



**FACULTAD DE CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS
CAMPUS ELCHE**

GRADO EN DERECHO
Área de Derecho Procesal

TRABAJO FIN DE GRADO

**LA VIOLENCIA VICARIA: MENORES COMO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE
GÉNERO**

ESTUDIANTE:
LEZCANO TORRES, MARIELA BELÉN

DIRIGIDO POR:
FUENTES SORIANO, OLGA

Curso académico 2022/2023

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- VIOLENCIA DE GÉNERO, VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA VICARIA. CONCEPTO.

2.1. Violencia de género.

2.2. Violencia doméstica.

2.3. Violencia vicaria.

3.- EL MENOR COMO VÍCTIMA DIRECTA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

4.- RESPUESTA INSTITUCIONAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y PERPETUACIÓN DEL RIESGO DE VIOLENCIA VICARIA.

4.1. La importancia del interés superior del menor.

4.2. Régimen de visitas.

4.3. Guarda y custodia compartida.

4.4. La suspensión de la patria potestad.

4.5. La privación de la patria potestad.

5.- CONCLUSIONES.

6.- BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil
CE	Constitución Española de 1978.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOMPI	Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia
LOPIVI	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
LOPJM	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.
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
LEVD	Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
TC	Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

La violencia vicaria: menores como víctimas de violencia de género.

TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
AP	Audiencia Provincial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
OP	Orden de Protección
MC	Medidas cautelares



RESUMEN

En el presente trabajo se abordará un tema de gran impacto en la sociedad como es la violencia ejercida sobre las mujeres, la violencia doméstica y la violencia vicaria. Estos conceptos se refieren a formas específicas de violencia, que tienen lugar en el contexto de las relaciones familiares y de género, siendo objeto de tratamiento tanto a nivel nacional como internacional.

Con ese propósito, es preciso en primer lugar contextualizar la violencia que es ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo, que se trata de cualquier acto de violencia basado en el género que les ocasione un daño físico, sexual o psicológico. Este tipo de violencia está arraigada en desigualdades de poder entre hombres y mujeres, y se manifiesta a través del maltrato físico, la violencia sexual, el acoso y/o la violencia emocional. Actualmente es una violación de los derechos humanos de la mujer, por lo que se considera un problema de derecho público.

El trabajo se centrará fundamentalmente en la violencia vicaria, que se refiere a una forma específica de violencia de género en la que el agresor utiliza a sus hijos con el fin de controlar y dañar a sus madres, puede manifestarse a través de amenazas, abuso físico o emocional hacia ellos.

En este contexto, es fundamental analizar el papel del menor como víctima directa de violencia de género. Los menores expuestos a estas situaciones sufren las consecuencias de la violencia en su entorno familiar, que afecta negativamente a su desarrollo físico, emocional y psicológico. Por lo tanto, es preciso que las normas jurídicas y las instituciones implementen respuestas adecuadas para proteger a los menores y garantizar su bienestar.

En esta línea, se abordará la respuesta institucional frente a la violencia de género y la perpetuación del riesgo de violencia vicaria. Se examinará la importancia del interés superior del menor como principio primordial en la toma de decisiones judiciales, y se analizarán aspectos relacionados con el régimen de visitas, la guarda y custodia compartida, la suspensión y privación de la patria

La violencia vicaria: menores como víctimas de violencia de género.

potestad como mecanismos legales de protección de los menores en situaciones de violencia de género.

Palabras clave: violencia de género, violencia vicaria, interés superior del menor, menores.



1.- INTRODUCCIÓN

La violencia de género y, en particular, la violencia vicaria, han adquirido gran relevancia como problemas sociales en la actualidad. En concreto, la lucha contra la discriminación de las mujeres y el reconocimiento de los menores como víctimas directas de esta violencia, dan origen a desafíos importantes.

Para comprender de manera precisa este problema, en el presente trabajo se delimitan los conceptos de violencia de género y violencia doméstica, destacando la distinción entre ambos. Es esencial comprender que cuando una mujer es víctima de violencia por el mero hecho de ser mujer, se trata de un caso de violencia de género. En cambio, la violencia doméstica la puede sufrir cualquier miembro del hogar, con independencia del sexo.

En este contexto, se abordará la violencia vicaria como una forma de violencia de género que está adquiriendo cada vez más fuerza en nuestra sociedad en los últimos años. Este tipo de violencia se manifiesta cuando el agresor utiliza a sus propios hijos como herramienta para controlar y manipular a sus madres, o como forma de venganza hacia ellas. Según el Ministerio de Igualdad, entre los años 2013 y 2023 fueron 49 los menores de edad asesinados por violencia de género. Estos datos demuestran la necesidad de abordar este problema de manera efectiva.

Los organismos internacionales y el Estado han reconocido la gravedad de la violencia de género, así como de la violencia vicaria, y han destacado la importancia de adoptar medidas para abordar la prevención y protección de los menores afectados. Estos esfuerzos han llevado a importantes compromisos, principalmente en la regulación de la violencia de género, con el objetivo de proteger la vida y la integridad de las víctimas.

Aunque en la normativa vigente se reconoce la vulnerabilidad de los menores en relación a la violencia de género, en el presente trabajo se tratarán algunas discrepancias existentes entre el marco legal vigente, la doctrina y su aplicación práctica para proteger a los menores, víctimas de esta violencia.

En esta línea, se examinarán los mecanismos de protección de carácter civil en el contexto de violencia de género, tales como el régimen de visitas, la guarda y custodia compartida, la suspensión y privación de la patria potestad. Para ello, se analizará el papel que ocupa el interés superior del menor en la toma de decisiones judiciales, la interpretación que realizan los tribunales sobre estas medidas, así como las aportaciones de la doctrina en la materia.

El propósito de este análisis es identificar algunas deficiencias en la toma de decisiones de la autoridad judicial para la implementación de las medidas de protección vigentes y, en base a ello, proponer recomendaciones para mejorar su efectividad.

2.- VIOLENCIA DE GÉNERO, VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA VICARIA. CONCEPTO.

2.1. Violencia de género

La violencia contra la mujer no es un fenómeno nuevo, en cambio su reconocimiento sí que es relativamente reciente.

Para conceptualizar la violencia de género, es preciso referirnos en primer término al significado de patriarcado, debido a que su estructura se basa en las diferencias y subordinaciones de género, que fueron construidas socialmente como resultado del ejercicio de dominación masculina, que por más que nos estemos esforzando en que desaparezca, sus efectos continúan en la sociedad y es el principal motivo por el que existen relaciones violentas sobre la mujer.

El patriarcado fue la primera estructura de dominación y subordinación de la historia, tratándose de un sistema duradero de desigualdad, que se caracterizó por existir una relación de poder directa de los hombres hacia las mujeres, en las que, al mismo tiempo, los hombres ejercían el control, uso, sumisión y opresión sobre las mujeres para satisfacer sus intereses. La posición de superioridad de los hombres y por ende el poder sobre las mujeres, es evidente, siendo ellos quienes dominan a las mujeres, y ellas las subordinadas. Ello es así, ya que en función del género son asignados unos papeles o roles en la sociedad, en virtud de los cuales el hombre adquiere cierto grado de

superioridad. Los mismos imponen unos deberes sobre las mujeres, creándose así unas expectativas de obediencia en la mujer, y en este caso, cuando no se cumplen tales expectativas, es cuando se originan las situaciones de violencia ejercida por el hombre sobre la mujer “rebelde”¹.

Por lo dicho podemos concluir que la violencia de género es uno de los efectos colaterales del sistema patriarcal y androcéntrico que “reinó” en la sociedad a lo largo de la historia.

En consecuencia, afirmando que la violencia contra las mujeres tiene su origen en la estructura de una sociedad patriarcal, cuyo concepto fue anteriormente delimitado, se procederá a definir el concepto de violencia de género.

En este sentido, podemos afirmar que el ejercicio de la violencia del hombre hacia la mujer lamentablemente no ha llegado a su fin, ya que, en la actualidad, a pesar de que no es posible conocer las cifras reales porque muchos casos no son denunciados², los datos existentes son preocupantes. Al respecto, según un análisis de datos realizado por la OMS, más de una cuarta parte de las mujeres de entre 15 y 49 años que tuvieron una relación de pareja han sufrido violencia, ya sea física o sexual, al menos una vez a lo largo de su vida. Además, señala que, a nivel mundial, hasta el 38% de los asesinatos de mujeres son cometidos por su pareja hombre³. Las cifras mencionadas anteriormente son una evidencia de la situación tan denigrante en la que viven las mujeres en la actualidad.

La violencia contra las mujeres es una de las violaciones de los derechos humanos más extendida en el mundo⁴. En la Declaración de las Naciones Unidas⁵, se dijo que "la violencia contra la mujer es el crimen encubierto más numeroso del mundo" porque por el mero hecho de serlo, es decir, por su condición de mujer, es víctima de una serie de delitos⁶. Tal y como lo hemos expuesto cuando nos referimos al sistema de patriarcado, existen situaciones de

¹ CAGIGAS ARRIAZU, A., “El patriarcado, como origen de la violencia doméstica”, Dialnet, 2000, págs. 307-318, (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=206323>)

² ZURITA, B., ¿Por qué las mujeres no denuncian la violencia de género? <https://asociacionportimujer.org/por-que-las-mujeres-no-denuncian-la-violencia-de-genero/#:~:text=Se%20siguen%20cuestionando%20las%20declaraciones,machistas%20de%200los%20mismos%20profesionales> (fecha de consulta: 20/04/2023)

³ Organización Mundial de la Salud. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women> (fecha de consulta: 20/04/2023)

⁴ ONU Mujeres, disponible en: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence> (Fecha de consulta: 25/04/2023)

⁵ En la conmemoración del Año Internacional de la Mujer en 1980

⁶ CAGIGAS ARRIAZU, A., “El patriarcado, como origen ...” Op. Cit., p. 308

desequilibrio de poder entre hombres y mujeres que desencadenan en actos de violencia en los que el agresor es el hombre, esas situaciones son las que denominamos violencia de género⁷.

En el ámbito jurídico, su concepto, las consecuencias de la violencia de género y las medidas para su prevención, se pretenden regular por primera vez en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG), teniendo en cuenta su reforma por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI), y para ello, define la violencia de género en su artículo 1: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Asimismo, cabe destacar que dicha violencia abarca, como lo señala el artículo 3 de la misma ley, los actos de violencia tanto físicos como psicológicos, “...incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” ello siempre y cuando el sujeto activo y pasivo se traten de las personas y en circunstancias establecidas en la Ley.

Tras delimitar su concepto, sobre la base del mismo se concluye que la violencia de género puede ser ejercida de diferentes formas, como son:

- Violencia física: acto de fuerza contra la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física.
- Violencia psicológica: puede tratarse de conductas verbales o no, que generen desvalorización o sufrimiento en la mujer: insultos, menosprecios, amenazas, faltas de respeto, exigir obediencia (por ejemplo, no permitirle a la mujer que trabaje), limitar el contacto con otras personas mediante el aislamiento, etc.⁸ En concreto, la SAP de Araba/Álava, del 4 de febrero de 2019, la define como “los malos tratos

⁷ FERNÁNDEZ FUSTES, M., COELLO PULIDO, Á., *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, (Coord. RODRÍGUEZ CALVO, M., VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 139

⁸ Información disponible en: <http://igualdade.xunta.gal/es/content/que-es-la-violencia-de-genero>

psíquicos en el contexto de la violencia de género son aquellos actos o conductas que producen "desvaloración" o sufrimiento en las mujeres. Pueden comprender tanto los insultos, menosprecios, amenazas, humillaciones, exigencias de obediencia, convencimientos a la víctima de que ella es la culpable de cualquier problema, como otras conductas de aislamiento..."⁹. Además, considero que dentro de éste tipo de violencia, encontramos también la violencia económica, que implica privar a la mujer de forma intencionada de disponer de los recursos de dicha naturaleza incluso para hacer frente a necesidades básicas, como es el bienestar psicológico y físico de la mujer y/o de sus hijos¹⁰.

- Violencia sexual: imposición de tener relaciones sexuales con la víctima a la fuerza, pudiendo ocasionar daños físicos y psicológicos.

Por otro lado, se puede observar con facilidad que existe un tratamiento diferenciado en el ámbito jurídico entre la violencia doméstica y la violencia de género. Sin embargo, el mismo se encuentra justificado porque se tiene en cuenta al sujeto pasivo, ya que son más reprochables los actos violentos en los que, además de que el móvil sea ostentar una posición de dominio sobre la víctima y agredirla física y/o psicológicamente para demostrarle su superioridad, sean dirigidos a la mujer por el mero hecho de serlo. En la LOMPIVG se encuentran reguladas unas medidas para la prevención y protección de las víctimas, redactadas con el fin de luchar contra este problema social, pudiendo referirnos al mismo como "un mal endémico y terriblemente arraigado en nuestra sociedad como el de la violencia de género"¹¹.

El hecho de que la violencia de género disponga de una regulación específica se debe al objetivo propuesto en la CE en conseguir la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, dando lugar a la distinción entre una etapa preconstitucional en la que existía una sumisión de la mujer al hombre y posteriormente, una etapa constitucional que fue un avance progresivo a la plena igualdad entre los

⁹ SAP de Araba/Álava 27/2019, de 4 de febrero de 2019

¹⁰ Disponible en: <http://igualdade.xunta.gal/es/content/que-es-la-violencia-de-genero>

¹¹ FUENTES SORIANO, O., "La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 2005, p. 11

hombres y las mujeres, siendo así posible detectar y proteger situaciones de violencia sobre la mujer¹². La CE consagró la plena igualdad sin discriminación por razón de sexo en su artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹³. A este respecto, se puede observar que el legislador demoró varios años en dar respuesta a la realidad social que nos referimos, la desigualdad en la sociedad entre hombres y mujeres, ya que recién con la entrada en vigor de la LOVG es cuando se trata de brindar una solución a esta lacra social que no encuentra su final hasta nuestros días.

Por ende, cabe afirmar que la violencia de género es una clara manifestación de desigualdad y subordinación de las mujeres respecto de los hombres, por el mero hecho de su condición de mujer. El sujeto activo es una persona con la que la mujer mantiene o haya tenido una relación de afectividad, siendo el móvil del agresor generarle un daño de manera continuada en el tiempo¹⁴.

Considero relevante destacar la gran importancia de los convenios internacionales, ya que brinda a los Estados un concepto común en el ámbito de la violencia de género, y a su vez, generan obligaciones y recomendaciones a los Estados siendo preciso que desarrollen medidas legislativas, políticas, económicas e institucionales para llevarlas a cabo, además las actuaciones de los Estados son objeto de control por sus propios mecanismos. De esta manera, con el fin de delimitar el concepto de violencia de género, se anotarán a continuación algunos instrumentos internacionales y comunitarios.

En el marco de las Naciones Unidas, nació un instrumento internacional con gran relevancia para los derechos de la mujer, como es el CEDAW¹⁵, con el objetivo de eliminar la discriminación contra la mujer, obligando a los Estados a llevar a cabo una política encaminada a ello, tal y como lo establece en su artículo 5, y definiendo dicha discriminación, en su artículo 1 como: “...toda distinción,

¹² FERNÁNDEZ FUSTES, M., COELLO PULIDO, Á., *La violencia contra la mujer...* Op. Cit. p.141

¹³ FERNÁNDEZ FUSTES, M., COELLO PULIDO, Á., *La violencia contra la mujer...* Op. Cit. p.142

¹⁴ INSTITUTO DE LAS MUJERES “Definición de violencia de género”. Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf (consultado 26/03/2023)

¹⁵ Comité sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> (consultado el 25/02/2023)

exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”¹⁶. En este sentido, en su Recomendación General núm. 35, sobre la violencia por razón de género contra la mujer, se actualiza la RG núm. 19, incluyendo en la definición del artículo 1 que “la violencia por razón de género” es “violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, por lo tanto, la violencia ejercida sobre la mujer constituye una violación de sus derechos humanos, dejando así de ser un asunto de ámbito privado a englobarse en los asuntos de los derechos humanos.

De este modo, la CEDAW nos brinda un concepto común de la violencia de género, que es utilizado por todos los Estados ya que no existía un consenso respecto al mismo. También, como mencionamos en su presentación, establece obligaciones y recomendaciones para los Estados con el objetivo de cumplir con sus compromisos, y señala en su artículo 5 que los Estados deben tomar medidas para modificar los patrones socioculturales y las actitudes que propician la discriminación y la violencia.

Por su parte, la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la Mujer, adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, se trata de un instrumento que no tiene carácter vinculante, pero que también consigue que la violencia contra las mujeres se considere una grave vulneración de sus derechos humanos y que, por ende, sea un asunto en el que las autoridades estatales tengan que encargarse de brindar soluciones de prevención, protección y castigo, para así luchar contra esa desigualdad latente en la sociedad. Dicha Declaración define a la “violencia contra la mujer” como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

¹⁶ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

Cabe apreciar la estrecha relación existente entre ambos instrumentos jurídicos internacionales, tanto la CEDAW como la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la Mujer, al considerar que la violencia de género es una forma de discriminación contra las mujeres.

En conclusión, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer se centra específicamente en la violencia de género y sus diferentes formas, mientras que la CEDAW establece un marco más amplio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incluida contra la violencia de género. Siendo, por tanto, ambos instrumentos importantes para prevenir la violencia contra las mujeres y promover la igualdad de género en todo el mundo. En el ámbito de la Unión Europea, también es de relevancia referirnos al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica¹⁷, primer instrumento internacional de carácter vinculante en el ámbito Europeo que reconoce de forma explícita la vinculación de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica con los derechos humanos¹⁸, ya que admite una “profunda preocupación” de que las mujeres y niñas se vean expuestas con frecuencia a diferentes tipos de violencia, como son “la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del honor y las mutilaciones genitales” reconociendo que “constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas”. Además, dicho Convenio tiene como objetivo principal lograr la igualdad real entre hombres y mujeres.

Por su parte, el Consejo de Europa afirma que este Convenio considera que todo tipo de violencia contra la mujer es una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación, por lo que se deben de adoptar una protección legislativa sólida y normas que regulen este comportamiento¹⁹. El mismo a su vez, se comporta de ámbitos de aplicación de modo objetivo, que se concreta en la aplicación a todas las formas de violencia contra las mujeres; y de modo

¹⁷ Firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011.

¹⁸ LOUSADA AROCHENA, J., “El convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2014, págs. 6-15, (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5496270>)

¹⁹ ABRIL STOFFELS, R., “El Convenio de Estambul y sus efectos sobre la calificación jurídica de los casos de la “manada”, *Producción Científica UCH*, 2020, p. 149, (Disponible en: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13862/1/Convenio_Abril_2020.pdf)

subjetivo, en el sentido de que se concretan las obligaciones a cumplir por los Estados para alcanzar los objetivos del Convenio, además del compromiso de los Estados de abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres y a establecer medidas necesarias para así actuar con la debida diligencia con ocasión de prevenir, investigar, castigar y conceder la indemnización correspondiente por actos cometidos por los particulares en concepto de violencia contra las mujeres. Es evidente que en el Convenio se parte de dar por hecho que la violencia contra la mujer es una consecuencia del histórico desequilibrio existente entre el hombre y la mujer, con una situación de subordinación de la mujer.

En definitiva, el Convenio considera que la “violencia contra las mujeres” constituye una violación de los derechos humanos ya que la misma conforma una discriminación hacia las mismas, abarcando “todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”²⁰. Al mismo tiempo, recoge el significado del término “género”, que parte de la existencia de atribuciones que fueron construidas dentro de una sociedad, y que las mismas, con clasificadas como propias de hombres o de mujeres²¹. En cuanto al concepto de “violencia contra las mujeres por razones de género” el Convenio la entiende como la violencia que se ejerce contra la mujer por el mero hecho de serlo, con independencia de su edad. De este modo, se trata de una violación de los derechos humanos de las mujeres por pertenecer a un colectivo que tiene asignado un rol en la sociedad, es decir, es víctima de diversos actos de violencia como consecuencia de ser discriminada por la única razón de ser mujer.

A partir del Convenio de Estambul y, por ende, de tales conceptos recogidos en el mismo, en el año 2015 se produjo una modificación del CP²² que se concretó en la introducción de la agravante por la comisión del delito por razones de

²⁰ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.” Estambul 2011, artículo 3 letra a).

²¹ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Estambul 2011, artículo 3 letra c).

²² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

género en el artículo 22. 4ª del Código Penal. En el preámbulo de dicha ley se razona que el motivo de la agravante es porque entiende el concepto de género por su desarrollo en el Convenio de Estambul, que, en definitiva, son los roles o comportamientos que ocupa o debe de ejercer la mujer en la sociedad respecto del hombre siendo, por tanto, el fundamento de los actos discriminatorios frente a la mujer²³. El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la agravante, apoyando el criterio adoptado por la AP de Segovia respecto al mismo asunto²⁴, y entiende que debe aplicarse la agravante por razón de género al tratarse de la comisión de un delito por discriminación, motivado en que fue cometido por una posición de dominación por parte del hombre. Constituyendo esta decisión una forma de protección integral de la mujer víctima ante cualquier acto delictivo motivado por razones de género. Por ello, no solo procede en los casos expresamente contemplados, sino que se aplica en todos aquellos en los que se llevan a cabo agresiones físicas y/o psíquicas con la intención de dominar a la mujer por parte del hombre, ya que el hombre se considera un ser superior en el ámbito de la pareja, vulnerando así el derecho a la igualdad de la mujer, entre otros. A su vez, el TS afirma que es de obligatoria aplicación la circunstancia agravante por razón de género cuando el hecho se hubiera cometido contra una mujer por el mero hecho de serlo, señalando que su justificación es que existe un mayor desvalor cuando el agresor comete los hechos con la motivación de sentirse así en una posición superior a la mujer²⁵. Señala esta sentencia que “se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género”. Admitiendo por tanto que la agresión a

²³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, BOE núm. 77, Preámbulo XXII, que establece: “...se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.”

²⁴ En concreto en su sentencia 420/2018 de 25 de septiembre de 2018.

²⁵ STS 3757/2018, del 19 de noviembre.

la víctima por razón de discriminación hacia la mujer por razón de sexo, puede ser ejercida fuera del ámbito de la pareja²⁶.

Por otro lado, es necesario puntualizar que dicha agravante del art. 22.4^a CP no es aplicable para todos los casos en los que exista o haya existido una relación conyugal o análoga a la de afectividad²⁷.

En conclusión, no es aplicable esta agravante en todos los supuestos en los que la víctima del delito haya mantenido o mantenga una relación sentimental con el agresor, ni es preciso que la violencia sea ejercida en el ámbito de la pareja, ya que lo que determina la aplicación de la agravante del art. 22.4^a del Código Penal, como se ha dicho, es el móvil del autor de sentirse superior a la víctima y en consecuencia, lograr que la misma se sienta inferior a él, por el mero hecho de ser mujer.

Una vez definido qué es la violencia de género y cuáles son los esquemas estructurales sobre los que se asienta, es fundamental tener presente para una delimitación clara del concepto, que los términos “género” y “sexo” hacen referencia a dos realidades distintas. Si nos referimos al término “violencia de género”, la palabra “género” proviene del inglés “gender”, que quiere decir “sexo”. Sin embargo, el género además de ser un término gramatical, también se trata de un instrumento intelectual utilizado para analizar la realidad. De este modo, mientras que el “género”, es referido a la desigualdad histórica que existe entre ambos sexos, que tiene su origen en la estructura familiar dentro de una sociedad patriarcal²⁸, el “sexo” es la manifestación de diferencias biológicas entre hombre y mujer. Esta diferencia ha sido reconocida por el TC, que señala que para justificar la constitucionalidad del art. 153.1 CP, no es el sexo lo que considera el legislador para establecer dicha agravante, sino que es el desvalor que tienen los actos lesivos ya que tienen su origen en la “manifestación de una grave y arraigada desigualdad”, por ende, la respuesta punitiva del Estado ante

²⁶ STS 3757/2018, del 19 de noviembre de 2018

²⁷ SAP Madrid 14011/2017, del 1 de diciembre de 2017, que expresa lo siguiente: *“La citada agravante, según criterio doctrinal, debe tratarse con prudencia por cuanto no todo delito en el que la víctima sea la esposa, o mujer unida al autor por una relación análoga a la matrimonial, puede llevar objetivamente a su aplicación, dado que la mayor culpabilidad trae causa de la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa su acción delictiva, siendo, por ello necesario, que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito”*.

²⁸ D'ARGEMIR CENDRA, M., *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, (Coord. GÓMEZ COLOMER J.), Universitat Jaume I, 2007, p. 42 (Disponible en: https://www.e-buc.com/portades/9788480217668_L33_23.pdf)

estos hechos no se encuentra fundada en razones de sexo o en las diferencias biológicas entre el sujeto activo o de la víctima, sino que la sanción está justificada en la consideración de que los actos lesivos fueron constitutivos de una manifestación de una histórica desigualdad entre ambos sexos²⁹.

Sin embargo, hay que destacar que el artículo 153.1 CP establece la misma pena cuando el destinatario de la agresión se trate de una mujer con la que tenga o haya tenido una relación afectiva aún sin convivencia, o se trate de una persona especialmente vulnerable pero que la misma conviva con el autor, en este sentido, existe una equiparación punitiva entre hombre o mujer víctima. A este respecto, mencionar que es evidente que se busca proteger a los colectivos más vulnerables, siendo irrelevante su sexo. Asimismo, se considera que los hechos son más graves y por ende tienen mayor carga punitiva, cuando van dirigidos a estos colectivos, ya que son ejercidos como manifestación de querer “demostrar” una posición de poder o superioridad del autor frente a sus víctimas y, en consecuencia, la evidente posición de subordinación de éstas.

A pesar de lo señalado con anterioridad, la violencia contra la mujer continúa presente en la sociedad. Sin embargo, se está generando un cambio de mentalidad en cuanto al papel que ocupa la mujer en la misma, de modo que se están dejando de normalizar comportamientos del hombre dirigidos hacia la mujer, pasando de ser situaciones “sin importancia” o residuales, a ser tratados como un problema social en el que debe de intervenir el Estado para su prevención, protección y responder de forma adecuada ante estas situaciones.

2.2. Violencia doméstica.

La violencia doméstica o intrafamiliar consiste en acciones u omisiones dirigidas a uno o más miembros del entorno familiar o de convivencia, generando así un impacto negativo en el desarrollo físico, psicológico o sexual de la persona afectada, ello siempre que dicha acción u omisión esté tipificada en el CP vigente, que determina las circunstancias que tienen que ocurrir de forma conjunta para que sea calificado como tal y los miembros de la familia que ocupan la posición de sujeto activo o pasivo³⁰.

²⁹ STC 59/2008, de 14 de mayo, en el apartado C) del Fundamento Jurídico 9

³⁰ FERNÁNDEZ FUSTES, M., COELLO PULIDO, Á., “*La violencia contra la mujer...*”, Op. Cit., p.140

En cuanto al sexo del sujeto activo o pasivo, es indiferente, porque dentro de este concepto, se encuentran las diferentes formas de maltrato infantil, de pareja y la violencia filio-parental³¹. Sin embargo, “debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que -en términos generales- la violencia doméstica podría ser igualmente padecida por cualquier otro miembro integrante del núcleo familiar o afectivo, no resulta éste, sin embargo, el problema que verdaderamente desborda al Estado. El problema que, por su presencia incontrolada y consecuencias sociales está dejando un poso cultural enquistado ya en lo más profundo de los ejes estructurales de nuestra sociedad, es el de la violencia doméstica padecida por la mujer. Éste es el problema que se ha revelado como un elemento insoportable por más tiempo y es aquel al que el Estado, sin más demora, tiene que enfrentarse. El problema no es, pues, “la violencia doméstica” sino la violencia de género manifestada, fundamentalmente, en el ámbito doméstico”³².

A lo largo de la historia, la violencia era ejercida en las familias y estaba totalmente normalizada, era la forma de mantener el poder y controlar a las personas que ocupan una posición de dependencia. Además de que “el hecho de llevarse a cabo dentro de una institución cerrada como es la familia, facilita que este tipo de violencia sea repetida y prolongada en el tiempo, pasando oculta a terceros”³³.

Por su parte, Asociación Americana de Psicología, define la violencia o el maltrato doméstico como “un patrón de conductas abusivas que incluye un amplio rango de maltrato físico, sexual y psicológico, usado por una persona en una relación íntima contra otra, para ganar poder o para mantener el abuso de poder, control y autoridad sobre esa persona”³⁴.

Teniendo presente los caracteres definidos en el epígrafe correspondiente a la violencia de género y los que concurren en la violencia doméstica descrita en las

³¹ PEREIRA, R., “Propuesta de definición de violencia filio-parental: consenso de la sociedad española para el estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP)”, Papeles del Psicólogo / Psychologist Papers, 2017. Vol. 38(3), pp. 216-223 (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6153122>)

³² FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la Ley...” Op. Cit. p. 5

³³ En este sentido vid AGUSTINA, J.R., *Violencia intrafamiliar: raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, EDISOFER, Madrid, 2010, p.81.

³⁴ WALKER, L., “Psychology and Domestic Violence around the World”, American Psychologist PsycARTICLES, 1999, p.21 (Disponible en: <https://www.ugr.es/~prodopsi/sitioarchivos/Archivos/Walker%201999.pdf>)

líneas anteriores, es preciso terminar de concretar los puntos en los que ambos conceptos parecen ser similares, pero que, tras su estudio, es posible ver que ello no es así, por lo tanto:

- La **violencia doméstica o intrafamiliar** es la que se produce entre miembros del núcleo familiar y/o de convivencia, pudiendo ser sujetos activos y pasivos tanto hombres como mujeres. Su referente jurídico se encuentra en el art. 173.2 CP, exceptuadas las personas ofendidas a las que se refiere el apartado 1 del su artículo 153.
- La **violencia de género** por su parte, es la violencia ejercida por hombres frente a mujeres por el mero hecho de serlo, ello es una manifestación de posición de poder desigual a lo largo de la historia y, por ende, de discriminación hacia la mujer.

Más frecuentemente se da en el ámbito de la convivencia o relación familiar, especialmente dentro de la relación de pareja o ex pareja. Por ello, este tipo de violencia tiene en común con la violencia doméstica más que nada el ámbito en el que se suele manifestar³⁵.

Así podríamos identificar la violencia doméstica, que es la que puede afectarle a los menores, hombres o ancianos de la familia (aunque con mayor frecuencia se vean afectadas las mujeres) como "...el maltrato producido en el ámbito de una relación familiar, consistente en agresión física (golpes, palizas) o coacción intensa (agresión verbal, maltrato psicológico, contacto sexual no deseado, vejaciones, amenazas, destrucción de la propiedad, control del dinero) hacia la persona, normalmente, del conyugue o de la persona que mantenga igual relación de afectividad y/o de los hijos, que provoca una situación de estrés y de miedo hacia el maltratador, la cual es aprovechada por él para mantener su estatus de poder y de privilegio dentro de ese entorno"³⁶. Sin embargo, cuando son víctimas las mujeres, recibe el nombre de violencia de género. Ello sucede porque el hombre tuvo una posición de poder a lo largo de la historia, a través

³⁵ Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género. Consejo General del Poder Judicial. (Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Guia_de_criterios_de_actuacion_judicial_frente_a_la_violencia_de_genero (consultado 28/03/2023) p. 16-21

³⁶ CEREZO GARCÍA-VERDUGO, P., "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, 2004, págs. 371-381 (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1103586>)

de la cual ejerce un dominio sobre la mujer, pasando a ser parte de la cultura en la sociedad, ya que “se crearon roles sociales asignados en función del sexo, potenciando un reparto desigual de actividades productivas”, y es por ello que se “permitió” a lo largo de tantos años que el ejercicio de este tipo de violencia se vea normalizado en la sociedad y no se le diera la voz que actualmente está teniendo y que fruto de ello podamos ser conscientes de que no debemos permitir que esto ocurra y por ende, las autoridades estatales tomen acción frente a la misma³⁷.

Podemos concluir que, de conformidad con lo que establece la propia Ley Integral, “la diferencia entre ambos tipos de violencia no radica en el acto de violencia en sí mismo considerado sino en las figuras de agresor y de víctima. De este modo, la víctima será una mujer y el agresor quien es o ha sido su cónyuge o quien esté o haya estado ligado a ella por relación similar de afectividad, aún sin convivencia (art. 1.1 LOMPIVG)”³⁸.

2.3. Violencia vicaria.

La definición de violencia de género fue evolucionando con el transcurso de los años, incorporando la idea de que el daño a la mujer también puede generarse ejerciendo violencia física y/o psíquica a través de sus hijos. En primer lugar, decir que “vicario” se considera como un adjetivo, siendo aquello que representa el lugar de otra persona o cosa³⁹. Sin embargo, la doctrina ha entendido el que la “violencia vicaria” se trata de una violencia secundaria a la víctima principal, que es la mujer, ejerciendo la violencia sobre sus hijos/hijas, personas de gran importancia para ella, con el objetivo de continuar el maltrato y la violencia sobre la mujer, siendo por tanto, “aquella violencia contra la madre que se ejerce sobre las hijas e hijos con la intención de dañarla por interpósita persona”, ello con “el objetivo final de dañar a la mujer, golpearla donde más duele”⁴⁰.

³⁷ D'ARGEMIR CENDRA, M., “*Tutela procesal frente...*” *Op. Cit.*, p. 41

³⁸ FERNÁNDEZ FUSTES, M., COELLO PULIDO, Á., “*La violencia contra la mujer...*” *Op. Cit.*, p. 143

³⁹ En el diccionario de la Real Academia Española, el término “vicario” lo define como el “Que tiene las veces, poder y facultades de otra persona o la sustituye”.

⁴⁰ VACCARO, S. “Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema. Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres”, Asociación de Mujeres Psicología Feminista, 2021 p.10-11 (Disponible en: http://www.psicofeminista.com/wp-content/uploads/2022/04/AMPF-Informe_V_Vicaria-DIGITAL.pdf)

En este sentido, considero que es preciso hacer un matiz, ya que cualquier violencia sobre una persona u objeto interpuesto es violencia vicaria, de modo que dicha violencia no sólo es ejercida sobre los hijos para hacer daño a la mujer, sino que pueden ser víctimas de la misma otros sujetos⁴¹. Lo que ocurre es que la realidad nos demuestra que por lo general la violencia vicaria es ejercida contra las mujeres, siendo en estos supuestos, la mujer la que ocupa la posición de víctima principal, a la que se quiere dañar a través de terceros, por interpósita persona. Ello puede ocurrir en casos en los que el agresor ya no tiene control sobre la mujer, como sucede por ejemplo, cuando ya se plantea la ruptura de la pareja o cesa la convivencia conyugal, y por lo general, los menores quedan bajo la custodia paterna o compartida. Es en esos supuestos, cuando posteriormente se ejerce la violencia vicaria, en los casos en los que el 79% de los menores convivían con el padre y un 16% se encontraban bajo el régimen de custodia compartida. El 5% restante se trata de mayores de edad y/o independizados. Es por ello que, en esos momentos, cuando el agresor no tiene el control directo sobre la mujer, dañando a sus hijos/hijas es la forma de asegurarse el daño a la misma⁴². Otro ejemplo, es cuando el agresor aprovecha los momentos de recogida y/o retorno de los menores para llevar a cabo agresiones físicas, amenazas, vejaciones y demás, delante de los menores, siendo éste el único momento que el agresor tiene para acercarse a la mujer⁴³.

En el ámbito estatal, la Macroencuesta de violencia contra la mujer del año 2019, revela que 265.860 menores se encuentran viviendo en hogares en los que la mujer sufre violencia física o sexual de alguna pareja. Considerando las mujeres que sufrieron violencia física, sexual, emocional o miedo de alguna pareja y que

⁴¹ LORENTE ACOSTA, M., "El agresor en la violencia de género. Consideraciones sobre su conducta y estrategias." (Disponible en: https://www.elsindic.com/documentos/370_miguel%20lorente.ponencia.pdf p.5 (consultado: 28/03/2023))

En este sentido se ha manifestado LORENTE ACOSTA: "Se trata de una violencia extendida, es decir, que no se limita a la mujer, sino que cualquier persona de su entorno próximo que el agresor perciba o considere que la está ayudando o apoyando, puede ser víctima de sus agresiones. Bajo estos argumentos se producen frecuentes agresiones a familiares de la mujer y, sobre todo, a las personas con las que intentan iniciar una nueva relación. Pero donde debemos prestar especial atención es a las agresiones que se llevan a cabo sobre los hijos".

⁴² VACCARO S. "Estudio sobre el análisis..." p.10-11

⁴³ CAMPS DUTREM E., "Un gran reto de la prueba en violencia vicaria: indicadores para su detección" en *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial* (Coord. CERRATO GURI E.) La Ley, Madrid, 1ª edición, 2022, p. 259-261

en el momento que sufrieron este tipo de violencia, tenían hijos/hijas que presenciaron o escucharon esos episodios, y en el 89,6% de los casos, los hijos/as eran menores de edad, de los cuales el 51,7% de los casos, los hijos/hijas sufrieron ellos mismos violencia a manos de la pareja violenta⁴⁴.

De este modo, teniendo conocimiento de lo que viven los menores de edad expuestos a la violencia de género ejercida sobre las mujeres, se puede comprender el impacto que tiene de forma negativa sobre su bienestar y desarrollo, y por ello se trata de menores que son víctimas de dicha violencia. En este sentido, se debe lograr que se otorgue una respuesta adecuada por parte de las Administraciones y en concreto por la Administración de Justicia.

En referencia a los datos estadísticos, el 98,4% de las mujeres entrevistadas afirma que el agresor o agresores fueron exclusivamente hombres. El número de casos de agresoras mujeres en la muestra es demasiado pequeño para hacer inferencia estadística y puede considerarse nulo. De aquí la importancia de proteger especialmente a las mujeres y menores de edad. Además, nos revela que el 99,6% de las agresiones sexuales que se dan en la pareja y fuera de la pareja, son hombres. De estas últimas, el 60,6% afirma que sus hijos e hijas presenciaron o escucharon los episodios de violencia⁴⁵.

En el año 2022 fueron 49 las mujeres víctimas mortales de violencia de género⁴⁶ y 8 en el presente año 2023⁴⁷. En relación a las víctimas mortales

⁴⁴Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad), 2019 (disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> (Fecha de consulta: 28/02/2023), p. 98

⁴⁵ Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad), 2019 (disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> (Fecha de consulta: 28/02/2023), p. 158

⁴⁶ Estadística de mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o exparejas. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2022. (disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamujeres/> (Fecha de consulta: 28/02/2023)

⁴⁷ Estadística de mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o exparejas. Datos provisionales. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2023 (disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamujeres/> (Fecha de consulta: 28/02/2023)

menores de edad, en el año 2022 fueron 2⁴⁸, casos en los que en uno había convivencia y en el otro no. Mientras que en el año en curso nos encontramos ante un caso⁴⁹.

Para hacer frente a este problema presente en nuestra sociedad, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la LOPIVI⁵⁰, que asume con rigor los tratados y convenios internacionales, es decir, teniendo en cuenta también que la violencia sufrida por los menores tiene su protección en el Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 2011), por el nivel de maltrato psicológico que se sufre por la víctima, y también en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como lo estipula su artículo 19, por el que los Estados parte tienen la obligación de “adoptar todas las medidas para proteger a los niños y a las niñas contra cualquier forma de perjuicio, abuso o maltrato”, entre otros. Además, a nivel europeo se llega a la conclusión de que es realmente necesario abordar una estrategia comunitaria frente a la violencia de género teniendo en cuenta la estadística obtenida en el informe realizado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), que, tras la encuesta llevada a cabo en los 28 países de la UE, concluye que el 30 % de las mujeres que han sido víctimas de abusos sexuales por parte de una pareja o expareja, también experimentaron violencia sexual en la infancia, y que el 73 % de las madres que han sido víctimas de violencia física o sexual por parte de su pareja aseguran que al menos uno de sus hijos ha sido consciente de esa violencia⁵¹. Por lo anterior, dicha ley también incorpora al derecho interno aportaciones realizadas por la Directiva 2011/93/UE de 13

⁴⁸ Estadística de menores víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre en España. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2022 (disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamenores/home.htm>; (Fecha de consulta: 28/02/2023)

⁴⁹ Estadística de menores víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre en España. Datos provisionales. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2023 (disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamenores/home.htm>; (Fecha de consulta: 28/02/2023)

⁵⁰ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de la protección a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia

⁵¹ Informe de la FRA, “Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE”, de 3 de marzo de 2014, p. 14 (Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf) (fecha de consulta: 20/04/2023)

de diciembre de 2011⁵².

A tenor de la misma, se lleva a cabo la reforma del artículo 1 de la LOVG, para mencionar que, dentro de la violencia de género definida en el cuerpo de dicha ley, se contempla la posibilidad de que se ejerza la violencia sobre los menores de edad o sus familiares allegados con el fin último de causarle daño a la mujer, en un contexto de violencia de género y específico de violencia vicaria, ejercida por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia⁵³.

Es evidente que la LOPIVI, con su carácter integral, tiene el propósito de asegurar y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como de garantizarles el derecho a ser oídos y escuchados en el ámbito de la administración de justicia y otros objetivos. Para ello, integra una diversidad de medidas legislativas, entre las que se incluye la protección del interés superior del menor que convive en entornos en los que está presente la violencia de género. Al respecto, considero que tales medidas son de gran importancia y que deben desarrollarse con mayor detenimiento a lo largo del presente trabajo. Pero podemos adelantar que los y las menores de edad se ven beneficiados de un mayor ámbito de protección si se dan las circunstancias previstas en la citada ley. Siendo de gran ayuda para ello que se haya dado visibilidad a la violencia vicaria o “violencia por interpósita persona”, que fue objeto de compromiso en el Pacto de Estado contra la violencia de género, y es considerada como “el daño más extremo que puede hacer el maltratador hacia una mujer: dañar y/o asesinar a los hijos/as”⁵⁴.

⁵² Véase los artículos 3, apartados 2 a 4, 6 y 9, párrafos a), b) y g) de la Directiva 2011/93/UE de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

⁵³ En ese sentido la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género, en su art. 1.4, cuando señala: “*La violencia de género a la que se refiere esta ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero*”

⁵⁴ Cuando extienden los medios de apoyo, derechos y medidas que correspondan “... a quienes hayan padecido la violencia vicaria o violencia por interpósita persona.” esta información puede consultarse en el “Documento refundido de medidas del pacto de estado en materia de violencia de género. congreso + senado. 13 de mayo de 2019”, Ministerio de la presidencia, Relaciones con las Cortes e igualdad, (Disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/>)

3.- EL MENOR COMO VÍCTIMA DIRECTA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Es de importancia, para la aplicación correcta de la LOMPIVG, tomar en consideración no solo las normas estatales, sino también las comunitarias y las dictadas por organismos internacionales, tal y como lo expresa la propia ley en su Exposición de Motivos⁵⁵.

En el ámbito internacional, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer⁵⁶, pone en segundo plano a los menores de edad expuestos a la violencia de género, tal afirmación es deducida del texto legal, al señalar que se les brindará asistencia, servicios e instalaciones y demás medidas que se consideren adecuadas para proporcionarles seguridad, así como rehabilitación física y psicológica “cuando corresponda”, de este modo, es evidente que no se les está considerando víctimas, siendo como principal objetivo la protección de sus madres.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, tampoco sitúa a los menores expuestos como víctimas de violencia de género, sino que se refiere a menores en situación de vulnerabilidad potencial por ser testigos de actos de violencia doméstica⁵⁷.

⁵⁵ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su Exposición de Motivos apartado II, que señala: “*La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres*”.

⁵⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer de 1993. Que señala: “*Esforzarse por garantizar, en la mayor medida posible a la luz de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica.*” Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286> (fecha de consulta 23/04/2023)

⁵⁷ Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas, en concreto con su observación general nº13 (2011) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia de género, cuando en su apartado 27 letra g) señala que son “*Niños en situación de vulnerabilidad. (...) los que ya han sufrido violencias; los que son víctimas y testigos de actos de violencia en el hogar y en las comunidades*”. (Disponible en <https://bienestaryproteccioninfantil.es/observacion-general-no-13-2011-del-comite-de-los-derechos-del-nino-derecho-del-nino-a-no-ser-objeto-de-ninguna-forma-de-violencia-crc-c-gc-13/>) (fecha de consulta: 22/04/2023)

No será hasta el año 2014, cuando por fin la CEDAW⁵⁸ recomienda al Estado español que tome las medidas adecuadas relativas a los derechos de custodia y visita a los hijos tras la existencia de antecedentes de violencia doméstica, para evitar así la puesta en peligro de los menores víctima de violencia de género⁵⁹. En este sentido, la CEDAW sostuvo que “Los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño”, logrando así dar visibilidad a los supuestos en los que los niños y niñas sirven de instrumento para perpetuar la violencia de género⁶⁰.

A nivel comunitario, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución sobre “Una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra la mujer”, que considera que la violencia de género que se vive en los hogares y en la sociedad en general, da lugar a la perpetuación de generación en generación de esas agresiones, ocasionando efectos perjudiciales en el desarrollo psicológico de los menores. En consecuencia, teniendo en cuenta que violencia contra las mujeres tiene efectos perjudiciales y duraderos en la salud mental de los menores, esta resolución instó a los Estados miembros a elaborar un texto jurídico que tenga por objeto proteger a las víctimas de violencia de género de forma específica en

⁵⁸ El Comité sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1981. Lleva a cabo la redacción la Recomendación general núm. 35, sobre la violencia por razón de género contra la mujer, respondiendo de este modo a la Comunicación nº47/2012 del 16 de julio de 2014.

⁵⁹ Comunicación núm. 47/2012. Entre otras recomendaciones, tales como: ii)Reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica; iii)Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm. 19. (Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhslEELoUVuU1rtqrRBladIK2rtkwI0P%2BIHPP1JBjnI1ZoADsBZv89NuU0iAp%2Bmg%2BiLCbpxjpugoayCgYD2pL9f35JJ7Hhe6P68qD8U%2FizHsl5%2B4VjB4zp63ZP9vE%2FPiGn1A%3D%3D>)

⁶⁰ Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En concreto en su apartado 31 a. ii). (Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-35-gender-based-violence>)

el CP, insistiendo a los Estados miembros en la importancia de que conozcan el impacto de esta violencia en los menores, así como la relación que existe entre la violencia contra las mujeres y la violencia contra los niños⁶¹.

Finalmente cabe mencionar que, el reconocimiento en la CEDAW de los efectos de la violencia de género en los menores se ve reflejado años más tarde en el Convenio de Estambul⁶².

En el ámbito estatal, en los últimos años ha habido una evolución en cuanto a la consideración de la posición que ocupan los menores cuando sus madres son víctimas de violencia de género, siempre con el objetivo de proporcionarles la protección adecuada.

Hasta 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 (en adelante, LOMPI), se hacía referencia a los menores como “testigos” de violencia de género, de modo que no se consideraba la situación vivida por los menores en sus hogares y, en consecuencia, no se tenía en cuenta el impacto en la salud y desarrollo psicológico de los mismos⁶³. Tras la reforma del 2015, que abordaremos a lo largo de este epígrafe, se hace referencia los menores como personas “expuestas”⁶⁴, considerándolos un colectivo vulnerable que puede verse perjudicado o dañado por la situación que viven en el hogar en el que se llevaron a cabo los actos violentos, o que continúan viviendo esas situaciones

⁶¹ Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres, Letra Z, apartado 5 (Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51997IP0250:ES:HTML> (fecha de consulta: 20/04/2023))

⁶² Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 2011, que sostiene en su artículo 13 en referencia a la sensibilización: “...para incrementar la concienciación y la comprensión por el público en general de las distintas manifestaciones de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio y sus consecuencias en los menores, y de la necesidad de prevenirlas”.

⁶³ SAP Murcia 2728/2014, de 10 de noviembre de 2014, cuando se refiere a la hija en común de la víctima y el acusado como “*la testigo menor Marta*”, sentencia en la que no se realiza pronunciamiento alguno relativo a las medidas a adoptar para garantizar la protección de la menor ni siquiera a los efectos que genera en su persona haber presenciado actos violentos entre sus progenitores.

⁶⁴ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, cuando señala que: “*La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma*”

de maltrato tras la separación de sus progenitores, por ejemplo, tras una “interacción abusiva durante el régimen de visitas o la manipulación”⁶⁵.

Sin embargo, a pesar de la evolución expuesta, legislativamente la LOMPIVG en un principio, no contemplaba a los menores como víctimas de violencia de género⁶⁶. En consecuencia, las reformas del año 2015 fueron motivadas por diversos acontecimientos sociales. Entre los mismos se destaca la campaña llevada a cabo por el Ministerio de Sanidad, Política, Social e Igualdad en colaboración con Save the Children⁶⁷, con el objetivo de que la sociedad conozca los efectos que tiene la exposición de los menores a la violencia de género. Posteriormente, también fue de gran influencia en dichas reformas, un caso de que originó la condena a España por el Comité de Naciones Unidas⁶⁸ como consecuencia del asesinato de una menor en manos de su padre, a pesar de reiteradas denuncias de su madre en juzgados y comisarías solicitando su protección.

Es pues, en el año 2015 cuando finalmente se llevan a cabo reformas legislativas de gran relevancia. En primer lugar, la LEVD otorga mayor protección a los menores al integrarlos como beneficiarios del derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo⁶⁹. Dicha ley, a su vez, distingue entre víctima directa y víctima indirecta⁷⁰, pero se puede deducir que al introducir una especificación que señala que los menores también tendrán acceso a dicha protección, es evidente que no los está considerando como víctimas directas. Sin embargo, en este texto legal se define como víctima directa a toda persona que haya sufrido un daño o perjuicio sobre sí mismo, sobre todo de carácter físico o psíquico,

⁶⁵ REYES CANO, P., “Puntos clave en la atención a hijos e hijas víctimas de violencia de género”, Lúa Ediciones 3.0, 2022. p. 25-33 (Disponible en: https://www.aepap.org/sites/default/files/25-34_puntos_clave_libro_18_congreso_aepap_2022.pdf)

⁶⁶ LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género, artículo 1.2, antes de la reforma por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, establecía: “2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas”.

⁶⁷ SAVE THE CHILDREN., “En la violencia de género no hay una sola víctima”, 2011, (Disponible en: <https://www.savethechildren.es/publicaciones/en-la-violencia-de-genero-no-hay-una-sola-victima>) (Fecha de consulta: 24/04/2023)

⁶⁸ Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, comunicación núm. 47/2012, del 16 de julio de 2014.

⁶⁹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su artículo 10, que sostiene: “Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas de violencia de género, de violencia sexual, 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”

⁷⁰ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su artículo 2.

definición que debería comprender a los menores que sufren estos efectos por la mera presencia de actos violentos que atentan contra sus madres⁷¹.

Posteriormente, en la LOMPI⁷² se reconoce expresamente por primera vez a los menores como víctimas de violencia de género⁷³, al sostener que “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. (...) La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma”, simultáneamente, se establece la obligación de los jueces a pronunciarse sobre las medidas civiles que les afectan⁷⁴. Al mismo tiempo, es evidente que esta ley busca proteger a todos los menores expuestos a situaciones de violencia de género en sus hogares, y en ese sentido, incorpora una ampliación de las situaciones objeto de protección, en concreto, incluye los supuestos en que los menores pueden encontrarse bajo dependencia de la mujer víctima de violencia de género al incluir el acogimiento, la tutela, curatela o guarda de hecho⁷⁵, considerándose, por tanto, también víctimas de violencia de género a los mismos, dejando de ser meros testigos⁷⁶.

La LOMPI motivó la reforma de la LOMPIVG⁷⁷, dando como resultado el reconocimiento de los menores de edad como víctimas directas o indirectas de

⁷¹ REYES CANO, P., “Menores y violencia de género: nuevos paradigmas”, Tesis doctoral, Madrid, 2019, p. 58-59 (Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/estudios/Tesis_8_Menores_Violencia_Genero.htm)

⁷² Reforma introducida por la LO 8/2015 sobre el artículo 1.2 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁷³ LO 8/2015 de 22 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, Preámbulo VI.

⁷⁴ LO 8/2015 de 22 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, Preámbulo VI, sostiene que: “Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.”

⁷⁵ DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. (Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/laDelegacionInforma/pdfs/DGVG_INFORMA_LEYES_INFANCIA.pdf) (fecha de consulta: 20/04/2023)

⁷⁶ CAMPS DUTREM, E., “La prueba de la violencia de género...” Op. Cit. p. 179 a 194

⁷⁷ La ley 1/2004 antes de su reforma por la LO 8/2015, no incluía a los menores como víctimas de violencia de género, ya que su artículo 1.2 estaba redactado de la siguiente manera: “Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas”.

la violencia de género que sufren en sus hogares⁷⁸. De modo que, tutelando los derechos de los menores, es una manera de hacer efectiva la protección de la mujer víctima, ya que al fin y al cabo esta normativa es de aplicación en supuestos en los que, en contextos en los que existe o existió entre ambos una relación de pareja o análoga de afectividad, el sujeto activo es un hombre que emplea violencia sobre la mujer, siendo ésta el sujeto pasivo⁷⁹. Por lo tanto, es evidente que se está entendiendo a los menores como víctimas indirectas de esta violencia por presenciar los hechos delictivos consumados por el hombre agresor, con el objetivo de hacer que las medidas de protección adoptadas hacia las madres sean lo más efectivas posibles. Sin embargo, aunque sea insuficiente la protección hacia los menores, fue importante para darles la visibilidad como víctimas de la que antes carecían⁸⁰.

A la vista de todo lo anterior, en mi opinión los textos legislativos indicados delimitan una clara diferencia entre la consideración de los menores como víctimas directas o víctimas indirectas de violencia de género. De hecho, el tratamiento que se les otorga es tendente a considerar a los menores como víctimas directas tan sólo cuando se ven perjudicados por actos de violencia de vicaria, es decir, en supuestos en que los menores sufren en propia persona las consecuencias directas del delito, sin embargo, no sucede así cuando son expuestos y presencian las situaciones de violencia de género que se viven en sus hogares. Esta idea es relevante, porque en el segundo supuesto detallado, se los considera como víctimas que meramente sufren unos “efectos colaterales” de la violencia ejercida sobre sus madres o mujeres de las que dependen, es decir, como víctimas indirectas y, en consecuencia, se adoptan medidas más

⁷⁸ Ley 1/2004, en su exposición de motivos II establece 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”.

⁷⁹ LO 1/2004, así como se desprende de su art. 1.1: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”

⁸⁰ MARÍN DE ESPINOSA, E., “Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género”, InDret 20, 2018, p. 2-5. (Disponible en: <https://indret.com/menores-y-violencia-de-genero/> (fecha de consulta: 10/04/2023))

“flexibles” que si se los considerara víctimas directas, que supondría adoptar medidas similares a las de la mujer víctima⁸¹.

En definitiva, considero que respecto a los menores de edad que conviven en hogares en los que se ejerce la violencia de género, sería aplicable el concepto de víctima directa recogido en la LEVD, ya que por la definición que nos brinda parecen estar comprendidos en la misma, pero por el tratamiento que se les otorga se puede afirmar que no es así. Lo anterior tiene su justificación en que, como consecuencia de presenciar estas situaciones, los menores son víctimas debido a que sufren daños psicológicos⁸². En este sentido, debemos tener en cuenta que la violencia además de la agresión física, también genera miedo y anulación, que sufren las mujeres y los menores⁸³. En referencia a ello se pronunció UNICEF⁸⁴, que establece la necesidad de considerar maltrato además de la violencia directa, también a los efectos de ésta sobre la infancia cuando son espectadores, ya que diversos estudios concluyen en la existencia de efectos adversos a nivel psicológico que tienen para los menores presenciar situaciones de violencia entre sus progenitores⁸⁵.

En este sentido, los daños y perjuicios que puedan sufrir los menores víctimas de esta violencia, son muy variados, según cómo hayan sido expuestos a esas situaciones existen distintos niveles de exposición tanto en lo que respecta a su

⁸¹ VILLÓ TRAVÉ, C., “Las medidas civiles para la protección de los hijos e hijas víctimas de violencia de género. Especial referencia a la reforma del régimen de visitas introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio” en *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial* (Coord. CERRATO GURI E.) La Ley, Madrid, 1ª edición, 2022, p. 203. Señala textualmente, en referencia al artículo 92.7 CC: “*Del tenor literal del precepto se desprenden además otros dos aspectos que cabe precisar. Por un lado, que la previsión de conceder la guarda compartida solo se podrá adoptar cuando los hijos e hijas sean víctimas, pero no cuando la violencia afecte exclusivamente progenitores, si no alcanza a estos hijos e hijas. Ahora bien, en ese sentido cabe puntualizar que para que los hijos e hijas sean considerados víctimas no es necesario que un acto de violencia física directa, sino que basta con que haya “un ataque frontal contra la integridad moral del menor y equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad”*”. En ese sentido se pronuncia la STS 568/2015, Sala de lo Penal, de 30 de septiembre, Fundamento Jurídico 5º.

⁸² DÍAZ VELÁZQUEZ, A., “Menores expuestos a la violencia de género: medidas civiles de protección”, Boletín Digital AJFV, 2016, p.3, que indica: “*Los menores son víctimas directas de este tipo de delitos, no solo cuando sufren agresiones directas, sino también por el hecho de presenciar la violencia o vivir en un entorno de relaciones violentas y de abuso de poder*”. (Disponible en: <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2017/04/violenciajulio2016.pdf>) (Fecha de consulta: 20/04/2023)

⁸³ Manual de atención a niños y niñas víctimas de violencia de Género en el ámbito familiar. SAVE THE CHILDREN. 2012 (Disponible en: <https://www.savethechildren.es/publicaciones/violencia-de-genero-ellos-tambien-son-victimas>)

⁸⁴ Basándose en la Convención de Derechos del Niño, que en su artículo 19 se refiere a la protección de cualquier forma de violencia física o mental.

⁸⁵ UNICEF. The Body Shop International; “Behind closed doors...” (Disponible en: <https://www.acesdv.org/wp-content/uploads/2014/06/BehindClosedDoors.pdf>)

intensidad, como en el momento en que se producen. Cabe distinguir la exposición perinatal, cuando la violencia es ejercida por el hombre sobre una mujer embarazada; también se encuentran los supuestos en los que el menor interviene para proteger a su madre (siendo lo más común a medida que va creciendo el menor); cuando es utilizado por el padre para desvalorizar a la madre; cuando el menor escucha los gritos y golpes a los que es sometida su madre o visualiza los actos violentos; o también se considera a un menor expuesto cuando observa las consecuencias de los actos violentos, como es a su madre herida, destrozos en el lugar donde se produjeron los hechos, la presencia de la policía, etc.

Todo lo anterior, genera problemas de socialización en los menores, ya que sufren de inseguridad y tienden a aislarse, tienen síntomas depresivos, miedo, la parentalización de los menores, la transmisión generacional, el efecto acumulativo y la doble victimización⁸⁶. Es evidente que cuando existe maltrato dentro de la familia, y sobre todo por los progenitores, que son las personas encargadas de cuidar y proteger a los menores, las consecuencias que se generan en los mismos son tanto físicas como emocionales. Al respecto, el TS se pronuncia reconociendo que las situaciones de violencia vividas en sus hogares afectan al bienestar y desarrollo del menor, causándoles problemas de salud, siendo utilizados como instrumento para controlar a la mujer además de que la violencia de género puede irse desarrollando en generaciones posteriores⁸⁷.

⁸⁶ VVAA, “La víctima de violencia de género”, VLEX, 2006, p. 106 (Disponible en: <https://vlex.es/vid/victima-violencia-genero-649011833>) (fecha de consulta: 12/04/2023)

⁸⁷ Lo expuesto numerosas sentencias lo avalan, como es la STS núm. 247/2018, de 24 de mayo, se pronuncia en relación a la exposición a la violencia de género y sus efectos sobre el bienestar del menor, ya que *“...la presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, a quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, miedo o permanente preocupación, ante la posibilidad de que su experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede ser paralizante, y que, desde luego, afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad de uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia.”* Además, la STS 188/2018 de 18 de abril, mantiene que: *“la presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad y miedo o preocupación de que dichas experiencias traumáticas vuelvan a reproducirse...”* Y la STS 452/219 de 8 de octubre, que afirma que: *“la exposición de los menores a estas formas de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas... por ello ningún derecho puede ni reclamar ni mantener sobre los menores ese padre que tenía la intención seria y premeditada de dejar a*

En definitiva, con los actos de violencia de género además de ocasionar un daño a las mujeres por el mero hecho de serlo, también está afectando psicológicamente a los menores que conviven con la mujer víctima, existiendo además un gran riesgo de que sea víctima de daños físicos o incluso de muerte por parte de su padre para causarle daño a su madre⁸⁸.

A pesar del reconocimiento de los menores como víctimas de violencia de género en la reforma introducida por la LOMPI, en la práctica no fue suficiente, y ello puede verse reflejado en el bajo número de medidas civiles de protección adoptadas que afectan a los menores de edad, además de que dicha reforma no supuso la introducción de nuevas formas de garantizar la protección de dicho colectivo. En consecuencia, puede observarse en los informes anuales publicados por el Consejo General del Poder Judicial, relativo a las medidas de protección de carácter civil y penal en el marco de la violencia de género, que no hubo un aumento significativo en la adopción de medidas de protección de carácter civil respecto de las penales con el transcurso de los años, concretamente desde el año 2013 al 2022⁸⁹:



los niños sin madre...". También encontramos la STS 3402/2022, del 26 de septiembre de 2022, que se fundamenta en que "Los padres constituyen el centro del núcleo afectivo y de dependencia de su prole. El rol de aquellos es trascendente en el desenvolvimiento futuro de sus hijos, transmitiéndoles señales de aceptación o de rechazo, inculcándoles valores éticos, propiciando su socialización y, en definitiva, el desarrollo de su personalidad. La existencia de positivas interacciones entre padres e hijos es decisiva en el desarrollo ulterior de los menores. O, dicho de otra forma, la dinámica familiar no discurre ajena a los hijos, sino que mueve los cimientos de su desarrollo".

⁸⁸ UNICEF, "Behind closed doors. The impact of domestic violence on children", London: UNICEF and The Body Shop International, 2006, cuando expresa: "La violencia de género no sólo se sufre por los menores como espectadores, sino que además, tienen muchas más posibilidades de sufrir maltrato directo, esto agrava las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran." (Disponible en: <https://www.acesdv.org/wp-content/uploads/2014/06/BehindClosedDoors.pdf>) (fecha de consulta: 20/04/2023)

⁸⁹ Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial. La violencia sobre la mujer en la estadística judicial. (Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/> (última consulta 29 de abril de 2023) Año 2013 a 2022.

La violencia vicaria: menores como víctimas de violencia de género.

En el año 2013, se adoptaron 59.597 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 1. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De seguridad y Protección) del año 2013. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	590	58	1.295	240
MC	23	11	65	28

En el año 2014, se adoptaron 59.041 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 2. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De Seguridad y Protección) del año 2014. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	565	56	1.078	240
MC	58	6	55	35

La violencia vicaria: menores como víctimas de violencia de género.

En el año 2015, se adoptaron 57.366 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 3. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De Seguridad y Protección) del año 2015. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	728	84	1.223	162
MC	60	9	46	21

En el año 2016, se adoptaron 60.858 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 4. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De Seguridad y Protección) del año 2016. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	948	110	1.397	266
MC	87	11	99	15

La violencia vicaria: menores como víctimas de violencia de género.

En el año 2017, se adoptaron 61.069 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 5. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De Seguridad y Protección) del año 2017. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	749	106	1.263	205
MC	44	10	55	6

En el año 2018, se adoptaron 65.725 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 6. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De Seguridad y Protección) del año 2018. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	785	116	1.197	178
MC	50	14	104	75

La violencia vicaria: menores como víctimas de violencia de género.

En el año 2019, se adoptaron 69.136 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 7. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De Seguridad y Protección) del año 2019. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	872	153	1.108	157
MC	76	12	84	16

En el año 2020, se adoptaron 61.680 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 8. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De Seguridad y Protección) del año 2020. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	761	182	1.081	129
MC	86	13	53	20

En el año 2021, se adoptaron 60.040 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 9. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De Seguridad y Protección) del año 2021. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	1.895	189	1.390	149
MC	113	5	80	63

En el año 2022, se adoptaron 61.193 medidas penales, las medidas civiles que afectan a los menores fueron las siguientes:

Tabla 10. Medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares (De Seguridad y Protección) del año 2022. Fuente: CGPJ

MEDIDAS CIVILES	SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO
DERIVADA DE OP	3.908	377	2.203	160
MC	192	32	132	18

Sobre la base de las estadísticas transcritas es posible sostener que persiste la invisibilidad de los menores dependientes de las mujeres víctimas de violencia de género como parte integrante del ciclo de la violencia, ya que se está eludiendo la adopción de medidas civiles, siendo las mismas las que otorgan gran protección a los menores⁹⁰.

En relación a estas medidas, tras lo establecido por la LOMPIVG⁹¹, se exige el pronunciamiento del juez “en todo caso” sobre la pertinencia de las mismas, “en

⁹⁰ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., “Hijas e hijos víctimas de la violencia de género”, Revista Doctrinal Aranzadi, Madrid, 2018 (Disponible en: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_25/pdfs/17.pdf)

⁹¹ Artículo 61.2 de la LOMPIVG, tras la reforma por la LO 8/2015, establece que: “En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas

especial sobre las civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer víctima de violencia de género⁹². Sin embargo, en la abogacía se denuncia que su adopción se está considerando en casos excepcionales, cuando los propios menores son los que sufren maltrato físico⁹³. Además, la Fiscalía señala que a la hora de adoptar la orden de protección se atiende a la voluntad de la mujer víctima⁹⁴, y en los casos en los que esta se oponga se valoran los hechos, siendo únicamente en asuntos de gravedad cuando se pueda proponer su adopción de oficio por el Ministerio Fiscal.

En relación a lo anteriormente expuesto, considero que lo que está ocurriendo es consecuencia de que persiste la consideración de los menores como víctimas indirectas o personas que sufren los “efectos colaterales” de la violencia de género vivida en sus hogares. Para lograr un tratamiento adecuado, la consideración como víctimas directas debe ser con independencia de que se ejerzan las agresiones directamente sobre ellos o porque lo vivan sus madres y, por ende, sufran los efectos que detallamos.

En definitiva, los menores continúan con un papel secundario a la hora de recibir la atención que precisan para su adecuada protección, debido a que las medidas que se le aplican fueron pensadas en primer lugar para garantizar la protección de sus madres⁹⁵.

Podemos concluir que estamos en una situación en la que es necesario que, en los supuestos relacionados con la violencia de género, se suprima la diferencia establecida entre víctima directa o indirecta respecto del menor, ya que, estas

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 CASADO CASADO, B., *Menores y violencia de género. La protección del menor ante situaciones de violencia machista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 142

⁹³ CERRATO GURI, E., “Las medidas civiles de la orden de protección para la tutela de las personas menores de edad en los conflictos de violencia de género” en *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial* (Coord. CERRATO GURI E.), La Ley, Madrid, 1ª edición, 2022, p187-189

⁹⁴ SERRANO HOYO, G., “Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 2004, p. 69-104 (Disponible en: https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11868/1/0213-988X_22_69.pdf) (fecha de consulta: 4/5/2023)

⁹⁵ CASADO CASADO, B., “*Menores y violencia de género...*” Op. Cit., 35, que al respecto señala que la protección “se fundamenta siempre con carácter secundario y no principal”.

diferencias dificultan la adopción de medidas para su protección, porque puede estar provocando que no se apliquen por el hecho de que el juez debe motivar y justificar la conexión directa con el delito⁹⁶.

4.- RESPUESTA INSTITUCIONAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y PERPETUACIÓN DEL RIESGO DE VIOLENCIA VICARIA.

El presente epígrafe presenta las herramientas que tienen los jueces para la toma de decisiones ante actos de violencia de género con el fin de evitar su perpetuación y reducir riesgos de violencia vicaria a los que se encuentra expuesto el menor. Es de suma importancia analizar estos antecedentes, ya que, a pesar de la respuesta institucional brindada por el Estado, los menores continúan viéndose afectados. Desde el año 2018 al 2022, fueron 21 los menores asesinados por sus padres y a su vez, en el mismo rango de fechas, 73 menores se quedaron sin madres como consecuencia de un crimen de violencia de género⁹⁷.

Debido a ello se ha cuestionado la práctica judicial e institucional en relación a las medidas paternofiliales adoptadas ante situaciones de violencia de género⁹⁸. Por lo cual es necesario discutir las delimitaciones de los derechos de paternidad del padre acusado o condenado por maltrato, respecto a los derechos de las víctimas de violencia de género. Y de esta forma evaluar la implementación de nuevas medidas para entregar mayores herramientas institucionales que permitan a los jueces acceder a un marco más amplio de posibilidades de acción que impacten de manera positiva el bienestar del menor.

⁹⁶CASADO CASADO, B., "*Menores y violencia de género...*" Op. Cit., p. 143-144

⁹⁷ Disponible en: <https://www.epdata.es/datos/violencia-genero-estadisticas-ultima-victima/109/espana/106> (fecha de consulta 30/05/2023)

⁹⁸ PICONTO NOGALES, T., "Los derechos de las víctimas de violencia de género: Las relaciones de los progenitores con sus hijos", *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 39, 2018, p. 125 (disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/28719/DyL-2018-39-piconto.pdf?sequence=1>) ; (fecha de consulta 30/05/2023)

4.1. La importancia del interés superior del menor.

El interés superior del menor se puede entender como el “derecho de todo menor a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”⁹⁹, a pesar de ser un principio inspirador de decisiones a nivel institucional, hoy es un concepto jurídico indeterminado. Es por ello que tanto la LOPIVI, como la jurisprudencia del TS y los criterios establecidos por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño¹⁰⁰, lo abordaron en torno a tres contenidos: como un derecho sustantivo, debido a que es vinculante para los Tribunales, las instituciones públicas o privadas y para los órganos legislativos¹⁰¹; como un principio general de carácter interpretativo, debido a que en un caso concreto cabe la posibilidad de que existan varias formas de interpretación de este concepto, y como es evidente, debe de optarse por la opción que sea más favorable para el interés del menor¹⁰²; y como una norma de procedimiento, ya que debe de respetar las garantías del proceso a la hora de adoptar las medidas que favorezcan a su interés, como son el derecho del menor a ser oído, la intervención de expertos cualificados, entre otros¹⁰³.

Para interpretar y aplicar adecuadamente el interés superior del menor al caso concreto y que se adapte lo mejor posible a las circunstancias concurrentes, se debe de tener en cuenta los criterios orientadores que establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en lo sucesivo, LOPJM), siendo relevantes en estos supuestos: “La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas

⁹⁹ Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

¹⁰⁰ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Disponible en: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc) (fecha de consulta: 11/05/2023)

¹⁰¹ Por lo establecido en el artículo 2.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: “*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, 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 pudiera concurrir*”.

¹⁰² Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su Preámbulo Apartado II: “*de manera que, si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor*”.

¹⁰³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2.5.

y educativas como emocionales y afectivas”, y “la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia”¹⁰⁴. En ese sentido, con independencia del asunto que se trate, su interés debe ser valorado por encima de cualquier otro¹⁰⁵, ya que “las medidas que se tomen en relación con los menores no pueden suponer en ningún caso que estos vayan a estar expuestos a una violencia continua, abuso u otra forma de inseguridad”¹⁰⁶.

Por lo cual el interés superior del menor es considerado como primordial frente a otros derechos para determinar el sistema de patria potestad, de visita o el régimen de guarda y custodia que se adapte a las circunstancias del caso, siendo relevante considerar que “la victimización de los niños en situaciones de violencia contra las mujeres puede continuar y agravarse en el contexto de las disputas parentales sobre la custodia y el cuidado”¹⁰⁷. Uno de los derechos con los que concurre el interés del menor es el del padre a mantener una relación con sus hijos¹⁰⁸. Al respecto, la discrecionalidad judicial basada en el estereotipo arraigado de cultura patriarcal, en la interpretación del interés superior del menor puede conducir a una decisión que conlleve el mantenimiento del contacto directo entre padre e hijo/a que deriven en violencia vicaria¹⁰⁹. Por ello, para conseguir una adecuada interpretación por la autoridad judicial es preciso justificar la suspensión o limitación de los derechos parentales previa valoración de la afectación del menor y el riesgo de la violencia que exista. Lo anterior debe

¹⁰⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2.2

¹⁰⁵ STC 176/2008, de 22 diciembre, que sostiene “*en materia de relaciones paternofiliales (...) el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable*”.

¹⁰⁶ PICONTO NOGALES, T., “Los derechos de las víctimas de violencia de género: Las relaciones de los progenitores con sus hijos”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 39, 2018, p. 130 (disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/28719/DyL-2018-39-piconto.pdf?sequence=1>; (fecha de consulta 11/05/2023)

¹⁰⁷ Fiscalía General del Estado, “Criterios orientativos en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 ter y LECrim y 94 CC”, Unidad de Violencia sobre la Mujer, Nota de servicio 1/2021. p.3. (Disponible en: <https://www.cicac.cat/wp-content/uploads/2021/10/NOTA-SERVICIO-1-2021-Unidad-Violencia-sobre-Mujer-FGE.pdf>) (Fecha de consulta: 11/05/2023)

¹⁰⁸ Que abarca la necesidad de que el niño o niña se desarrolle y crezca en un ambiente familiar, cercano y con el mantenimiento de una relación estable y familiar con sus progenitores.

¹⁰⁹ Esto puede ocurrir porque en la sociedad actual en la que vivimos, aún continúa muy arraigada la idea del “buen padre de familia” que conlleva a que el juez se incline por mantener la patria potestad, guarda o custodia del menor, así como el régimen de visitas de parte del padre maltratador.

de valorarse en consonancia con el interés del menor¹¹⁰, que también se está favoreciendo a la protección de la mujer víctima¹¹¹.

En la aplicación del interés superior del menor se debe considerar las circunstancias que concurren en la esfera del delito de violencia de género, considerando otros intereses, como el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la vida y el derecho a crecer en un ambiente libre de violencia, y especialmente, reconociendo que en muchas ocasiones los menores son utilizados como instrumento por el hombre para hacer daño a la mujer de la forma más brutal y devastadora que podemos imaginarnos¹¹². Lo anterior también fue resaltado por el Parlamento Europeo en su Resolución¹¹³ y en una postura similar se mantiene la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹⁴, al considerar

¹¹⁰ En este sentido se pronuncia la STS 540/2015, de 15 de octubre, en su Fundamento 3º, que señala que: *“Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor”*, a este respecto también se pronunció la STS de 31 de julio de 2009.

¹¹¹ PICONTO NOGALES, T., *“Los derechos de las víctimas...”*, Op. Cit., p. 130

En ese sentido, PICONTO NOGALES, tras un análisis de diversas decisiones judiciales, concluye: *“Por tanto, para proteger el interés del menor se debiera valorar, en primer lugar, la seguridad física y emocional del menor en contextos o circunstancias de violencia de género e incluir también la seguridad, bienestar y capacidad de protección del cuidador principal, en este tipo de casos la madre, por encima de establecer a cualquier precio el “contacto” con el progenitor agresor (visitas, comunicación, guarda y custodia compartida)”*.

¹¹² Por ejemplo, el caso José Bretón en la SAP Córdoba, de 22 de julio 2013; y el caso Ángeles González Carreño en la STS 2747/2018.

¹¹³ Impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños. Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI)) (2022/C 132/03). Apartados Q y S. que sostiene: *“Considerando que, en algunos Estados miembros, a menudo se pasa por alto la violencia en el marco de la pareja o expareja contra las mujeres y parece prevalecer la custodia o patria potestad compartidas como norma por defecto en las disposiciones y decisiones relativas a los casos de custodia de menores, acceso, contacto y visitas; que el hecho de no tener en cuenta este tipo de violencia tiene consecuencias nefastas para las mujeres y los niños, que pueden agravarse hasta llegar al feminicidio o el infanticidio; que las víctimas de la violencia en el marco de la pareja o expareja necesitan medidas especiales de protección; que la situación de las víctimas empeora de forma considerable si dependen económica o socialmente del autor del delito; que, por lo tanto, es esencial tener plenamente en cuenta este tipo de violencia a la hora de tomar decisiones sobre los acuerdos de separación y custodia, y abordar las acusaciones de violencia antes de las cuestiones relativas a la custodia y las visitas; que los tribunales de los Estados miembros deben garantizar una evaluación exhaustiva con arreglo al principio de “interés superior del menor para decidir la custodia y los derechos de visita, lo cual implica escuchar al menor, contar con la participación de todos los servicios pertinentes, proporcionar asistencia psicológica y tener en cuenta los conocimientos especializados de todos los profesionales interesados” en el que considera a su vez un derecho del menor a que se mantenga el contacto directo con sus progenitores, pero que el mismo puede ser restringido por razón del interés superior del menor”*.

¹¹⁴ En su artículo 9, en los que se establece *“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión*

unas excepciones que es que los Estados partes deberán de respetar el hecho de que el niño separado de uno o ambos progenitores mantenga contacto directo y por ende una relación con los mismos, exceptuándolo en el caso de que ello vaya en contra del interés superior del menor.

También es relevante el derecho del menor a ser oído y escuchado¹¹⁵ para el efectivo cumplimiento de su interés superior. Por esta razón, se establece en la LOPIVI que “los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas...”¹¹⁶. En consecuencia, el juez deberá velar por el cumplimiento de este derecho mediante su audiencia¹¹⁷, en la que se tiene en cuenta su opinión en función de su edad y madurez, ésta última se entiende suficiente a los 12 años de edad, como regla general¹¹⁸. En cambio, en casos en los que no sea conveniente o no sea posible poner en conocimiento la opinión del menor por sí mismo, se puede conocer a través de un representante legal u otras personas que, por su profesión o especial confianza con el menor, se transmita la opinión de forma objetiva y no vaya en contra de sus intereses¹¹⁹.

Debido a que las agresiones a los menores son en mayor medida cometidas en el entorno familiar, es usual que las madres oculten los hechos¹²⁰. Es por ese motivo que la ley prevé lo anteriormente expuesto, que las personas que

judicial, las autoridades competentes determinen, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

¹¹⁵ Siendo además este derecho objeto de ser reforzado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, tal y como lo establece en su artículo 3. letra e), que señala como un fin: “Reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria”.

¹¹⁶ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su artículo 11.

¹¹⁷ En virtud del artículo 2.5 letra a) y en el artículo 9 Ley Orgánica 1/1996

¹¹⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículo 9.2

¹¹⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, art. 9.2 párrafo 3º

¹²⁰ Save the Children, “La infancia en Europa”, Rev Pediatr Aten Primaria, 2000; p. 159-175. (Disponible en: <https://pap.es/files/1116-92-pdf/96.pdf>)

transmitan la opinión del menor lo hagan de forma objetiva y, por ende, sin intereses de por medio¹²¹.

4.2. El régimen de visitas.

El régimen de visitas se trata de un mecanismo de protección de carácter civil que reconoce el derecho del progenitor que no ostenta la guarda y custodia, así como de otros familiares o allegados del menor, a no perder el contacto y la relación con el mismo. Desde la doctrina, se ha definido como el derecho de trasladar a un menor de su lugar de residencia habitual, a un lugar distinto durante un período limitado en el tiempo¹²², tras adoptarse la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre o mujer de la que depende el menor. Existiendo igualmente la posibilidad de adoptar este régimen, aunque el padre agresor se encuentre privado de la patria potestad¹²³.

Tras producirse la ruptura de la relación, el ordenamiento jurídico establece que el juez debe decidir sobre las condiciones del derecho de visita y comunicación del progenitor no custodio, en el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo razonable para su ejercicio¹²⁴. Debe tenerse en cuenta en todo caso, que ante la posibilidad de que el período de estancia con el padre no custodio sea utilizado para ejercer violencia vicaria, este régimen debe implementarse con las garantías adecuadas para proteger a la mujer y al interés superior del menor.

En la práctica, en los casos en que el progenitor no custodio se encuentre incurso en un proceso penal y se considere que puede ser peligroso para el menor, o se haya dictado una orden de alejamiento del padre agresor respecto de la mujer víctima, los tribunales pueden optar por establecer visitas tuteladas por profesionales cualificados en Puntos de Encuentro Familiar para facilitar los

¹²¹ En relación a Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, por lo establecido en su Artículo 9.2 párrafo 3º: *“Se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente”.*

¹²² RUIZ-JARABO PELAYO, F., “Patria potestad, custodia y visitas en violencia de género”, 2016, p. 4 (Disponible en: <http://cisee.icagr.es/Content/Upload/201609269.pdf>) (Fecha de consulta: 20/05/2023)

¹²³ Código Civil, artículo 160 establece que: *“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 (...)”.*

¹²⁴ Código Civil, que en su artículo 94 sostiene que: *“La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.*

intercambios entre los progenitores¹²⁵. También en algunas resoluciones judiciales se apuesta por mantener un régimen de visitas de carácter progresivo debido a la inexistencia de peligro real para los menores, a pesar de la existencia de una orden de protección¹²⁶. En estos asuntos es preciso realizar una valoración de la gravedad de los hechos y los riesgos a los que puede o no verse expuesto el menor, por lo que considero que se deben tener en cuenta determinados criterios, entre ellos destaco la importancia de los informes psicológicos¹²⁷.

Asimismo, en situaciones en las que el padre condenado por violencia de género se encuentra privado de su libertad, se hallan sentencias que sostienen que el progenitor no custodio podrá instar el régimen de visitas una vez cumplida la condena, considerando la necesidad de valorar el riesgo para el menor¹²⁸. Sin embargo, también existen sentencias en las que se adoptan decisiones contrarias a pesar de existir una orden de alejamiento o incluso una condena¹²⁹. Por lo general, no es muy común optar por aplicar la suspensión del régimen de

¹²⁵ VERDARA IZQUIERDO, B., “Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género”, (Coord. VÁZQUEZ BERMÚDEZ, I.), Investigación y género, logros y retos: III Congreso Universitario Nacional Investigación y Género, [libro de actas], 2011, p. 2055. (Disponible en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/40551/Pages%20from%20Investigacion_Genero_11-2-2.pdf?sequence=1)

¹²⁶ Al respecto, la SAP León 98/2013, 8 de Marzo de 2013, sostiene que: *“En las conclusiones del informe psicosocial, al folio 117 del procedimiento, se señala que “no se observan dificultades en Obdulio que desaconsejen el establecimiento de un régimen regular de visitas con sus hijas”, por ello contribuyendo, el derecho de visitas fijado en la sentencia de instancia a la reanudación de la relación paternofamiliar, a fomentar las relaciones humanas entre padres e hijas, y a mantener la corriente afectiva a pesar de la ruptura matrimonial y con la finalidad de que dichas relaciones no se vean afectadas por las desavenencias de los progenitores y de evitar la ruptura por falta de convivencia de los lazos que deben mediar entre padre e hijas, y no apreciándose un peligro real para la salud física, psíquica o moral de las menores, se estima procedente mantener el régimen de visitas y comunicaciones”.*

¹²⁷ VIDAL PÉREZ DE LA OSA, A., “Problemática específica en casos de violencia sobre la mujer o sobre menores en la Guía de criterios del CGPJ en materia de custodia compartida”, *Editorial jurídica Sepín*, julio, 2020

En este sentido, VIDAL PÉREZ DE LA OSA, A., indica que *“los criterios son la gravedad de los hechos denunciados y si se ha utilizado a los menores para ejercer el dominio y violencia sobre la mujer, además de la valoración del riesgo, la presencia de los hijos en los hechos investigados y la posible violencia estructural, la vinculación del padre con los hijos, el tipo penal concreto denunciado, la opinión del menor, el contenido de las medidas adoptadas para la protección de la mujer, teniendo especial importancia las órdenes de incomunicación y el informe emitido por expertos”.* (Disponible en: <https://blog.sepin.es/2020/07/problematica-violencia-mujer-menores-custodia-compartida>)

¹²⁸ STS 680/2015, de 26 noviembre; SAP Barcelona 39/2010, de 27 de enero

¹²⁹ STS 319/2016, de 13 mayo *“dado que concurre una base jurídica sólida para suspender el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio de lo cual, en el ejercicio de una ponderada valoración del interés de los menores, mantiene el derecho de visita, si bien restringido”*, ya que se le permite comunicarse por teléfono dos días intersemanales.

visitas por parte de los tribunales¹³⁰. Este tipo de decisiones pueden estar basadas en el ideal de que a pesar de que el padre se trate de una persona violenta, puede ser un buen padre y que incluso el interés del menor se vea garantizado con el mantenimiento de las relaciones paternofiliales, o que se considere que la exposición al riesgo es bajo porque la agresión fue dirigida a la madre o persona a la que dependen. También en ocasiones se presume que la negativa del hijo o hija a relacionarse con el padre, es debido a la manipulación ejercida por parte de la madre, que difícilmente admite prueba en contrario¹³¹.

En el ámbito legislativo, con anterioridad a la reforma introducida por la LOPIVI se entregaba a la autoridad judicial la facultad de limitar o suspender el derecho de visitas ante la concurrencia de graves circunstancias o por el incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuestos en una resolución judicial¹³², también antes de la reforma de la LOMPI se establecía la facultad del juez de suspender el derecho del régimen de visitas del inculpado de violencia de género¹³³.

A lo largo del tiempo se desarrollaron diferentes posturas en relación a esta facultad del juez. Una primera postura, introducida por Pacto de Estado del 2017¹³⁴, defiende que la autoridad judicial tiene el deber de suspender automáticamente el régimen de visitas en los casos en que el menor fue expuesto o haya sufrido situaciones de violencia. Postura similar sostuvo la

¹³⁰ Por ejemplo, el caso de Nerea y Martina, que se desestimó la adopción de la orden de protección facilitando de este modo el asesinato de las niñas durante el régimen de visitas, posteriormente el Estado reconoció un mal funcionamiento de la autoridad judicial procediendo a indemnizar a la familia. *NOTA DE PRENSA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO*, Madrid, 2021 (Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2018/10/COMUNICADO_ITZIAR_PRATS.pdf) (fecha de consulta: 18/05/2023)

¹³¹ Por ello, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, en su artículo 11.3, establece: “los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración”.

¹³² Código Civil, artículo 94.

¹³³ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en el artículo 66, establecía con anterioridad a la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015 que: “El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él”.

¹³⁴ Documento refundido de medidas del pacto de estado en materia de violencia de género. congreso + senado. 13 de mayo de 2019”, Ministerio de la presidencia, Relaciones con las Cortes e igualdad, que establece que la medida a adoptar es: “Establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004”. (Disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/>)

sentencia dictada por el TC¹³⁵, que incluso antes de la vigente redacción del artículo 94 del CC¹³⁶, contempló la necesidad de implementar en los textos legales españoles diferentes instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección de menores, como es la Convención sobre los derechos del niño¹³⁷, la Carta europea de los derechos del niño¹³⁸, y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea¹³⁹. Esta sentencia marcó el precedente de lo que posteriormente determinó la LOPIVI, que valora la pertinencia o no del mantenimiento de una relación paternofamiliar con un padre con indicios de violencia en atención al ISM.

Por otro lado, una segunda postura doctrinal afirma que, tras la reforma introducida por la LOPIVI, la decisión sobre la adopción de un régimen u otro deja de estar bajo la discrecionalidad judicial y, por ende, es de suspensión automática tras la existencia de una denuncia o por la advertencia de indicios suficientes de violencia de género¹⁴⁰. Esa afirmación carece de certeza, ya que tras la interposición de un recurso de inconstitucionalidad¹⁴¹, el TC resuelve que el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias, sino que es competencia de la autoridad judicial valorar la pertinencia o no del mismo incluso en los casos en los que el progenitor esté incurso en un

¹³⁵ STC 176/2008, de 22 de diciembre (ROJ 176/2008).

¹³⁶ Que daba lugar a considerar que el régimen de visitas y estancia es un derecho tanto del progenitor como del hijo porque contribuye al desarrollo de la personalidad afectiva de ambos.

¹³⁷ En su artículo 9.3 establece: “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”.

¹³⁸ En su artículo 14, señala que: “En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño”.

¹³⁹ En su artículo 24.3 indica que: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, D., “Análisis de la Ley 8/2021, de 2 de junio y su incidencia en el derecho de visita”, 2023 (Disponible en: <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4887/Análisis%20de%20la%20Ley%208-2021%20de%202%20de%20junio%20y%20su%20incidencia%20en%20el%20derecho%20de%20visita.pdf>) (fecha de consulta: 24/05/2023)

¹⁴¹ Recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra la regulación dada a los arts. 94.4 y 156-2 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

proceso penal, siendo además necesario que la decisión se vea motivada en función del ISM¹⁴².

En definitiva, la adopción de medidas restrictivas de derechos en los supuestos de hecho ilícitos que se mencionan en el CC¹⁴³, debe de realizarse “mediante una resolución motivada, en la que se valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal, así como la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas”¹⁴⁴. De este modo se deja en manos de la discrecionalidad judicial la decisión sobre el establecimiento de un régimen de visitas o su suspensión, aunque siempre motivada en virtud del interés superior del menor. En consecuencia, se puede apreciar que no se está cumpliendo el carácter imperativo y automático de la medida previsto en el Pacto de Estado citado. Por lo tanto, nuevamente se corre el riesgo de que perpetúe la resistencia a la adopción de la suspensión de dicho régimen, debido a la discrecionalidad que ostenta el juez a la hora de definir la interpretación del término “interés superior del menor”, que en muchos casos puede ser subjetiva, valorando el bienestar del menor influenciado por sus aspectos morales, religiosos, creencias, ideologías, experiencias personales, etc. Ante ello, considero que debe de brindarse una mayor especialización en menores para los profesionales que mantienen contacto con las mujeres y sus hijos víctimas de violencia, con el fin de que pueda valorarse más de cerca el interés superior del menor. Teniendo en cuenta que el mantenimiento de una relación paternofilial con una persona violenta ocasiona en muchos casos que en un futuro el menor desarrolle comportamientos agresivos en sus relaciones, siendo transmisible entre generaciones. Además es necesario conseguir eliminar el ideal existente en que,

¹⁴² Pleno. Sentencia 183/2021, de 27 de octubre de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 5342-2020 (Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-19512>) (fecha de consulta: 21/05/2023)

¹⁴³ Código Civil, artículo 94 en su párrafo 4º señala: “No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que 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 sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

¹⁴⁴ NOTA INFORMATIVA Nº 75/2022, “El Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido por unanimidad que el régimen de visitas, comunicaciones y estancias sea determinado por la autoridad judicial”, 2022 (Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2022_075/NOTA%20INFORMATIVA%20Nº%2075-2022.pdf) (fecha de consulta: 21/05/2023)

si bien mantener una relación paternofilial es beneficiosa para el menor, ya que en situaciones de violencia de género es difícil poder considerar que el menor pueda obtener junto a su padre maltratador un ambiente que favorezca a su desarrollo integral, porque los daños psíquicos que sufren como consecuencia de presenciar situaciones de maltrato de forma cotidiana entre sus padres, generan graves consecuencias para aprender las actitudes y comportamientos adecuados ante la vida, así como para su estabilidad emocional¹⁴⁵. Por otro lado, para garantizar de forma efectiva que las decisiones de los jueces no estén influenciadas en gran medida por un sesgo androcéntrico, una solución posible es apoyarse en el uso de una matriz de decisiones, que permita ver una escala de criterios fijos. Se propone una clasificación de cada criterio utilizando una escala predeterminada, con una ponderación de acuerdo a la gravedad de los hechos. Con esto, por ejemplo, se podría priorizar siempre el bienestar del menor y seguridad de la mujer víctima, antes que el estado psicológico y emocional del padre en caso de no mantener contacto con su hijo. Si tras ello se observa que la cantidad obtenida revela que el interés del menor se ve protegido, se debe valorar posteriormente esa decisión con mayor profundidad por la autoridad judicial, por lo cual podría limitar o restituir los derechos parentales de manera idónea. Si finalmente esa medida es adoptada o no, debe de motivarse por el juez en base a los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Así se cumpliría la recomendación del Defensor del Pueblo, que pide que se garantice por Ley un “examen individualizado del régimen de visitas de cada menor afectado por una situación familiar de violencia de género”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 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, que señala la necesidad de *“estipular, según los casos, el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que en ocasiones deberá suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor, siempre y cuando se evite el contacto directo de los progenitores y, por tanto, la ocasión para nuevas agresiones y se atienda el hecho de que el padre no instrumentalice a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer”*. (Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionales/Investigacion/juridico/protocolos/docs/Circular_n_4_2005_18_julio_criterios_aplicacion_Ley_Integral_Fiscalia_General_Estado.pdf) (Fecha de consulta: 21/05/2023)

¹⁴⁶ Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/satisfaccion-por-la-sentencia-del-supremo-que-restringe-el-regimen-de-visitas-de-los-maltratadores-a-sus-hijos/>

4.3. La guarda y custodia compartida.

El régimen de guarda y custodia del menor se trata de un mecanismo de protección que ofrece la legislación civil, consistente en la toma de decisiones por el progenitor custodio en la vida cotidiana del menor dentro de una nueva forma de convivencia de los hijos y progenitores. Este sistema se acuerda por el juez en caso de no existir un acuerdo mutuo legalmente adoptado entre los padres. A la hora de decidir sobre el régimen a implementar, el juez realizará una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, priorizando en todo momento la protección del menor, excluyendo la opción de custodia compartida cuando su interés así lo aconseje. En los casos en los que dicho régimen no resulta de adopción, es porque las circunstancias que concurren son de un nivel superior al de una simple situación de crisis matrimonial.

En este sentido, el TS en sus resoluciones está impidiendo la adopción de la custodia compartida en casos de conflictividad extrema o malos tratos, porque considera que su adopción no garantizaría el cumplimiento del interés superior del menor, debido a que existe una alta probabilidad que el padre maltratador utilice la alternancia en los cuidados del menor para ejercer control y dañar a la mujer, es decir, para instrumentalizar al menor desencadenando en situaciones de violencia vicaria. Por otro lado, el TS también ha considerado que otro motivo por el que no es conveniente inclinarse por el régimen de custodia compartida¹⁴⁷ es que la relación de contacto directo que el menor tenga con sus progenitores debe de existir respeto mutuo entre los padres para que se desarrolle en un entorno pacífico, en caso contrario, será exclusiva para alguno de ellos. En definitiva, la relación con sus progenitores no debe perturbar su desarrollo en todos sus ámbitos y ello pese a la ruptura afectiva de los mismos¹⁴⁸, minimizando de este modo la prohibición expresa que establece el artículo 92.7 del CC¹⁴⁹.

¹⁴⁷ STS 566/2014, 16 de octubre de 2014. Sala Primera de lo Civil; STS 175/2021, de 29 de marzo.

¹⁴⁸ STS 318/2020, 17 de junio de 2020. Sala de lo Civil; STS 705/2021, de 19 de octubre, recoge que *“para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio, de modo que el tribunal debe realizar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto a sus derechos”*.

¹⁴⁹ Aunque recientemente, el TS planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 92.7 del CC por entender que colisiona con el interés superior del menor (disponible en:

A pesar de que en nuestro ordenamiento es determinante la prohibición del régimen de guarda y custodia compartida ante situaciones de violencia de género, a la hora de adoptar lo dispuesto en el artículo 92.7 del CC, existen dos interpretaciones diferentes en la doctrina: por un lado, la que considera aplicable la custodia compartida¹⁵⁰, aunque únicamente exista la denuncia o auto de admisión a trámite de la misma, porque supone que es necesario para garantizar el interés del menor; y por otro lado, la que plantea que la prohibición de adoptar la custodia compartida puede generar un automatismo en aplicación de la ley¹⁵¹, pudiendo resultar desproporcionado para el interés del menor, cuando pueden existir casos en los que sea procedente establecer unas medidas menos gravosas para el progenitor o en su caso, para el interés superior del menor, y a su vez, se concluye que dicho automatismo está reflejando una desconfianza a las facultades del Juez ya que está limitando su margen de actuación, que es el que resolvería en atención a la garantía del interés del menor.

En este sentido, el TS considera que el artículo 92.7 CC es inconstitucional debido a su automatismo¹⁵². El caso que desencadenó a esta determinación del Alto Tribunal consistió en que un menor disfrutaba del régimen de custodia compartida tras un dictamen psicológico que determinó que era beneficioso para él, y dentro de este régimen se generó una situación puntual en la que se produjo un forcejeo entre sus padres por una discusión. Durante la disputa, el padre le propinó varios golpes en el antebrazo izquierdo de la mujer, sin ocasionarle lesión alguna. Y, en consecuencia, el Tribunal determina que por la magnitud de los hechos no existe riesgo alguno para el menor, porque no sufrió consecuencias negativas ni se observaron indicios de violencia vicaria. Por lo anterior, el TS considera que es preciso que se valore con mayor exhaustividad

<https://www.iberley.es/noticias/el-ts-plantea-cuestion-inconstitucionalidad-respecto-art-927-cc-32224>)

¹⁵⁰ PÉREZ VALLEJO, A., "Custodia compartida y violencia de género: Cuestiones controvertidas ex art.92.7 CC", Revista de Estudios de las Mujeres, Vol.4, 2016, p. 102 (Disponible en: <https://ojs.ual.es/ojs/index.php/RAUDEM/article/view/1745/2283>)

¹⁵¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", Indret: Revista para el Análisis del Derecho 2/2008, p 95-96, Que sostiene que esta decisión por la autoridad judicial no debe ser automática, sino consecuencia de una valoración judicial.

¹⁵² La conclusión de TS es que: "(...) el art. 92.7 del CC podría colisionar con el interés superior del menor consagrado en el art. 39 CE y en los convenios internacionales suscritos por España, afectar, de forma negativa, al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, al no contemplar todo el haz de circunstancias posibles, y suponer una injerencia no debidamente justificada en el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH, tal y como es concebido jurisprudencialmente".

la gravedad de los hechos a la hora de adoptar cualquier medida que sea restrictiva o privativa de derechos del padre, de lo contrario, se está perjudicando al interés superior del menor. Además, estima que este asunto daba lugar a la adopción de medidas menos gravosas tras una prudente valoración de las circunstancias por la autoridad judicial. Sin embargo, por la forma en la que está redactado el precepto en cuestión, no se está valorando la gravedad del delito por el tribunal ni su efecto en la relación con los menores¹⁵³.

Lo anterior ya se veía venir por las indicaciones que establece la Circular de la Fiscalía General del Estado¹⁵⁴, que entiende que no basta con la mera denuncia para activar la aplicación del artículo 92.7 del CC, sino que deben existir suficientes indicios objetivos y debidamente fundados de criminalidad, que comporten un riesgo para el bienestar y seguridad del menor¹⁵⁵.

En supuestos en los que ya existe una condena a favor del padre agresor, no se discute la prohibición de la custodia compartida o exclusiva a favor del condenado¹⁵⁶. En este sentido se pronuncia el TS, que considera que es incompatible un régimen de guarda y custodia compartida ante “hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada” y que considera que “por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre (...) va a imposibilitar el

¹⁵³ Auto del TS (Sala 1ª) de 11 de enero de 2023, que sostiene que: “Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vea la custodia compartida”.

¹⁵⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011 (Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionales/Investigacion/juridico/protocolos/docs/circular_6_2011.pdf) (Fecha de consulta: 23/05/2023)

¹⁵⁵ SAP de Málaga 420/2016, de 15 de junio, que sostiene: “no basta con que el progenitor se halle incurso en un procedimiento relacionado con la violencia de género, sino que dicha conducta penalmente perseguible pueda comportar un riesgo para los menores”.

¹⁵⁶ AZNAR DOMINGO, A.; MEDINA ÁLVAREZ, M., “La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales”, *Revista de Jurisprudencia*, abril, 2022 (Disponible en: <https://elderecho.com/proteccion-menor-casos-violencia-genero-relaciones-paterno-filiales>) (Fecha de consulta: 01/06/2023)

ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos”¹⁵⁷.

Se puede concluir por lo expuesto en las líneas anteriores, que a pesar de que el precepto en cuestión establece que en casos de que el progenitor esté incurso en un procedimiento penal debe ser privado de su derecho al régimen de guarda y custodia, ya sea exclusiva o compartida, los tribunales se inclinan por evaluar en el caso concreto la existencia de indicios fundados sobre las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, no bastando por tanto la mera interposición de la denuncia¹⁵⁸. Al respecto, el CGPJ estableció una serie de criterios a tener en cuenta para valorar la pertinencia del régimen de guarda y custodia en contextos de violencia de género y al mismo tiempo, sobre la patria potestad, tales como “los graves y reiterados incumplimientos de las obligaciones familiares, la gravedad de los hechos penales ocurridos, el tipo penal, la reiteración de los hechos y la situación concreta de la pareja en el momento en que los hechos penales tiene lugar, si los hechos han acontecido en presencia del menor; la declaración de la denunciante, (...) la existencia de patologías mentales en el investigado,(...) la actitud del investigado; la opinión del hijo antes de tomar decisiones que le afecten (...); el Informe de Valoración Forense Integral elaborado por la Unidad de Valoración Forense Integral”¹⁵⁹.

Además de que el padre esté incurso en un proceso penal y con la existencia de indicios fundados de violencia de género, considero necesario que se valoren correctamente los criterios mencionados anteriormente conforme al uso de la matriz de decisiones que se propuso en subepígrafe anterior, para que de este modo se esté garantizando el interés superior del menor y la adecuada protección de la mujer víctima, en relación al riesgo al que se ven expuestos. De lo contrario, si se otorga la guarda y custodia compartida o exclusiva al padre maltratador, por no asociar el delito ejercido sobre la madre con la peligrosidad

¹⁵⁷ STS 36/2016, 4 de Febrero de 2016, que a su vez afirma que: “*Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013 ; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad*”.

¹⁵⁸ VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A., “*Problemática específica...*” Op. Cit.

¹⁵⁹ VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A., “*Problemática específica...*”, Op. Cit.

de que el menor quede bajo el cuidado del padre violento, puede derivar en el fomento de la violencia vicaria¹⁶⁰.

4.4. La suspensión de la patria potestad.

La patria potestad es definida por la doctrina como un conjunto de relaciones jurídicas entre los padres y los hijos menores de edad no emancipados, con el objetivo de proteger los intereses de estos, mediante la asunción de los progenitores de responsabilidades y decisiones más esenciales¹⁶¹. Ello con independencia de la existencia de una relación conyugal entre los progenitores. De modo que, quien ostente la patria potestad de un menor, podrá decidir sobre su educación, el domicilio en el que resida, así como cuestiones relativas a la salud¹⁶².

La suspensión de la patria potestad es una medida cautelar que conlleva la pérdida de los derechos sobre los hijos menores con carácter provisional y, por ende, condicionada a la posibilidad de la modificación de las circunstancias que la motivaron¹⁶³.

Esta medida es de gran importancia en el ámbito de la violencia de género, porque se consigue evitar que el padre agresor aproveche la vigencia de sus derechos de patria potestad sobre el hijo para obstaculizar las decisiones de la madre sobre los hijos en común y, que de este modo continúe dañando a la mujer a través ellos.

En el marco de una orden de protección, se podrá adoptar esta medida si no existe una resolución civil de medidas con anterioridad. En caso de que se constate la preexistencia de la misma, se podrá adoptar en virtud de lo

¹⁶⁰Ejemplo de casos con custodia compartida que desencadenan en violencia vicaria. (Disponible en: https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/violencia-vicaria-mayoria-asesinatos-menores-producen-regimen-visitas-custodia-compartida_20220405624c20988c9d5000014edbb0.html)

¹⁶¹ PLATERO ALCÓN, A., "La patria potestad vs. el menor online: una ponderación de derechos constante", Revista la propiedad inmaterial, 2017, p.172 (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6069353>)

¹⁶² El Código Civil, en su artículo 154 establece que *"los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores", y que "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"*.

¹⁶³ Se podrá adoptar por Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 544 ter, en virtud del artículo 544 quinquies LECRim, por los arts. 61 y ss LOMPIVG y el artículo 158 del Código Civil.

establecido en el CC¹⁶⁴ o bajo el amparo de los artículos que analizaremos en las siguientes líneas.

En virtud del artículo 544 quinquies de la LECrim, se determina que ante la necesidad de proteger al menor por la comisión de determinados delitos¹⁶⁵ incluidos los actos de violencia de género, procede la suspensión de la patria potestad del padre agresor. La aplicación de este artículo podrá hacerse en cualquier momento del procedimiento, con independencia de la existencia de medidas previas acordadas en el marco de un proceso civil¹⁶⁶.

También puede adoptarse la suspensión en virtud del artículo 61.2 LOMPIVG, que establece la obligación del juez de pronunciarse “en todo caso” incluso de oficio, sobre la pertinencia de las medidas cautelares y de aseguramiento, entre ellas se encuentra la relativa a la suspensión de la patria potestad¹⁶⁷. Del mismo modo, el artículo 65 LOVG¹⁶⁸ otorga al juez la facultad de acordar las medidas civiles que considere precisas, como suspender el ejercicio de la patria potestad del inculpado de violencia de género respecto del menor de edad que dependa del mismo, con independencia de la preexistencia de una resolución civil de medidas¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 544 ter en su apartado 7: “Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil”.

¹⁶⁵ Código Penal, artículo 57: “(...) en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares (...)”

¹⁶⁶ AZNAR DOMINGO, A.; MEDINA ÁLVAREZ, M., “La protección jurídica...” Op. Cit.

¹⁶⁷ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 61.2 señala que el juez deberá pronunciarse “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”.

¹⁶⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículo 65: “El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

¹⁶⁹ AZNAR DOMINGO, A.; MEDINA ÁLVAREZ, M., “La protección jurídica...” Op. Cit.

Esta medida se puede adoptar por aplicación del artículo 158 del CC¹⁷⁰, que de su lectura se contempla que no se ve impedida la facultad del juez de acordar la suspensión en interés del menor, en casos en los que se encuentre en situación de riesgo, como la posibilidad de que se ejerza violencia vicaria. También puede deducirse que la medida de suspensión de la patria potestad, además de otras medidas de naturaleza civil que no puedan acordarse por el artículo 544 ter LECrim, se puede adoptar dentro del proceso penal al amparo del artículo 158 del CP¹⁷¹.

A este respecto, a pesar de las previsiones legales expuestas, se entiende por la doctrina que en relativamente pocas ocasiones se adoptó esta medida, ya que suele aplicarse cuando es imposible su ejercicio debido a otras circunstancias, como en los supuestos de privación de libertad del padre agresor, o en casos de prohibición de aproximación y comunicación con los hijos. Por ejemplo, existen sentencias¹⁷² que considera procedente la suspensión mientras que el padre agresor se encuentre privado de su libertad. Por otro lado, la AP de Almería estima pertinente el ejercicio en conjunto de la patria potestad incluso cuando el padre agresor fuera condenado por violencia de género¹⁷³.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que los actos de violencia de género no generan de forma automática la suspensión de la patria potestad para el padre¹⁷⁴, de modo que deben de valorarse diversas cuestiones para su adopción como es el riesgo a que el menor se encuentre en peligro de sufrir violencia vicaria durante el proceso.

¹⁷⁰ Código Civil, artículo 158.6º en virtud del cual, el juez de oficio o a instancia del menor, parientes o del Ministerio Fiscal, dictará: *“La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”*.

¹⁷¹BOADO OLABARRIETA, M., “La privación de la patria potestad como medida penal y civil”, REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 47., 2019, p. 68-77 (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6732442>).

¹⁷² Por ejemplo, la SAP Madrid 1038/2015, de 7 diciembre.

¹⁷³ SAP Almería 81/2015, de 19 febrero.

¹⁷⁴ AZNAR DOMINGO, A.; MEDINA ÁLVAREZ, M., *“La protección jurídica...”* Op. Cit.

4.5. La privación de la patria potestad.

Una de las penas privativas de derechos más gravosa es la privación de la patria potestad del padre agresor respecto del menor afectado por los actos de violencia de género cometidos hacia su madre.

El TS se pronunció en numerosas resoluciones definiendo la patria potestad como una función que le corresponde a los padres velando siempre por el interés superior del menor¹⁷⁵ y que las causas que motivan su privación se establecen como una cláusula general en el artículo 170 CC¹⁷⁶, siendo preciso que en el caso concreto se atiendan a las circunstancias que concurren y se dicte sentencia, ya sea en un proceso matrimonial o criminal.

La privación de la patria potestad conlleva la pérdida de la titularidad de los derechos del hijo. Sin embargo, el hijo sí podrá reclamar alimentos, ya que el padre mantiene todas las obligaciones derivadas de la patria potestad¹⁷⁷. Cabe mencionar que, aunque se aplique este sistema, el padre privado de este derecho puede comunicarse con el menor en virtud del régimen de visitas establecido en una sentencia¹⁷⁸. No obstante, el artículo anteriormente citado abarca varios contenidos que, junto con la diversidad de circunstancias que puedan contemplarse, exigen conceder al juez una amplia discrecionalidad para su apreciación teniendo siempre presente el interés del menor¹⁷⁹.

En condiciones normales, es decir, cuando existe una convivencia pacífica y de respeto entre los progenitores, el ejercicio de la patria potestad se realiza en

¹⁷⁵ Por ejemplo, las STS 281/2019, de 23 de mayo y STS 621/2015, 9 de noviembre de 2015 sostienen que *“la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor”*. En el mismo sentido, SAP Madrid 228/2012, de 27 de marzo, en su FJ segundo, con cita de la STS de 8 de abril de 1975, definen la patria potestad como *“(…) el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y los bienes del descendiente en tanto menor y no emancipado, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian una multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del particular, sino en el del sujeto pasivo”*. entendiéndose sujeto pasivo al menor.

¹⁷⁶ El Código Civil determina en su artículo 170 que: *“Cualquiera de los progenitores podrá ser privado 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”*.

¹⁷⁷ Código Civil, artículo 110: *“Aunque no ostenten la patria potestad, ambos progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”*.

¹⁷⁸ Código Civil, artículo 160: *“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 ese sentido se pronuncia la STS 621/2015, de 9 de noviembre: *“Tampoco imposibilita la decisión que se acuerda el que el demandado pueda relacionarse con su hija en los términos del artículo 160 del Código Civil si así se solicita y se considerase, en su caso, procedente en el futuro”*.

¹⁷⁹ STS 183/1998, de 5 marzo.

conjunto o por uno solo, pero con el consentimiento expreso o tácito del otro¹⁸⁰. En cambio, en supuestos de violencia de género, dicho ejercicio en conjunto puede ser utilizado por el padre para controlar a la mujer y a sus hijos¹⁸¹, ya que ocurre reiteradamente en la sociedad que el padre maltratador se interpone o dificulta algunas decisiones adoptadas por la madre “instrumentalizando a los/las menores para seguir dañando a la mujer” y en detrimento del interés superior del menor¹⁸².

Una medida legislativa que se tomó al respecto fue permitir que sea suficiente con el consentimiento de la madre para que se le preste asistencia psicológica al menor, cuando se haya iniciado un procedimiento penal por un delito de violencia de género o ya exista una sentencia condenatoria al respecto¹⁸³, incluso es posible que el menor reciba asistencia psicológica cuando no se hayan siquiera iniciado actuaciones judiciales¹⁸⁴.

No obstante, en los Tribunales es usual la adopción de la patria potestad compartida. Ello a pesar de las previsiones que ostenta nuestro ordenamiento jurídico para la protección del menor en situaciones de violencia de género, que se dirige a la atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre víctima¹⁸⁵.

No será hasta la reforma introducida en el año 2010¹⁸⁶, cuando se incorpora la posibilidad de solicitar esta pena de carácter accesorio en casos de homicidio, asesinato o tentativa contra la madre de los menores afectados¹⁸⁷. En cambio, la LOPIVI introdujo una reforma en virtud de la cual la pena de privación de la

¹⁸⁰ Código Civil, artículo 156.

¹⁸¹ REYES CANO, P., “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 51, 2017, p. 344. (disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6259>).

¹⁸² REYES CANO, P., “Menores y violencia...” Op. Cit. p. 121

¹⁸³ Código Civil, artículo 156, tras la reforma del año 2018.

¹⁸⁴ Código Civil, artículo 156, tras la reforma del año 2021.

¹⁸⁵ REYES CANO, P., “La patria potestad...”, Op Cit., p. 353.

¹⁸⁶ Por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que en su Exposición de Motivos XIII: “Para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se considera adecuado crear la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el artículo 39, fijándose su contenido en el artículo 46. Esta nueva pena tendrá el carácter de principal en los supuestos previstos en el artículo 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido”.

¹⁸⁷ AZNAR DOMINGO, A.; MEDINA ÁLVAREZ, M., “La protección jurídica...” Op. Cit.

patria potestad se impone como pena principal ante estos delitos¹⁸⁸, ya que estamos ante supuestos en los que es patente el incumplimiento de los deberes paternales, generando en el menor una gran consecuencia psicológica tras la privación de la presencia de la figura materna a lo largo de su vida¹⁸⁹. En casos en los que se daña directamente a los propios hijos, la postura del Tribunal es tajante con la aplicación de la privación automática de la patria potestad, y la fundamenta en que además de tratarse de un grave incumplimiento de los deberes del progenitor, el mismo es un peligro para el menor¹⁹⁰.

Por lo anterior se concluye que la patria potestad debe de ejercerse en todo caso en beneficio de los hijos, de modo que no se permite ningún ejercicio de la misma que solo beneficie al titular¹⁹¹, siendo aplicable su privación en función de la gravedad de los hechos¹⁹² y valorando por encima de todo el interés superior del menor.

¹⁸⁸ En virtud de la reciente reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 24 de junio, que modifica la redacción del artículo 140 bis del Código Penal: *“Si la víctima y quien sea autor de los delitos previstos en los tres artículos precedentes tuvieran un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondrá, respecto de este, la pena de privación de la patria potestad. La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren”*.

¹⁸⁹ STS 1165/1996 de 31 de Diciembre de 1996 y STS 887/2003, 2 de Octubre de 2003, que sostienen: *“con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, 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 154-1º 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, aún previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquel”*. Y además *“se dan los supuestos establecidos en el artículo 170 del Código Civil, ya que en la conducta del padre se observa un absoluto incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, lo que se infiere de la sentencia dictada en causa penal. Incumplimiento que además en el presente caso es negativo para la formación integral de los hijos, que es un elemento esencial”*. Posteriormente encontramos sentencias en ese mismo sentido, por ejemplo, la STS 118/2017, de 25 de febrero de 2017 y STS 432/2017, de 14 de junio de 2017.

¹⁹⁰ SAP Badajoz 585/2019, 4 de septiembre de 2019, STS 291/2019, 23 de mayo de 2019; También citamos como ejemplo la STS 663/2017, de 10 de octubre de 2017, por la que se priva de la patria potestad a un padre por agresión y abusos hacia su hija menor.

¹⁹¹ STS 1165/1996, 31 de diciembre de 1996.

¹⁹² SAP Albacete 275/2015, Sección 1.ª, de 27 de octubre de 2015, Recurso 133/2015, que considera que la privación es de carácter excepcional en casos en los que los hechos cometidos sean de especial gravedad.

En este sentido, es relevante citar el pronunciamiento del TS¹⁹³ que adopta la pena de privación de la patria potestad, señalando unos criterios¹⁹⁴ a seguir para su adopción, que son los siguientes: su imposición es potestativa; requiere motivación; tiene que existir una relación entre el delito cometido y el objeto de la pena; y en concreto, en delitos castigados con pena igual o superior a diez años, se exige una “relación directa” entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad. Respecto al último criterio señalado, el TS tenía una postura errónea¹⁹⁵, fundamentándose en que la mera presencia del menor en el momento en el que se ejerce la violencia sobre su madre no es suficiente para que exista esa “relación directa”, motivando al mismo tiempo su decisión en que una sentencia anterior adoptó dicha pena porque las lesiones y malos tratos fueron cometidos sobre el propio menor. En consecuencia, es a partir del año 2015 cuando finalmente el Tribunal contempla la existencia de un nexo entre el delito y los efectos que tiene en el desarrollo de la personalidad y salud del menor siendo por tanto procedente la imposición de la privación de la patria potestad¹⁹⁶. Por último, considero relevante mencionar que el Juez puede acordar la recuperación de la patria potestad cuando cese la causa que motivó la privación,

¹⁹³STS 568/2015, Sala Segunda de lo Penal, de 30 de septiembre que indica: *“Es patente que el hecho de haber presenciado la menor el ataque de su progenitor a su madre acuchillándole repetidas veces constituye un dato que acredita suficientemente el nexo entre el delito y el perjuicio para el desarrollo integral de la menor que se vería victimizada del hecho de mantener el padre la patria potestad y del derecho de visitas, por lo que se cumple el requisito de conexión que exige el art. 50 Código Penal”*.

¹⁹⁴ PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., “Problemática específica de la custodia y de las relaciones parentales en casos de violencia sobre la mujer o sobre menores”, (Coords. MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, C., MARTÍNEZ TRISTÁN, C.), Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, Consejo General del Poder Judicial, 2020, p. 209. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/OBSERVATORIO%20DE%20VIOLENCIA%20DOM%20C3%89STICA/ESTUDIOS/FICHERO/2020%20Guia%20criterios%20act%20jud%20custod%20compart-act.pdf>

¹⁹⁵ STS 780/2000, 11 de septiembre de 2000 cuando sostiene que *“precisa para su imposición que tal derecho haya tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la Sentencia esta vinculación; exigencias que no concurren en el presente caso. La privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio cometido contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal”*.

¹⁹⁶STS 568/2015, Sala Segunda de lo Penal, de 30 de septiembre que indica: *“el acuchillamiento de la madre por el recurrente fue efectuado en presencia de la menor, que a la sazón tenía tres años, dato que el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción, además de un delito contra la madre de la menor, un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado.(...) es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad”*.

se contempla, por tanto, la posibilidad de carácter temporal de dicha medida¹⁹⁷. A este respecto, señalar que debe de valorarse minuciosamente la desaparición de la causa que lo motivó, teniendo en cuenta los riesgos a los que puede verse expuesto el menor y la mujer víctima.



¹⁹⁷ Código Civil, artículo 170 que sostiene: *“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”*.

5.- CONCLUSIONES.

PRIMERA. La violencia de género de acuerdo a la ley es aquella ejercida en el ámbito de la pareja o ex pareja. No obstante, se ha determinado jurídicamente que al existir una motivación del hombre agresor de ocupar una posición de superioridad sobre la víctima, ya se considera violencia de género, por lo cual esta puede situarse fuera del contexto de una relación de pareja, siempre que se acredite que es como consecuencia de discriminación hacia la mujer.

SEGUNDA. A lo largo de la historia, esta violencia ha pasado desapercibida en gran medida por la ausencia de regulaciones, sin embargo, las nuevas reformas legislativas buscan reconocer los efectos que tiene, no solamente sobre la mujer, sino también sobre los niños con los que convive, dando origen a lo que hoy se conoce como violencia vicaria.

TERCERA. Al existir una relativización en cuanto a la clasificación del menor como víctima directa e indirecta de violencia de género. Se toman medidas de protección insuficientes que lo siguen exponiendo al riesgo de violencia. Esto se refleja en la existencia de cifras crecientes de menores víctimas, por lo cual se ha definido que el mayor desafío de las reformas está enfocado en la prevención como principal objetivo. De acuerdo al análisis realizado, la violencia vicaria debiese ampliarse a los casos en que el menor es espectador de actos de violencia de género considerándolos como víctimas directas, lo que permitiría acceder a mayores herramientas de protección.

CUARTA. A pesar del esfuerzo por integrar como víctimas directas a los menores que presencian la violencia ejercida sobre sus madres o mujeres de la que dependen, existe una brecha entre el reconocimiento jurídico y su efectividad con la implementación de medidas de protección.

Ante ello, se debe de fijar un marco legal que incluya criterios claros y ponderados para la toma de decisiones a favor del interés superior del menor, brindar recursos suficientes y promover la formación de los profesionales que se encarguen de garantizar el bienestar del menor. Solo de este modo se podrá

cerrar la brecha entre el reconocimiento legal y la protección real de los menores expuestos a la violencia de género.

QUINTA. La existencia de violencia en los hogares es fundamento suficiente para que se cuestionen los derechos parentales, ya que son situaciones en las que el menor se puede ver afectado negativamente en su desarrollo. Se debe partir de que el interés superior del menor pretende garantizar la efectividad de sus derechos y su protección, considerando que son personas que carecen de capacidad de actuación por sí mismas.

SEXTA. En numerosas ocasiones se han limitado los derechos parentales del padre agresor sin considerar lo suficiente la gravedad de los hechos como un factor determinante. Esto se ha constatado en los tribunales, donde se justifica la complejidad que genera compatibilizar esos derechos con la situación en la que se encuentra el padre, por ejemplo, estar privado de libertad, o por la relación conflictiva que mantiene con la mujer tras los sucesos violentos. Al considerar la gravedad de los hechos, la decisión judicial que se tome será más efectiva para proteger el interés superior del menor.

SÉPTIMA. Para evitar sesgos de decisión en las medidas de protección del menor en los diferentes tribunales se propone la aplicación de una matriz de decisiones que permitiría a la autoridad judicial unificar criterios y valorarlos en beneficio del interés superior del menor de manera objetiva, y con ello evitar interpretaciones influenciadas por factores subjetivos, tales como estereotipos patriarcales, sesgos androcéntricos, ideologías, etc. Esta propuesta abre la posibilidad de un futuro proyecto de investigación que permita desarrollar una herramienta que incluya todas las dimensiones de bienestar del menor y con ello prevenir el costo social tanto presente como futuro que genera un menor afectado en su desarrollo.

6.- BIBLIOGRAFÍA

ABRIL STOFFELS, R., “El Convenio de Estambul y sus efectos sobre la calificación jurídica de los casos de la “manada”, Producción Científica UCH, 2020

AGUSTINA, J.R., *Violencia intrafamiliar: raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, EDISOFER, Madrid, 2010, p.81

AZNAR DOMINGO, A.; MEDINA ÁLVAREZ, M., “La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales”, *Revista de Jurisprudencia*, abril, 2022

BOADO OLABARRIETA, M., “La privación de la patria potestad como medida penal y civil”, *Revista jurídica de Castilla y León*, 2019

CAGIGAS ARRIAZU, A., “El patriarcado, como origen de la violencia doméstica”, Dialnet, 2000

CAMPS DUTREM E., “Un gran reto de la prueba en violencia vicaria: indicadores para su detección” en *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial* (Coord. CERRATO GURI E.) La Ley, Madrid, 1ª edición, 2022

CASADO CASADO, B., *Menores y violencia de género. La protección del menor ante situaciones de violencia machista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

CEREZO GARCÍA-VERDUGO, P., “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 2004

CERRATO GURI, E., “Las medidas civiles de la orden de protección para la tutela de las personas menores de edad en los conflictos de violencia de género” en *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial* (Coord. CERRATO GURI E.), La Ley, Madrid, 1ª edición, 2022

D'ARGEMIR CENDRA, M., *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, (Coord. GÓMEZ COLOMER J.), Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, 2007

DÍAZ VELÁZQUEZ, A., “Menores expuestos a la violencia de género: medidas civiles de protección”, *Boletín Digital AJFV*, 2016

FERNÁNDEZ FUSTES, M., COELLO PULIDO, Á., *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, (Coord. RODRÍGUEZ CALVO, M., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., “Hijas e hijos víctimas de la violencia de género” *Revista Doctrinal Aranzadi*, Madrid, 2018

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 2/2008

LORENTE ACOSTA, M., “El agresor en la violencia de género. Consideraciones sobre su conducta y estrategias”.

LOUSADA AROCHENA, J., “El convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2014

MARÍN DE ESPINOSA, E., (2018). “Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género”, *InDret* 20, 2018

PEREIRA, R., “Propuesta de definición de violencia filio-parental: consenso de la sociedad española para el estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP)”, Papeles del Psicólogo / Psychologist Papers, 2017. Vol. 38(3)

PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., “Problemática específica de la custodia y de las relaciones parentales en casos de violencia sobre la mujer o sobre menores”, (Coords. MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, C., MARTÍNEZ TRISTÁN, C.), Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, Consejo General del Poder Judicial, 2020

PÉREZ VALLEJO, A., “Custodia compartida y violencia de género: Cuestiones controvertidas ex art.92.7 CC”, Revista de Estudios de las Mujeres, Vol.4, 2016

PICONTÓ NOGALES, T., “Los derechos de las víctimas de violencia de género: Las relaciones de los progenitores con sus hijos”, Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, núm. 39, 2018

PLATERO ALCÓN, A., “La patria potestad vs. el menor online: una ponderación de derechos constante”, Revista la propiedad inmaterial, 2017

REYES CANO, P., “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 51, 2017

REYES CANO, P., “Menores y violencia de género: nuevos paradigmas”, Tesis doctoral, Madrid, 2019

REYES CANO, P., “Puntos clave en la atención a hijos e hijas víctimas de violencia de género”, Lúa Ediciones 3.0, 2022

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, D., “Análisis de la Ley 8/2021, de 2 de junio y su incidencia en el derecho de visita”, 2023

RUIZ-JARABO PELAYO, F., “Patria potestad, custodia y visitas en violencia de género”, 2016

SERRANO HOYO, G., “Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 2004

VACCARO, S. “Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema. Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres”, Asociación de Mujeres Psicología Feminista, 2021

VERDARA IZQUIERDO, B., “Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género”, (Coord. VÁZQUEZ BERMÚDEZ, I.), Investigación y género, logros y retos: III Congreso Universitario Nacional Investigación y Género, [libro de actas], 2011

VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A., “Problemática específica en casos de violencia sobre la mujer o sobre menores en la Guía de criterios del CGPJ en materia de custodia compartida”, Editorial jurídica Sepín, 2021

VILLÓ TRAVÉ, C., “Las medidas civiles para la protección de los hijos e hijas víctimas de violencia de género. Especial referencia a la reforma del régimen de visitas introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio” en *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial* (Coord. CERRATO GURI E.), La Ley, Madrid, 1ª edición, 2022

VVAA, “La víctima de violencia de género”, VLEX, 2006

WALKER, L., “Psychology and Domestic Violence around the World”, American Psychologist PsycARTICLES, 1999