a la hora de decidir el alcance de dicha medida y la forma de aplicarla, no pudiendo ser más restrictiva y perjudicial para el menor que el mal que se intenta evitar. Para poder tomar esta decisión, será necesario analizar cada caso de forma

individual, comprobando los hechos, el entorno del menor, la peligrosidad del padre, las posibles medidas a adoptar, así como sus ventajas e inconvenientes de cada, buscando siempre la mejor opción para el menor, que sea menos agresiva para este y no afecte de forma drástica al desarrollo de este. El Juez, también podrá escuchar al menor en aquellos supuestos en los que tenga la suficiente edad o madurez para poder tomar decisiones que vayan a afectar a largo plazo su vida y que sepa distinguir lo que es mejor para él, siempre que no se vea influenciado por el padre.

De entre las medidas civiles y penales que puede tomar el Juez, una de las más drásticas es la relativa a la patria potestad, la cual podrá ser privada o inhabilitada tanto por la vía civil como la penal. Nos encontramos ante una medida grave, que se debe aplicar en los supuestos más drásticos como pueden ser la tentativa de homicidio o asesinato, pero, desde mi punto de vista, esta medida se debería aplicar en más casos, ya que, con la patria potestas, se busca que los padres adopten las decisiones más convenientes para el correcto desarrollo del menor, los proteja y ofrezca los cuidados, alimentos y una educación necesaria para su futuro.

Que el padre esté maltratando constantemente a la madre, creando un ambiente de conflicto y tensión, que le enseñe que el maltrato es la mejor vía para solucionar los problemas y que las mujeres son inferiores al hombre, no es la forma más adecuada de ejercer la patria potestad, y, por lo tanto, al estar ejerciendo de una forma negligente el deber de salvaguardar la integridad física y moral de menor, se le debería suspender por el bien del menor.

En cambio, respecto a la medida de régimen de visitas y comunicaciones, la ley no es tan restrictiva como con la de la patria potestad, permitiendo al Juez valorar si es necesario o no restringir estas visitas y adoptará la medida en función de cada caso, ya que, aunque el padre no tenga la patria potestad, puede seguir manteniendo contacto con sus hijos, y en caso contrario, esta medida no afectará a los abuelos del niño.

La figura paterna es muy importante para un hijo, imitando sus actitudes y opiniones de pequeño y buscando siempre su aceptación, que la figura paterna sea un maltratador, no es beneficioso para el desarrollo del menor, que es lo que se debe proteger en todo momento, por lo tanto, las comunicaciones y visitas deberían estar más restringidas y siempre teniendo en cuenta la opinión del menor.

Estas medidas no excluyen al padre de mantener las obligaciones de préstamo de alimentos con el menor. Aunque no tenga la patria potestad, si mantiene las obligaciones con este, debiendo pasarle mensualmente una pensión para poder afrontar con todos los gastos que conllevaban tener un hijo.

Debido a que las medidas no estaban teniendo los resultados que se deseaban y cada vez eran más los menores de edad que sufrían maltratos por parte de su padre, llegando incluso al asesinato, se vio la necesidad de aprobar el Pacto de Estado Contra la Violencia de Género, con el objetivo de reforzar estas medidas y también el de mejorar la protección de las mujeres.

Desde mi opinión, estas leyes y medidas se aplican una vez que ya se cometieron los delitos, cuando la integridad física y moral del menor ya fue perturbada, y, aunque es completamente necesario reforzar estas medidas y buscar la protección del menor, también veo necesaria medidas de prevención y sensibilización desde pequeños que fomenten la igualdad, resolución pacífica de los conflictos, la mediación etc, con el fin de evitar llegar al extremo de la violencia de género y coeducar en la igualdad.

A parte de la sensibilización y la prevención de la violencia de género, también es necesaria una formación cualificada para los sectores que vayan a trabajar en este campo (jueces, fiscales, abogados, trabajadores sociales etc), ampliar los recursos de apoyo y ayuda para los adolescentes y unos recursos especiales de apoyo psicológico.

La educación en la coeducación por la igualdad, puede llegar a ser la base para lograr una igualdad de géneros. Esta educación se debería empezar desde primaria, impartiendo asignaturas o lecciones transversales en igualdad.

También es necesario que todos los sectores laborales estén concienciados con la igualdad, impartiendo talleres y formaciones especializados y formando a las personas en este campo.

Las personas menores de edad están en un periodo de crecimiento y desarrollo, fácilmente perturbable y que se deja influenciar y manipular con mayor facilidad que la mayoría de las personas adultas, por eso, es necesario que tengan una protección especial, sobre todo, cuando desde tan pequeños han estado viendo diferentes episodios violentos en el entorno familiar.

También es necesario que, todo el procedimiento jurídico sea lo más rápido y sencillo para el menor con el objetivo de evitar la doble victimización del menor, además de que todas las personas que vayan a tener contacto con el menor a lo largo del procedimiento, estén debidamente sensibilizados en el tema, ya que no es igual tratar con una persona que haya sido víctima de un robo que con una persona menor de edad víctima de violencia de género, su sensibilidad es más frágil de lo normal.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Jurisprudencia

- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia del 14 de septiembre de 2012.
- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia del 25 de abril de 2013.
- Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra del 15 de octubre de 2013.
- Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria del 23 abril de 2015.
- Auto de la Audiencia Provincial de Lugo del 28 de octubre de 2015.
- Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria del 21 de enero de 2016.
- Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra del 16 de marzo de 2016.
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid del 20 de febrero de 2018.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 2018.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 4 de junio de 2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 5 de julio de 2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 597/2018.

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2000, de 29 de mayo de 2000.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm.59/2008, de 14 de mayo de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/2008 de 22 de diciembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/2010, de 22 de julio de 2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 4/2016, de 15 de enero de 2016.

- STEDH de 19 de septiembre de 2000 caso Glaser contra Reino Unido.
- STEDH de 17 de julio de 2012. Caso M.D. y otros contra Malta.
- STEDH de 11 de octubre de 2016. Caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España.

- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo civil) 11 de septiembre de 2000.
- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo civil) 9 de julio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo civil), 21 de noviembre de 2005.

- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo penal), 12 de noviembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Superior (de lo penal), 12 de mayo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo civil), 28 de septiembre del 2009.
- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo civil), 25 de abril de 2011.
- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo civil), de 2 de noviembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo Penal), de 14 de diciembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo Civil), de 17 de diciembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo Penal), 30 de septiembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Superior, (de lo civil), de 9 de noviembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Superior (de lo civil), de 4 febrero 2016.
- Sentencia del Tribunal Superior (de lo civil), de 11 de febrero de 2016.
- Sentencia del Tribunal Superior (de lo civil) de 25 de noviembre de 2016.
- Sentencia del Tribunal Superior (de lo penal) de 25 de octubre de 2017.
- Sentencia del Tribunal Superior (de lo civil) de 18 de abril de 2018.
- Sentencia del Tribunal Superior (de lo Penal) de 24 de mayo de 2018.
- Sentencia del Tribunal Superior (de lo civil) de 17 de julio de 2018.
- Sentencia del Tribunal Superior (de lo Penal) de 20 de diciembre de 2018.

6.2. Bibliografía

- ÁLAMO GONZÁLEZ, D.P.; SÁNCHEZ VILLALBA, A. (2018) “La instrucción de la violencia de género. El equilibrio entre la persecución del delito y las garantías del proceso”. Wolters Kluwer, Madrid.
- ATENCIANO JIMÉNEZ, B. (2009), “*Menores expuestos a Violencia contra la pareja: Notas para una práctica clínica basada en la evidencia*”. Clínica y Salud vol. 20 nº3.
- CONESA PÉREZ, C. (2011) “*¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales*”, Revista Aranzadi Civil-Mercantil.
- CZALBOWSKI, S. (2015) “Detrás de la pared: una mirada multidisciplinar acerca de los niños, niñas y adolescentes expuestos a la violencia de género ” Editorial D.brouwer. Madrid.

- FERNANDEZ TERUELO J.G. (2017) *Diagnóstico del sistema de protección y propuesta de intervención para la predicción y prevención de feminicidios en contexto de pareja o expareja*. Universidad de Oviedo RECPC 19-23.
- HOLDEN, G. W. (2003). “*Children exposed to domestic violence and child abuse: Terminology and taxonomy*”. *Clinical child and family psychology review*, 6.
- HUETE NOGURAS, J.J. (2013) “*Interés superior del menor y derecho a ser escuchados. Pronunciamientos y jurisprudenciales en materia de protección de menores*” https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/C.%20Escrita%20Huete%20Nogueras,%20Jos%C3%A9%20Javier.pdf?idFile=29a8de18-2a71-400d-92ed-282d8b9541d6
- LÓPEZ AZCONA, A. (2013) “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos Español y marroquí”, ADC, Tomo LXVI, Fase III.
- LUCENA CANO, G. (2009) “*Maltrato y abusos en la infancia*” ISSN 1988-6047 Innovación y experiencia.
- MARÍN DE ESPONOSA CEBALLOS, E.B.(2003) *El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis de derecho comparado del Código Penal español, alemán, italiano, portugués y sueco*. Revista Oenal N° 11 Dialnet.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (2018) “*Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género*”, *InDret*, núm. 2.
- MARTÍNES GARCÍA C. (2016) “Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia.” Editorial Thomson Reuters Aranzadi Navarra.
- MAYOR DEL HOYO, M.V. (2017) “El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015” Thomson Reuters Aranzadi Navarra.
- MORILLAS CUEVA (2009), “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de una Ley Integral” en JIMÉNEZ DÍAZ (coord.) *La Ley Integral. Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2016) “El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género”, Dykinson, Madrid.

- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2017) “El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género” Editorial: Thomson Reuters Aranzadi, Madrid.
- NIETO MORALES (2015) “La crisis en las familias, infancia y juventud en el siglo XXI. Una mirada desde la experiencia laboral”, Dykinson, Madrid.
- ORTOLÁ DINNBIER, J.G. (2014) “Los puntos de encuentro familiar como recurso de protección de menores”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, agosto.
- OSOFSKY, J.D. (1995) “Children who witness intimate partner violence: The invisible victims”. *Social Policy Report: The Society for Research in Child Development*.
- RAMON RIBAS, E. (2009) “Violencia de género y Violencia doméstica”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROCHA ESPÍNDOLA, M.(2013) “*Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principio informadores*” (tesis sin publicar), Valladolid.
- Save the Children (2008) “*Manual de atención a niños y niñas víctimas de violencia de género en el ámbito familiar*” Madrid.
- Save the children (2011) “*En la Violencia de Género no hay una sola víctima*” Madrid.
- SUÁREZ LLANOS, L. (2013) *Caracterización de las personas y grupos vulnerables*. En LINERA PRESNO M.A. (coord..) “Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables”, Oviedo, Procuradora General del Principado de Asturias.
- VARELA GARCÍA, C. (1997) “*Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios programáticos y normas de conflicto*” *Actualidad Civil*, núm. 12 Tomo 1.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ R. Y LÓPEZ Y LÓPEZ A.M. (2015) *Derecho de familia, Cap 8. La patria potestad y las instituciones tutelares* Editorial Tirant Lo Blanch Valencia.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2013) “*El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo*”. *Diario La Ley*, N.º 8162, Sección Doctrina, Ed: La Ley.

6.3. Otras fuentes

- Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104 de 20 de diciembre de 1993: *“Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”*.
- Circular de la Fiscalía 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Comisionado Nacional Derechos Humanos (2013) *“Informe sobre el Estado General de los Derechos Humanos”*.
- Consejo General del Poder Judicial (2013) *“Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género”*
- Consejo General de Poder Judicial Sección del Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género (2018) *“Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja”*. Pág. 21.
- Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989
- Defensor del Menor de Andalucía (2012): Informe especial sobre *“Menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia”*,
- Directiva 2012/29UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.
- Formación *“Protección e intervención con víctimas de Violencia de Género y Malos Tratos”*, Euroinnova Business School.
- Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud (PAPPS) de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (Sem FyD) en colaboración de Ministerio de Sanidad y Consumo (2003) *“Violencia Doméstica”*.
- Instituto Aragonés de la Mujer (IAM) Fundación ADCARA *“Una mirada hacia los hijos e hijas expuestos a situaciones de Violencia de Género: orientaciones para la intervención desde los Servicios Sociales en Aragón”*.
- Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial: casos de crimen múltiple mujer e hijos.

- Observación General nº14 de 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño.
- Observación General nº14 (2013) “*Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*”.
- Ponencia de MONTALBÁN HUERTAS, I (2006) “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”.
- UNICEF (2015) “*Niños y Violencia*”, Innocenti digest.
- <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/home.htm>
- <http://estadisticasviolenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/>
- http://www.cndh.org.mx/Principal/document/derechos/fr_grupos.htm
- <https://www.elmundo.es/comunidadvalenciana/castellon/2018/09/25/5ba9d640468aeb321e8b45cc.html>
- <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/home.htm>

6.4. Legislación

- Circular 1/2001 de 5 de abril sobre el carácter de su actuación en los procesos civiles
- Código Civil.
- Código Penal
- Constitución Española 1978
- Convenio de los Derechos de la Infancia
- Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del niño 1985
- Estatuto del Trabajador
- Ley de enjuiciamiento criminal
- Ley de enjuiciamiento civil
- 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.
- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica

- Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- Ley Orgánica 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial,
- Ley Orgánica 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia
- Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- Ley Orgánica 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
- Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género
- Decreto 93/2005 de 2 de septiembre de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias
- Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.
- Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.