

---

## Hijas e hijos víctimas de la violencia de género.

[BIB 2018\11763](#)

**Itziar Gómez Fernández.**

Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid.

**Publicación:** Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2018 parte Legislación. Doctrina

Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.

### Resumen

«La violencia de género no sólo convierte en supervivientes a las mujeres que la superan, sino a sus hijos e hijas. No obstante, su consideración como víctimas de violencia de género ha sido una incorporación muy reciente a nuestro ordenamiento. Y el mismo sigue pareciendo deficiente a la hora de establecer mecanismos de protección de dichos menores. No obstante, el problema mayor no reside en las normas, sino en la aplicación de las mismas que hacen los titulares de los órganos judiciales. El amplio margen de valoración que la ley les atribuye, no suele concluir con la suspensión de las facultades vinculadas al ejercicio de la autoridad parental, que sería uno de los mecanismos de protección más eficaces, sino con su mantenimiento. La convicción de que mantener las relaciones familiares en todo caso, coadyuva al interés superior del menor, choca frontalmente con el aseguramiento del bienestar de los niños y niñas víctimas de violencia de género. Por eso es necesario redefinir los márgenes interpretativos de los órganos judiciales. El artículo ofrece algunas pautas para efectuar esta redefinición.»

Abstract: «Gender-based violence transforms women who overcome it as well as their daughters and sons, into survivors. However, the recognition in our legal system of the latest as gender violence victims is very recent. Besides, the legal mechanisms to protecting them seem us to be still insufficient. Nevertheless, the primary challenge does not lie in the laws but their application by courts. The wide margin of assessment which jurisdictional bodies are provided with, it does usually not imply the suspension of powers that parental authority entails. Even though that suspension would be one of the most effective protection mechanisms. Considering the maintenance of family relationships as the proper way to contribute to the best interests of the child beyond any circumstance, clashes head-on with ensuring the well-being of who is a victim of gender violence. That is the reason why it is necessary to redefine the courts' margin for interpretation. This paper is aimed at providing some guidelines for carrying out that task of redesign.»

### Palabras clave

Violencia de género, Autoridad parental, Menores, Jurisprudencia, Suspensión de la patria potestad, Custodia compartida.

Gender-based violence, Family relationships, Children, Parental authority.

## I. Introducción: los niños y las niñas como víctimas visibles de la violencia de género

La acción normativa para combatir la violencia de género en España ha sido un ejemplo paradigmático en derecho comparado pero, a pesar de ello, parece no haber cubierto adecuadamente todos los flancos. Este artículo se refiere a uno de ellos; la adecuada protección de los niños y niñas víctimas de violencia de género frente a los agresores.

La Asamblea General de Naciones Unidas pronunció en 1993 la [Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer](#)<sup>1</sup>. Un documento que decantaba un trabajo previo sumamente intenso y que, al tiempo, sirvió como acicate para el desarrollo de instrumentos jurídicos específicos para luchar contra el fenómeno de la violencia contra la mujer, tanto a nivel estatal como internacional. Unos instrumentos entre los que, lamentablemente, no se cuenta un tratado de alcance universal.

Ello no ha impedido que el **Comité de Expertas** que hace el seguimiento de la [Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 \(CEDAW\)](#) y su [Protocolo Facultativo](#), haya interpretado que debe incluirse en la noción de discriminación contra la mujer<sup>2</sup>, la violencia de que la mujer es objeto por razón de su género, y ello a pesar de que la [CEDAW](#) no la incluya expresamente como tal. Tampoco ha impedido que los dos sistemas regionales (continentales) más desarrollados en el ámbito de la protección de los derechos humanos, esto es la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Consejo de Europa (COE), hayan elaborado tratados internacionales específicos sobre la materia, y que están vigentes en sus respectivos ámbitos territoriales. En el seno de la OEA, el 5 de marzo de 1995, entró en vigor la Convención de Belém do Pará, firmada en 1994. El [Convenio del COE sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica](#), conocido como [Convenio de Estambul](#)<sup>3</sup> debió esperar casi dos décadas más para ser aprobado, el 11 de mayo de 2011.

<sup>1</sup> [Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993](#). A partir de ese momento pueden citarse, en el ámbito de Naciones Unidas, la [Resolución 48/104](#), reiterada en la Resolución 62/1338, sobre la intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer (7 de febrero de 2008); la Resolución 52/86, de «Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer» (2 de febrero de 1998); la Resolución 55/2 sobre las «Prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña» (de 9 de febrero de 1998); la Resolución 54/134 que declara el 25 de noviembre como el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (de 17 de diciembre de 1999); la Resolución 58/147 sobre la «Eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar» (de 22 de diciembre de 2003); la Resolución 59/165 titulada «Hacia la erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer y la niña» (10 de febrero de 2005); la Resolución 59/166 sobre la «Trata de mujeres y niñas» (de 10 de febrero de 2005); o la Resolución 60/139, sobre la «Violencia contra las trabajadoras migratorias» (de 7 de febrero de 2006). Por su parte, también en el ámbito de los organismos de Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social elaboró en 1996 la Resolución 1996/12 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas la Resolución 1325 (2000) relativa a las mujeres y la paz y la seguridad; la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas la Resolución 2003/45, de 23 de abril de 2003, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la Resolución 2005/41 para la eliminación de la violencia contra la mujer.

<sup>2</sup> Recomendación núm. 19 del año 1992.

<sup>3</sup> Esta norma está vigente en España desde el 1 de agosto de 2014. [BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014](#).

Entre ambas fechas, en España se ha desarrollado una normativa extensa, tanto de ámbito estatal como de ámbito autonómico<sup>4</sup>, con el objetivo claro de proteger a las mujeres víctimas de violencia de género:

<sup>4</sup> [Ley 12/2007, de 26 de noviembre](#), de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género y [Ley 13/2007, de 26 de noviembre](#), para la promoción de la igualdad de género en Andalucía; [Ley 4/2007, de 22 de marzo](#), de Prevención y Protección integral a las mujeres víctimas de la violencia en Aragón; [Ley 1/2004, de 1 de abril](#), Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y Protección a sus Víctimas de Cantabria; [Ley 5/2001, de 17 de mayo](#), de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas de Castilla la Mancha y [Ley 12/2010, de 18 de noviembre](#), de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha; [Ley 1/2003, de 3 de marzo](#) de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León, [Ley 7/2007, de 22 de octubre](#), de modificación de la [Ley 1/2003, de 3 de marzo](#), de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Castilla y León, [Ley 13/2010, de 9 de diciembre](#), contra la Violencia de Género en Castilla y León y [Ley 1/2011, de 1 de marzo](#), de evaluación del impacto de género en Castilla y León; [Ley 5/2008, de 24 de abril](#), del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña; [Ley 9/2003, de 2 de abril](#), de la Generalitat de Valencia, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; [Ley 8/2011, de 23 de marzo](#), de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Extremadura; [Ley 7/2004, de 16 de julio](#), gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres; [Ley 11/2007, de 27 de julio](#), gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género; [Ley des Illes Balears 12/2006, de 20 de septiembre](#), para la mujer; [Ley canaria 16/2003, de 8 de abril](#), de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género y [Ley 1/2010, de 26 de febrero](#), Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres; [Ley 3/2011, de 1 de marzo](#), de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja; [Ley 5/2005, de 20 de diciembre](#), integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid (modificada en junio de 2018); [Ley Foral 22/2002, de 2 de julio](#), para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, [Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre](#), de fomento de la Igualdad de oportunidades entre Mujeres y Hombres, [Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo](#), de modificación de la [Ley Foral 22/2002, de 2 de julio](#), para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista; [Ley asturiana 2/2011, de 11 de marzo](#), para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género; [Ley 7/2007, de 4 de abril](#), para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia; [Ley 3/2008, de 3 de julio](#), de Modificación de la [Ley 7/2007, de 4 de abril](#), para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia; [Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero](#), para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

La [Ley 27/2003, de 31 de julio](#), reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica<sup>5</sup>;

La [Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre](#), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ( [LOPIVG](#) )<sup>6</sup>;

El [Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre](#), por el que se regula la ayuda económica establecida en el [artículo 27](#) de la Ley Orgánica 1/2004;

El [Real Decreto 253/2006, de 3 de marzo](#), por el que se establecen las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer<sup>7</sup>;

La [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ( [LOI](#) )<sup>8</sup>;

La [Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ( [LOPIA](#) )<sup>9</sup>;

Y la [Ley 4/2015, de 27 de abril](#), del Estatuto de la víctima del delito<sup>10</sup>

<sup>5</sup> BOE núm. 183, de 01/08/2003.

<sup>6</sup> BOE núm. 313, de 29/12/2004.

<sup>7</sup> BOE núm. 62, de 14/03/2006.

<sup>8</sup> BOE núm. 71, de 23/03/2007.

<sup>9</sup> BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

<sup>10</sup> BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

Todas estas disposiciones han desarrollado, y dado cumplimiento, al mandato de Naciones Unidas de trabajar por la erradicación de la violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de serlo. Pero la más relevante es, seguramente, la [LOPIVG](#). La misma supuso un cambio dogmático y de aproximación conceptual al problema de la violencia de género, que se define en esta norma con carácter restrictivo; aportó un cambio orgánico, porque supuso la creación de órganos judiciales específicos para abordar integralmente la violencia de género, y porque reorganizó procesal y competencialmente el sistema de recursos al alcance de las mujeres víctimas de violencia; y facilitó un cambio cultural, porque sacó de la esfera privada la «violencia doméstica», para convertirla en un problema de orden público.

Pero este impulso normativo que resultó, sin duda alguna, un paradigma en el ámbito del derecho comparado (GÓMEZ, 2008), no parece haber sido suficiente, y la firma reciente del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género<sup>11</sup> ha puesto sobre la mesa la necesidad de abordar la elaboración de disposiciones nuevas, o de modificar alguna de las existentes, porque la violencia de género no ha disminuido, estadísticamente hablando, en la medida en que se había esperado. Los datos que ofrecen a este respecto el *Observatorio contra la violencia doméstica y de género*<sup>12</sup>, del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), y la *delegación del Gobierno para la Violencia de género*<sup>13</sup>, ponen de manifiesto que el número de víctimas mortales de la violencia de género es sumamente elevado, y que continúa siendo altísimo el número de denuncias.

<sup>11</sup> BOCG núm. 225, Serie D, de 9 de octubre de 2017, Puede consultarse en(último acceso 1 de junio de 2018).

<sup>12</sup> Las estadísticas judiciales sobre violencia de género y doméstica se pueden consultar on line en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/> (último acceso 1 de abril de 2018)

<sup>13</sup> Este observatorio dependía hasta mayo de 2018 del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y las estadísticas podrían consultarse en(último acceso 1 de abril de 2018).

Pero la cuestión no es pedirle a la norma lo que la sociedad no es capaz de conseguir tampoco por otras vías. La [Ley](#) no es un elemento aislado, pero si es un instrumento perfectible. De hecho, una década después de la aprobación de la [ley integral](#), la evaluación sobre su eficacia permitió identificar, entre otros, dos puntos débiles sobre los que era necesario trabajar. De un lado se percibió la necesidad de expandir el concepto de violencia de género. La Ley Integral autodefinía su

objeto en el [art. 1](#) , estableciendo que se abordaba en la [ley](#) la «*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*» . Esta definición tenía como objetivo introducir el cambio dogmático al que antes se ha hecho referencia, redefinir la violencia doméstica como violencia estructural basada en el género y, por eso mismo, sospechosa de integrar una causa de discriminación. Y resultó pedagógicamente útil. Pero hoy, cumplido el objetivo inicial, es preciso ir un poco más lejos. Las mujeres sufrimos violencia, por el hecho de ser mujeres, en otros muchos ámbitos, más allá del puramente «doméstico». Los asesinatos de mujeres –los feminicidios– fuera del contexto de relaciones afectivas presentes, pasadas o, incluso, frustradas, quedan fuera de la aplicación de la norma. También permanece extramuros de esta disposición legal el supuesto de las víctimas de trata para explotación sexual que son agredidas o vejadas en ese contexto, por los prostituidores o los proxenetas. Lo están, asimismo, las víctimas de violencia sexual, las supervivientes de mutilación genital femenina, o las niñas y jóvenes que han sido sometidas a matrimonios forzosos.

Respecto de este primer elemento débil identificado, la medida 84 del *Pacto de Estado* , apuesta por ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el [Convenio de Estambul](#) . Su [art. 3](#) establece que debe entenderse que la violencia contra la mujer es una «violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres», y que este concepto agrupa «*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*». Dentro de ese concepto amplio, como modalidad específica, el [Convenio](#) se refiere a la «violencia doméstica» para definir «*los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima*» . Sin entrar ahora a discutir sobre si el concepto es más adecuado que el que formula nuestra norma interna, sobre si supone o no un retroceso «dogmático» e incluso «político» volver a hablar de violencia «doméstica», lo cierto es que el Pacto se refiere a la necesidad de ajustar las definiciones, y en ese camino debería, efectivamente, avanzarse.

De otro lado se hizo patente, en particular a partir de la firma del [Convenio de Estambul](#) , y de la aprobación de la [Directiva 2012/29/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012<sup>14</sup> , por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que las disposiciones legales habían sido ciegas a una realidad estrechamente vinculada a la violencia sobre las mujeres cuando estas, además, son madres: la violencia ejercida sobre sus hijos e hijas por el maltratador.

<sup>14</sup> DOU de 14 de noviembre de 2012.

Una prueba de la invisibilidad del menor en este contexto, quizá anecdótica pero sin duda elocuente, viene dada porque no han aparecido en las estadísticas hasta el año 2013 y, desde este momento, sólo se trata de una estadística de víctimas mortales<sup>15</sup> . En 2013 seis menores muertos a manos de sus padres o las parejas presentes o pasadas de sus madres, con el objeto de infringirles un daño moral irreparable. Cuatro en 2014. Cinco en 2015. Uno en 2016. Ocho en 2017. Uno en lo que llevamos de año. La mayoría de ellos (16 de 25) eran menores de ocho años cuando fueron asesinados. Y junto a ellos y ellas 185 menores huérfanos desde 2013 porque sus madres fueron víctimas mortales de violencia.

<sup>15</sup> Véanse los datos en (último acceso 1 de junio de 2018)

A todas luces, estos datos son insuficientes para hacernos una idea exacta de la magnitud del problema (LÓPEZ MONSALVE, 2014, 60). También lo son los contenidos en las macroencuestas sobre violencia de género del año 2011<sup>16</sup> y de violencia contra la mujer del año 2015<sup>17</sup> , o los que facilita el observatorio del CGPJ<sup>18</sup> , que nos habla de las medidas de protección de los menores, es decir de las medidas cautelares adoptadas en el orden civil, pero sin contextualizar en qué supuestos

se adoptan esas medidas, y sin ofrecer datos sobre el contenido de las resoluciones definitivas que fijan el régimen de las relaciones familiares tras la separación o el divorcio. El diagnóstico sobre la insuficiencia<sup>19</sup> es, asimismo, demostrativo de la premisa de partida: la invisibilidad de los menores hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género como parte integrante del ciclo de la violencia, como víctimas atrapadas en ese mismo círculo.

<sup>16</sup> Pueden consultarse sus resultados y el análisis sobre la misma en el documento de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género titulado « *Análisis sobre la macroencuesta de violencia de género 2011*», disponible en [http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2012/pdf/IV\\_Macroencuesta\\_2011.pdf](http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2012/pdf/IV_Macroencuesta_2011.pdf) (último acceso 1 de junio de 2016)

<sup>17</sup> Disponible en (último acceso 1 de junio de 2018) [http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro\\_2\\_2\\_Macroencuesta2015.pdf](http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_2_2_Macroencuesta2015.pdf)

<sup>18</sup> Pueden consultarse las estadísticas anuales de violencia en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Obervatorio/Datos-estadisticos/>. El análisis sobre las medidas atinentes a los menores se contiene en el documento en PDF que resume las estadísticas. El más reciente es el titulado *Violencia sobre la Mujer Año 2017*.

<sup>19</sup> Son precisos estudios cuantitativos y cualitativos que despejen dudas sobre los niños víctimas de violencia directa en contextos de violencia de género, sobre el seguimiento penal de estos asuntos, y sobre las medidas civiles adoptadas en los supuestos de violencia de género en relación con los menores, poniendo en relación el tipo penal y el tipo de medida civil (REYES CANO, 2015). La Medida 169 del Pacto de Estado así lo expresa: «*Medida 169. Impulsar la incorporación, en las bases estadísticas de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, de indicadores específicos que permitan conocer el número de niños y niñas menores y jóvenes que han sido víctimas de violencia de género, incluyendo aquellos datos o circunstancias relacionados, como las de orfandad, nivel socio-económico o nivel socio-educativo. Particularmente ha de quedar recogido el régimen de tutela y cualquier otra especificación adicional que complemente y permita precisar adecuadamente el perfil de dichas víctimas, con el fin de aplicar las medidas acordadas*». Puede consultarse en (último acceso 1 de junio de 2018).

Este segundo punto débil, es aquel cuyo análisis abordamos en las páginas que siguen.

## II . Identificación de los menores víctimas de violencia de género

Actualmente, cuando hablamos de los niños y niñas víctimas de violencia de género no nos referimos a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia, ni a los menores que han sido testigos de la violencia sufrida por sus madres. Hoy podemos entender que hablamos de los niños que, viviendo en entornos donde está presente la violencia de género contra sus madres, ellos son víctimas directas también de esa violencia. Es decir de **niños expuestos a la violencia de género** que son, por las consecuencias perniciosas que esta exposición tiene sobre su bienestar, víctimas directas de la violencia (REYES CANO, 2015, 184).

Pero este enfoque es muy reciente, en particular en España (REYES CANO, 2015, 182) y viene inspirado por un doble elemento de análisis. De un lado el que aporta la perspectiva de género<sup>20</sup> en el análisis técnico y político. De otro el que proporciona la aproximación a las niñas, niños y adolescentes, como sujetos de derechos, y no como mero objeto sobre el que se aplica el derecho para ellos creado. Si se utilizan ambas dimensiones en el análisis del fenómeno, se llega a dos conclusiones muy claras:

<sup>20</sup> Recuérdese que la «perspectiva de género» es la selección de un determinado punto de vista para analizar un problema social, político o jurídico concreto, habiendo sido definido por Naciones Unidas como una fórmula de evaluación «*de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros*». Conclusiones del ECOSOC de 1997, consultadas en (último acceso 1 de junio de 2018)

los menores son víctimas de violencia cuando esta se ejerce sobre sus madres, porque la violencia no se encapsula sino que irradia efectos a las personas que rodean, de forma más cercana, a la víctima inmediata, que es la mujer;

los menores pueden ser correa de transmisión de distintas formas de violencia por parte de uno de sus progenitores, hacia el otro. Y, estadísticamente, son mayoritariamente instrumento a través del

que los padres ejercen violencia sobre las madres. Es decir son cauce a través del que se ejerce violencia de género.

Y estas dos conclusiones fuerzan a la elaboración de un discurso complejo. Como víctimas, los menores han de ser protegidos, y sus madres han de encontrar a su vez protección frente a la instrumentalización de los menores para ejercer violencia contra ellas. Y es necesario hacer compatibles ambas dimensiones del discurso. El *Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de Género*, lo explica claramente:

«Si ha sido difícil, y aún no se ha acabado, explicar y concienciar lo que es la violencia de género, su génesis, indicadores, detectores, mucho más lo es entrar en el mundo de la infancia donde los bloqueos emocionales sociales son mucho más grandes. Cuesta mucho entender que un juez pueda conceder visitas a un padre biológico, condenado por maltratar a la madre, incluso con la resistencia del menor. Lo que sucede es que se piensa que el juez no cree al menor o incluso que no le cabe en la cabeza que un padre, por muy maltratador que sea, hará daño a su hijo. Y ahí caemos en el relato, en la mitificación, en no querer afrontar los hechos como son» (BESTEIRO, 2011, 550)<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Puede consultarse el informe en su totalidad en (último acceso 5 de junio de 2018) [http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/educativo/informes/pdf/InfanciaV\\_cap2\\_lib14.pdf](http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/educativo/informes/pdf/InfanciaV_cap2_lib14.pdf)

Hoy, conceptual y normativamente, empezamos a no considerar a los menores sujetos ajenos al escenario de violencia, sino víctimas directas, aunque no lo sean de violencia física o moral infringida contra ellos en primera persona. No son meros testigos<sup>22</sup>. A partir de esa consideración, podemos colocarlos en el centro del problema, como a sus madres. Y, una vez situados bajo el mismo foco, podremos analizar de modo más preciso las medidas sociopolíticas, normativas y jurisprudenciales que conviene adoptar para proteger a estos sujetos, particularmente vulnerables por su doble condición de menores, y de víctimas de violencia de género. En este escenario se constata que los profesionales del ámbito judicial son los más reticentes a calificar a los menores como víctimas de la violencia de género, cuando no han sufrido violencia directa, particularmente física (LÓPEZ MONSALVE, 2014, 38). Estas reticencias debieran ser superadas. Es preciso tener presente que el comportamiento de los agresores tiene siempre un impacto sobre esos menores, una huella sobre su salud y sobre su desarrollo. De hecho, dentro de la definición de maltrato infantil se incluye la violencia psicológica, que a su vez contempla, como uno de los tres subtipos, la exposición a la violencia de género familiar. Así se considera víctima de género al niño o la niña expuesto a violencia de género en su ámbito familiar, por el hecho de vivir en un hogar donde su padre, o el compañero de su madre, es violento con la mujer (BESTEIRO, 2011, 553).

<sup>22</sup> Y aun cuando los considerásemos testigos, no debe olvidarse que, según la RESOLUCIÓN 1714(2010) COE, ser testigo del maltrato a la madre es una forma de abuso psicológico sobre el menor, y ello, sin entrar al hecho de que puedan ser objeto directo de violencia. La resolución dice literalmente: « *Domestic violence is, in a majority of cases, violence against women conducted by men from their immediate social environment. Whenever a mother is subjected to violence, there is a great probability that a child witnesses this violence. Every single child exposed to violence at home reacts differently, but witnessing violence against their mother is, in all cases, a form of psychological abuse which has potentially severe consequences* » . Disponible en (último acceso 1 de junio de 2018) [http://www.menoresyviolenciadegenero.es/documentos/normativa-nacional-e-internacional-menores-expuestos-violencia-de-genero/Resolucion-1714\\_2010-Consejo-de-Europa.pdf](http://www.menoresyviolenciadegenero.es/documentos/normativa-nacional-e-internacional-menores-expuestos-violencia-de-genero/Resolucion-1714_2010-Consejo-de-Europa.pdf)

Los estudios efectuados por psicólogos y educadores<sup>23</sup> muestran que estos menores expuestos a violencia de género, pueden presentar los mismos patrones que las víctimas de abusos sufridos en primera persona. Suelen presentar conductas agresivas y antisociales; un menor rendimiento académico y menores competencias sociales; promedios elevados de ansiedad, depresión y cuadros de estrés postraumático; alteraciones físicas, problemas cognitivos y problemas de conducta; y además pueden reproducir marcados roles de género y modelos violentos de relación con otras personas<sup>24</sup>. La violencia de que son víctimas, por tanto, condiciona su vida tanto como las de sus madres, de modo que no hay razón para excluirlos de las políticas integrales de lucha contra la violencia de género, ni para invisibilizarlos en las normas, ni para ignorarlos en los procesos judiciales, en particular en los procesos penales contra los agresores, pero también en los que tienen que ver con el derecho de familia.

<sup>23</sup> Citados y resumidos en el *Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de*

Género , de 2011 (BESTEIRO, 2011).

<sup>24</sup> Sistematiza los efectos y consecuencias de la violencia de género sobre los menores expuestos a ella, LÓPEZ MONSALVE, 2014, 45 y ss. También se puede leer sobre las consecuencias de la exposición a la violencia de género por parte de los menores en el informe de SAVE THE CHILDREN, *En la violencia de género no hay una sola víctima*, disponible en línea en <https://www.savethechildren.es/publicaciones/en-la-violencia-de-genero-no-hay-una-sola-victima> (último acceso el 6 de junio de 2018).

El propio Tribunal Supremo sostiene en la reciente [STS núm. 247/2018, de 24 de mayo](#) , con cita de abundantemente jurisprudencia, que la exposición a la violencia de género tiene efectos sobre el bienestar del menor, esto es, 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, de 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».*

Pero el camino hasta llegar a este pronunciamiento no ha sido precisamente corto. El cambio normativo, que siguió a un cambio de enfoque, se dio con la [Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio](#) , de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>25</sup> . Esta norma transformó el [art. 1.2 LOPIVGR](#), redefiniendo el objeto de la misma. Si la versión inicial del precepto establecía que la ley determinaba medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas, la versión revisada del precepto reconoce que esas medidas de protección integral tienen por finalidad «prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia» . Por tanto, hoy por hoy, la [LOPIVG](#) reconoce expresamente que los menores también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares.

<sup>25</sup> BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

Y lo hace también el [art. 10](#) del Estatuto de la víctima del delito cuando dice que «los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los [Títulos I](#) y [III](#) de esta Ley» , sabiendo que el [Título I](#) se refiere a los derechos básicos de las víctimas, y el [Título III](#) a la protección de las mismas. Entre esos derechos destacaría el de entender y ser entendida ( [art. 4](#) ); el derecho a la información desde el momento en que entra en contacto con las autoridades públicas de todos aquellos extremos que se recogen en el [art. 5](#) de la Ley y, en particular a recibir toda la información posible sobre la causa penal ( [art. 7](#) ); como denunciante, el derecho a quedarse con una copia de la denuncia y al intérprete ( [art. 6](#) ), derecho este último que permanece con la víctima, aunque no sea denunciante, en el curso del procedimiento y en su relación con las administraciones ( [art. 9](#) ); el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo ( [art. 10](#) ); y, junto a los anteriores, el elenco de derechos que asisten a la víctima en el curso del procedimiento penal ( [arts. 11](#) a [18](#) ) y otros tantos que le aseguran la protección ( [arts. 19](#) a [26](#) ).

Estas dos modificaciones legales hacen a los menores destinatarios de las medidas de asistencia y protección, y por tanto de las políticas públicas destinadas a garantizar su recuperación en tanto que víctimas y su posición en el curso del proceso penal<sup>26</sup> para evitar la doble victimización<sup>27</sup> . Junto a ellas, ha de tenerse presente la protección penal directa (CRUZ BLANCA, 2009, 157) que brindan los [arts. 153.2](#)<sup>28</sup> y [173.2](#)<sup>29</sup> CP , leídos a la luz de la previamente citada [STS núm. 247/2018, de 24 de mayo](#) .

<sup>26</sup> Respecto de la posición del menor víctima de violencia en el proceso penal, y de la prueba testifical de los menores en ese proceso, véase CARRERAS VÁZQUEZ, 2017.

<sup>27</sup> No debe olvidarse que la [Ley Integral](#) ya reconocía algunos principios de protección de los hijos en los [arts. 5](#) , [7](#) , [19](#) , [27](#) ,

[37](#) , [38](#) , [39](#) , [44](#) , [61](#) , [65](#) , [66](#) y [71](#) LOPIVG. A todas ellas hace referencia, en su informe SAVE THE CHILDREN, *En la violencia de género no hay una sola víctima*, disponible en línea en <https://www.savethechildren.es/publicaciones/en-la-violencia-de-genero-no-hay-una-sola-victima> (último acceso el 6 de junio de 2018).

**28** Dice literalmente el precepto «si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el [artículo 173.2](#) , exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años».

**29** El precepto establece que «el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el [artículo 48](#) o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada».

Pero, en adelante, no vamos a centrarnos en estas cuestiones, sin duda relevantes, sino en lo que hace a la protección de los menores frente al victimario, y de la madre frente a la instrumentalización de los menores como agentes involuntarios de las agresiones de su pareja o expareja. Dicho en otros términos, si bien la respuesta penal directa frente a las agresiones de que puedan ser víctimas los menores es importante, como lo son las medidas de asistencia, uno de los elementos esenciales de la protección de los menores y de sus madres es la fijación del régimen de relaciones familiares entre los niños, niñas o adolescentes y el progenitor que ejerce violencia de género en el entorno familiar, una vez se rompe la relación de pareja.

Y, en este ámbito, resulta preocupante el hecho de que los menores víctimas de violencia se vean en la obligación (judicialmente impuesta) de continuar manteniendo un régimen de relaciones con sus padres, bien contra su deseo, bien en circunstancias que no pueden asegurar ni su bienestar, ni su seguridad, ni su adecuado desarrollo. Y es que hasta la fecha, dejando a salvo las excepciones que veremos y que parecen marcar un cambio de tendencia, la regla general aplicada por los órganos judiciales era el mantenimiento del contacto entre los agresores y sus hijos, primando el ejercicio del haz de facultades vinculados a la autoridad parental sobre la garantía de la seguridad de los menores. En particular en el orden penal, sólo la agresión directa contra los hijos era causa de retirada de los «derechos parentales», al entender que la agresión sobre la madre no suponía ejercer violencia sobre los hijos.

Un ejemplo tristemente paradigmático de esta posición nos lo ofrece el caso de Ángela González Carreño, que mereció un Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, fechado el 18 de julio de 2014, y condenatorio del Estado español<sup>30</sup>.

**30** Dictamen adoptado por el Comité en su 58.º período de sesiones (30 de junio a 18 de julio de 2014). Comunicación N.º 47/2012, González Carreño c. España (18 de julio de 2014) (CEDAW/C/58/D/47/2012) El contenido completo del Dictamen puede ser consultado en <http://web.icam.es/bucket/Dict%25C3%25A1men%2520CEDAW%2520%25C3%2581ngela%2520Gonz%25C3%25A1lez%2520Carre%25C3%25B1o.pdf> (último acceso 5 de junio de 2018)

Ángela González Carreño, madre de una niña, fue víctima y superviviente de la violencia de género a que la sometió su esposo durante el matrimonio y una vez cesada la convivencia marital. Su hija, en cambio, no sobrevivió. Fue asesinada por su padre. Ángela interpuso más de 30 denuncias por maltrato contra su marido, pero este sólo fue condenado una vez por una falta de vejaciones. Las órdenes de alejamiento dictadas en favor de Ángela, solo incluyeron una vez a su hija, a pesar de las peticiones repetidas de que beneficiaran también a la menor. Y, en esa única

ocasión, fue revocada por el Juzgado, al entender que la orden de alejamiento, como es obvio, entorpecía el régimen de visitas y podía perjudicar gravemente las relaciones entre padre e hija. En un momento dado, y siempre en el marco de la adopción de medidas cautelares en el procedimiento civil de separación, el órgano judicial estableció un régimen de visitas provisional y bajo vigilancia de los Servicios Sociales. La sentencia de separación, que obvió la situación de malos tratos y violencia de género, mantuvo el régimen de visitas tuteladas hasta un determinado momento, en que el Juzgado autorizó el sistema de visitas no vigiladas. Durante una de ellas, menos de un año después de que se adoptara esta resolución judicial, el padre mató a la niña y se suicidó. Ángela inició un procedimiento de reclamación de responsabilidad al Estado, por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, que terminó en el procedimiento de reclamaciones individuales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Y el Comité, en su Dictamen, afirmará:

*«Que inicialmente las autoridades del Estado parte realizaron acciones tendientes a proteger a la menor en un contexto de violencia doméstica. Sin embargo, la decisión de permitir las visitas no vigiladas fue tomada sin las necesarias salvaguardas y sin tener en consideración que el esquema de violencia doméstica que caracterizó las relaciones familiares durante años, no contestado por el Estado parte, aún estaba presente».*

Que los Estados firmantes de la [CEDAW](#) ) «*tienen la obligación, conforme al [artículo 16, párrafo 1](#) , de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares. Al respecto, el Comité destaca que los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica. En el presente caso, el Comité considera que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia, incumpliendo sus obligaciones en relación con los [artículos 2 a\), d\), e\) y f\)](#) ; [5 a\)](#) y [16, párrafo 1 d\)](#) de la Convención».*

Que, si bien el Estado español «*ha adoptado un modelo amplio para hacer frente a la violencia doméstica que incluye legislación, concienciación, educación y capacitación. Sin embargo, para que la mujer víctima de violencia doméstica disfrute de la realización práctica del principio de no discriminación e igualdad sustantiva, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada en el modelo descrito debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado parte. Estas obligaciones incluyen la obligación de investigar la existencia de fallos, negligencia u omisiones por parte de los poderes públicos que puedan haber ocasionado una situación de desprotección de las víctimas. El Comité considera que, en el presente caso, esta obligación no se cumplió».*

El cumplimiento de las recomendaciones a España contenidas en el Dictamen y referidas a la autora de la comunicación todavía está pendiente<sup>31</sup>, cuatro años después de que fuera acordado. Sin embargo, las recomendaciones generales han sido parcialmente atendidas, en particular la relativa a la adopción de «*medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia* » . Veamos cómo.

<sup>31</sup> El Comité recomendaba «i) otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos; y ii) Llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija».

### III . Las medidas judiciales de protección de los menores

#### 1 . Las medidas cautelares

El [Estatuto de la víctima](#) modifica el [art. 544 ter](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#)<sup>32</sup>, referido a

las órdenes de protección, precepto que también se aplicaba, desde que así lo dispusiera la [LO 15/2003](#) , a las órdenes de protección para las víctimas de «violencia doméstica». El [artículo](#) , en su apartado 7 dispone:

<sup>32</sup> Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , GACETA de 17 de septiembre de 1882.

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

*Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.*

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

En síntesis, la legislación vigente prevé que cuando el juez adopte una orden de protección de las víctimas de violencia de género, y existan menores que convivan con la víctima y dependan de ella, habrá de pronunciarse sobre las medidas de naturaleza civil que afecten a los menores. Y ello con carácter provisional, hasta que un órgano de la jurisdicción civil, que es quien tiene la competencia *ratione materiae* , se manifieste al respecto. Este segundo pronunciamiento encontrará amparo en los [arts. 64 a 66](#) LOPIVG a los que se hará inmediata referencia.

Por tanto, el juez de lo penal o del juzgado especializado en violencia de género al que llega el conocimiento inicial de la denuncia, no puede obviar que existiendo menores en el entorno cercano de la víctima de violencia y/o dependientes de ella, esos menores también están sujetos a una situación de riesgo además de incrementar exponencialmente el riesgo que sufre su madre, de modo que es imprescindible incluirlos en el marco de las medidas cautelares tendentes a proteger a la mujer, con el objetivo de proteger asimismo a los menores. Y estas medidas no pueden referirse solo a la protección de los espacios y la atribución del uso de la vivienda familiar, sino también al régimen de relaciones familiares. Porque de nada sirve alejar al victimario de la víctima directa, o dictar una orden de protección en su favor, si se obliga a los niños a mantener un contacto que puede ser nocivo para ellos, que puede ponerles en riesgo físico o anímico y que pueda, además, ser utilizado para ejercer presión sobre la destinataria de las medidas de protección. A pesar de que la previsión legal está vigente desde 2015, las cifras de los años 2016 y 2017, muestran una escasísima adopción de medida de este tipo<sup>33</sup> , y por tanto, dan cuenta del limitado impacto real de las modificaciones normativas hasta la fecha.

<sup>33</sup> Datos y tablas tomados de las estadísticas que facilita el propio CGPJ a través del Observatorio de violencia doméstica y de género. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/> (último acceso el 1 de junio de 2016).

MEDIDAS CIVILES	ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA	PERMUTA VIVIENDA	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PRESTACIÓN DE ALIMENTOS	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA	OTRAS
-----------------	---------------------------	------------------	-------------------------------	---------------------	------------------------------	-------------------------	---------------------------	-------

					IA		EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO	
<b>OP</b>	4.166	65	749	106	1.263	4.953	205	2.948
<b>MC</b>	216	7	44	10	55	320	6	124
% Medida Civiles adoptada sobre total adoptada	16,0%	0,2%	2,9%	0,4%	4,8%	19,0%	0,8%	11,3%

**AÑO 2017.** MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN, (incluidas todas 554 bis y ter) CIVILES DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección): 15.237 De ellas 14.455, el 95%, han sido acordadas en el ámbito de la OP y el resto, 782 el 5%, como Medidas Cautelares)

MEDIDAS CIVILES	ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA	PERMUTA VIVIENDA	SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PRESTACIÓN DE ALIMENTOS	PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EVITAR UN PELIGRO O PERJUICIO	OTRAS
<b>OP</b>	4.411	47	948	110	1.397	5.211	266	2.973
<b>MC</b>	278	12	87	11	99	403	15	217
% Medida Civiles adoptada sobre total adoptada	26,5%	0,3%	5,7%	0,7%	8,4%	31,3%	1,6%	17,8%

**AÑO 2016.** MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN, (incluidas todas 554 bis y ter) CIVILES DERIVADAS DE LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (De Seguridad y Protección): 16485. De ellas 15.363, el 93%, han sido acordadas en el ámbito de la OP y el resto, 1.122 el 7%, como Medidas Cautelares)

La elocuencia de las cifras sólo se explica si se tiene en cuenta la lógica de la exégesis judicial predominante en materia de relaciones paterno filiales. Ésta parte de la consideración de que los menores están, como establece el [art. 154](#) CC, bajo la patria potestad de los progenitores, lo que

atribuye a estos una serie de facultades y de obligaciones respecto de los menores. Las facultades son consideradas, en buena medida, «derechos» del padre y de la madre sobre el menor, que tienen por objetivo educar y proteger al descendiente pero que le colocan en una clara posición de subordinación a la autoridad parental. Como esta es la consideración de partida la restricción de la patria potestad, de las visitas o de la guarda o custodia, se identifica como una limitación de los derechos parentales y, como tal limitación, se tiende a adoptar estas medidas de forma sumamente prudente, máxime cuando se trata de medidas cautelares.

También puede jugar en este conjunto de apreciaciones una errónea concepción de la presunción de inocencia ex [art. 24.2 CE](#). No habiendo quedado ésta desvirtuada por sentencia judicial firme, muchos órganos judiciales entienden que la restricción adicional de, por ejemplo, la patria potestad, supone una injerencia desmesurada en los derechos del progenitor en un momento como es el de la adopción de medidas cautelares. Pero estos argumentos, expresos o implícitos en las resoluciones sobre medidas cautelares, olvidan que la responsabilidad parental y el haz de facultades que le acompañan, no describe solamente un estatuto de autoridad para el progenitor, sino uno de protección para los menores, y que si esta dimensión no queda asegurada porque existen indicios bastantes de que el menor está en situación de riesgo, por haber sufrido violencia de género en el entorno familiar, el haz de facultades al que nos venimos refiriendo debiera quedar preventivamente condicionado en justa correlación con el nivel de riesgo.

El propio Tribunal Supremo afirma en la [STS núm. 247/2018, de 24 de mayo](#), que...

*...«el ejercicio de la patria potestad tiene un carácter mixto que puede situarse, al mismo tiempo, como un derecho y como una obligación, porque esta última se rodea de un haz obligacional sobre los descendientes para ayudarles en las obligaciones que marca el [art. 142](#) CC y que tiene derecho a recibir todo descendiente del obligado a prestarlos. Pero, al mismo tiempo, es un derecho a estar con los descendientes. Sin embargo, este derecho debe decaer ante actos graves que conllevan un “desmerecimiento” de poder ejercer ese derecho. Y este emerge con claridad ante actos de la gravedad que se relata en los hechos probados, además de que no olvidemos que los menores que presencian actos de esta naturaleza, donde sus padres intentan acabar con la vida de sus madres, deben tener una protección del sistema, a fin de evitar ese ejercicio del derecho de patria potestad por el autor de un delito de homicidio o asesinato hacia su madre que reclama seguir manteniendo quien ha llevado un acto tan cruel».*

## 2 . La afectación del régimen de relaciones familiares en los casos de violencia de género<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Resulta interesante el análisis procesal formulado por REYES CANO (2015, 198), respecto de la inadecuación de los juicios rápidos a la protección más completa de los niños y niñas víctimas de violencia de género.

### 2.1 . Las medidas (penas) en el ámbito penal

La Ley Orgánica del Código Penal contiene varias referencias expresas a la pena de privación de la patria potestad ( [art. 33.2 j](#)) CP), a la que califica como pena privativa de derechos ( [art. 39.j](#) CP), muchas de ellas incluidas por la [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio](#) (SANTANA VEGA, 2014)<sup>35</sup>. El [art. 46](#) CP establece que:

<sup>35</sup> BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

*«La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.*

*A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el [Código Civil](#), incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas».*

A partir de estas consideraciones genéricas, el [art. 55](#) CP, prevé la privación de la patria potestad en términos de pena accesoria para toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad. Para las penas de prisión inferiores a diez años, atendiendo a la gravedad del delito, el [art. 56](#) CP también prevé como pena accesoria la privación de la patria potestad. Mención específica de esta pena, como accesoria, aparece en el [art. 153](#) (maltrato ocasional) y el [173](#) (maltrato habitual), a los que ya se ha hecho referencia. Estos preceptos prevén que, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor, cabe imponer la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, con un límite de cinco años. La misma pena accesoria se prevé para las amenazas ( [art. 171](#), [apartados 4 y 5](#). CP) y las coacciones ( [art. 172.2](#) CP), siempre en el marco de la violencia de género. Para quien dejara de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, también se prevé, siempre con motivación expresa, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años ( [art. 226](#) CP). Y por último, el abandono de menores en cualquiera de las modalidades que contemplan los [arts. 229 a 232](#) CP, puede llevar aparejada si el Juez o Tribunal lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años ( [art. 233](#) CP).

Por su parte, se considera que es pena principal en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (FLORES DOMÍNGUEZ, 2012). El [art. 192.3](#) CP contempla la imposición razonada de la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, para los supuestos de condena por los delitos comprendidos en el [Título VIII](#) , es decir, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

La síntesis de esta apretada descripción es que existen herramientas penales suficientes para proteger a los menores víctimas de violencia de género, en varias de las manifestaciones de la misma que recoge el [Código Penal](#) . De hecho en aquellas que tienen mayor relevancia cuantitativa, porque no puede olvidarse que la mayoría de los delitos instruidos por los juzgados de violencia de género se reconducen a los tipos contemplados en los [arts. 153](#) y [173](#) CP (en torno al 67% en 2017, por dar solo una cifra). La cuestión determinante es, por tanto, si los órganos judiciales imponen estas condenas accesorias o no lo hacen. Y los pocos estudios existentes al respecto parece indicar que, efectivamente no se imponen en una alta proporción (REYES CANO, 2015, 206), lo que resulta coherente con la escasa adopción de medidas cautelares en el orden civil a las que me he referido más arriba.

No obstante, es necesario destacar dos sentencias del Tribunal Supremo sumamente relevantes a este respecto: las [SSTS núm. 247/2018, de 24 de mayo](#) y [núm. 568/2015 de 30 de septiembre](#) , pronunciamientos ambos en que se impone la pena de privación de la patria potestad frente al criterio de instancia, que no había considerado esta privación en sendos supuestos de condena por violencia de género.

En un caso el maltrato habitual, en otro el asesinato en grado de tentativa de la madre del menor, fue considerado causa bastante no habían sido considerados causa bastante, en instancia, para retirar la patria potestad al agresor. Entendían los órganos judiciales de instancia que el mero reproche objetivo de la conducta, no implicaba perjuicio alguno para el menor que debiera ser tenido en cuenta a la hora de limitar sus relaciones con el progenitor condenado, o al menos tal perjuicio no había sido probado por quien lo alegaba. Pero el Tribunal Supremo casó, en ambos supuestos, las sentencias de instancia, imputando errores de interpretación a las mismas, tras asumir que, «la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida»<sup>36</sup> .

<sup>36</sup> Decía la [sentencia 568/2015 de 30 de septiembre](#) : « e n general, la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, se

pueden señalar, entre otras, las [SSTS de 6 de Julio 2001, la n.º 568/2001](#) , la [n.º 750/2008 de 12 de Noviembre](#) y la [780/2000 de 11 de Septiembre](#) . En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex [art. 170](#) Ccivil. El caso al que se refería la [STS 780/2000](#) era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común. El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de Mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad, estimando el recurso del condenado».

Razona el Tribunal Supremo que una decisión que, ante condenas por delitos de violencia de género sancionados con pena igual o superior a diez años (ex [art. 55](#) CP), no retire la patria potestad, «no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad, que por ello resulta incompatible y por tanto aparece sin justificación razonable la decisión del Tribunal de instancia». Y que «hay que recordar que la patria potestad se integra, ex [art. 154](#) CC por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor» .

## 2.2 . Las medidas protectoras en la jurisdicción civil

En su redacción original los [arts. 65](#) y [66](#) LOPIVG preveían que el juez podría suspender para el inculpado por violencia de género, y respecto de los menores de él dependientes, tanto con carácter provisional y preventivo, esto es cautelar, como con carácter definitivo, el ejercicio de la patria potestad, o el ejercicio de la guarda y custodia, o el que aún denominamos régimen visitas a sus descendientes<sup>37</sup>. En la misma línea el [art. 94](#) CC<sup>38</sup> había previsto, al regular el llamado derecho de visitas, que el órgano judicial tuviera la facultad de suspenderlo «si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen». La [Ley Integral](#) venía a especificar, simplemente, una modalidad de esas «graves circunstancias». La modificación introducida por la [disposición final 3](#) de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, aporta algunos matices muy importantes. Pero, sobre todo, impone a los órganos judiciales la obligación de pararse a pensar en la necesidad o no de adoptar estas medidas.

<sup>37</sup> El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, establece que el concepto de visitas se queda corto y obsoleto, razón por la que, buscando «subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor», se sustituye el término por el de régimen convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente.

<sup>38</sup> El [art. 94 CC](#) establece literalmente que «el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

Los preceptos siguen formulándose en términos abiertos, potestativos, y continúan atribuyendo un amplio margen de valoración al órgano judicial. Así, no exigen la suspensión automática de la patria potestad o de la custodia de menores, o del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores en los supuestos de violencia de género y respecto del victimario. Los [arts. 65](#) y [66](#) LOPIVG dicen que el Juez **podrá** suspender, para el inculpado por violencia de género, el ejercicio de las facultades vinculadas a la responsabilidad parental respecto de los menores que dependan de él. Pero esta capacidad amplia de decisión que el legislador atribuye al órgano judicial encuentra una limitación parcial en la propia ley, por cuanto se prevé que si no acordara la suspensión el órgano judicial deberá pronunciarse, en función del supuesto concreto, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o guarda de hecho, o el régimen de estancia, relación o comunicación de los menores que dependan de él. Asimismo, se exige del Juez que adopte «*las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución*».

La [Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015](#) (rec. 36/2015) fijó como doctrina jurisprudencial, antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del [art. 65](#) LOPIVG, que el juez o tribunal podrá suspender el **régimen de visitas del menor** con el

progenitor condenado por delito de maltrato a su cónyuge, al menor o a alguno de sus hermanos, valorando los factores de riesgo existentes. Pero, quizá lo más interesante de la [sentencia](#) no sea la doctrina que fija, sino la lógica argumentativa que expone, y que se verá reproducida y desarrollada posteriormente en nuevos pronunciamientos.

El Tribunal Supremo evoca un principio de cautela que debe inspirar a los órganos judiciales a la hora de establecer el régimen de relaciones, en este caso de contactos, entre el progenitor condenado por malos tratos (en este caso a otro de los hijos y a la madre) y los menores a su cargo. Ese principio debe actuar a la hora de valorar el riesgo para la integridad de un menor «con escasas posibilidades de defensa». La Sección reconoce que es aplicable al razonamiento la consideración del interés del menor, evocando para ello el [art. 3](#) del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, y la [Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio](#) de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (a pesar de reconocer que esta última no era aplicable por su fecha al supuesto de autos). Y por último, el Tribunal Supremo reprocha a las resoluciones de instancia, la falta de consideración del interés del menor, al «no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quién lo debe desarrollar, ni quién homologará los resultados obtenidos». Es decir, afea al órgano judicial, sin decirlo expresamente pues no era aplicable al caso la nueva redacción del [art. 65](#) LOPIVG, el que no hubiera previsto adecuadamente «las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación» de la menor respecto de la que se suspende el régimen de visitas.

En materia de **custodia compartida**, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en [sentencia de 26 de mayo de 2016](#) ( [STS 350/2016](#) ) estableció que no procede la custodia compartida si hay indicios fundados de violencia sobre la mujer. El Tribunal aplica este principio general a un caso en el que no existía condena por violencia, pero sí imputación por un delito de coacciones a la madre. En la [STS 188/2016, de 4 de febrero de 2016](#), se formula idéntico juicio. En este caso la [sentencia](#) afirma:

*«Pero sus razones no pueden dejar sin respuesta 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. Es doctrina de esta Sala ( [SSTS 29 de abril de 2013](#) ; [16 de febrero](#) y [21 de octubre 2015](#) ), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.*

*El [art. 2](#) de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “ libre de violencia “ y que “ en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deba primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir “ ; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor.*

*Corolario lógico es lo dispuesto en el [artículo 92.7](#) del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por intentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».*

Ahora bien, en la misma [sentencia](#), el Tribunal Supremo huye del automatismo, y exige la

valoración caso por caso, es decir insiste en reforzar el margen de apreciación del órgano judicial para valorar los intereses en conflicto. Dice literalmente:

*«Pero en ningún caso la doctrina de esta Sala impone una solución automática ante la constatación de un fenómeno de maltrato. Todo lo contrario, impone un especial cuidado en la valoración de la prueba practicada acerca de la idoneidad del progenitor, el riesgo que pudiera existir para los menores, y en definitiva, la determinación del régimen más adecuado al interés superior de los menores. Y tal es precisamente la actividad que realiza la sentencia recurrida, que ponderando todas las circunstancias concurrentes (incluida la inexistencia de riesgo alguno para los niños, y la dedicación del padre a su cuidado, frente a las circunstancias en que se encuentra la madre)».*

Yendo más lejos, en la [STS núm. 247/2018](#), el Tribunal Supremo entiende que, tras la reforma de 2015, los Tribunales tienen la **obligación** de pronunciarse, también en el orden jurisdiccional penal, sobre medidas que afecten a la patria potestad en casos de violencia de género. E insiste en que la vinculación que exige el [art. 55](#) CP entre el delito y la afectación de la autoridad parental en su dimensión de ejercicio de la patria potestad, se puede dar en los supuestos de condena por violencia de género. El Supremo afirma rotundamente

*«las reglas de la naturaleza impiden otorgar normalidad alguna a un suceso como el desplegado y relatado en los hechos probados. Y estas mismas reglas son las que, trasladadas al ámbito jurídico, deben conllevar un régimen sancionador grave para un hecho, también considerado grave, en cuanto se refiere a las relaciones de los padres con respecto a sus hijos, porque cuando aquellos han despreciado a estos, a su personalidad y a su psique en un ataque de esta naturaleza, deben asumir las consecuencias penales en orden a la privación de la patria potestad sobre estos menores, ya que no es preciso que se produzca un ataque directo al menor para que proceda la imposición de esta pena, sino que el ataque a la propia madre de este menor por su propio padre, y con la clara intención de acabar con su vida determina la imposición de la pena interesada de privación para el ejercicio de la patria potestad, lo que supone la fijación de la "vinculación" de la relación directa entre la imposición de esta pena con el delito cometido y "presenciado" por la propia menor y en consecuencia la inexistencia de régimen de visitas ni ningún tipo de medida que implique contacto alguno con la menor. Todo ello con el resto de accesorias impuestas en sentencia tanto con respecto a la madre como a la hija de prohibición de aproximación y comunicación».*

Por tanto, y sin entrar a valorar la apelación dialéctica a las «reglas de la naturaleza», aunque bien se podría, la jurisprudencia del Tribunal Supremo introduce una serie de condiciones interpretativas que limitan el margen de apreciación del órgano judicial a la hora de decidir sobre la suspensión del ejercicio de las facultades anudadas a la responsabilidad parental. Y a su vez determina con claridad la existencia de un vínculo entre la violencia de género, en sus modalidades más graves, y la afectación de las obligaciones parentales por parte del agresor. A la primera de las cuestiones nos referiremos, con mayor detalle, en el epígrafe 3.

### 2.3 . El derecho foral

Pero antes de terminar este, es preciso llamar la atención respecto del hecho de que existen cuatro disposiciones de derecho civil foral que, atendiendo a la necesidad de reforzar la garantía de la seguridad de los menores víctimas de violencia, también responden a la exigencia de limitar las relaciones familiares entre las víctimas y el victimario.

**La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña**, relativo a persona y familia, integra en el art. 236, dentro del [capítulo](#) referido a la llamada «potestad parental», algunas medidas específicas limitativas de dicha potestad. En el apartado 5.º del precepto se establece que la autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes, si la relación puede perjudicar el interés de los hijos, o si existe justa causa. Y, viene aquí lo relevante, siempre se considera que concurre justa causa si los menores son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista.

Por su parte, y en lo que hace a la privación de la potestad parental, el [apartado 6 del art. 236](#)

establece la posibilidad de que los progenitores sean privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, existiendo este si el menor es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista. El mismo precepto, en el subepígrafe tercero, admite la suspensión del ejercicio de la patria potestad como medida cautelar o como medida definitiva, que puede ser adoptada tanto en un proceso civil como un proceso penal. En este punto, la norma de derecho foral no difiere en exceso de la norma de derecho civil común, más que en el grado de detalle que acompaña a la previsión, pero que no parece restringir mucho más que la norma común el margen de apreciación del juzgador.

Algo distinto cabe deducir de la lectura de la norma foral vasca<sup>39</sup>. **La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores**, prevé en su **art. 11** el régimen de comunicación y estancia de los menores con aquellos. En el apartado tercero del precepto se establece de forma categórica que, con carácter general, *«no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal»*. Y continúa, previendo un sistema de medidas cautelares coherente con la previsión que antecede: *«En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente»*.

<sup>39</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 18 de julio de 2017, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 2764-2017, planteada por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción número 2 de Éibar, en el procedimiento de medidas provisionales número 4/2017, en relación con el **artículo 11.3. 4 y 5** de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, por posible vulneración del **artículo 149.1.8.ª** de la Constitución. Finalmente, mediante **sentencia** aprobada el 5 de julio de 2018, se decidió inadmitir a trámite la cuestión por inadecuación del juicio de relevancia.

En el sentido expuesto, la norma foral reduce el margen de actuación del juzgador, porque establece como regla general la privación de las potestades parentales en supuestos en los que se identifique violencia de género sufrida por los menores. Es cierto que el hecho de que sea una regla general supone la aceptación de excepciones, y el régimen de las mismas viene recogido en el apartado 4 del mismo precepto, cuando reconoce al juez la posibilidad de establecer el disfrute de algunas potestades parentales, siempre y cuando lo considere conveniente para la protección del interés superior de los menores, y en todo caso teniendo en cuenta la entidad y gravedad del delito cometido, la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor.

El derecho foral aragonés también establece limitaciones al régimen de guarda y custodia de los hijos en virtud de la existencia de situaciones de violencia de género. Y también, como en el supuesto presentado respecto del derecho foral vasco, se restringe el ámbito de libre apreciación del órgano judicial. En este caso el precepto en cuestión es el **art. 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por que se aprueba, con el título de « Código de Derecho Foral de Aragón »** el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas. El apartado 6 del **artículo** en cuestión determina de forma clara que no cabe la atribución de la guarda y custodia, sea individual o sea compartida, al 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género»*. Por lo que hace a la eventual privación de la patria potestad, que el **código** denomina «autoridad familiar», el **art. 90** formula una serie de causas genéricas, que se reconducen a la posibilidad de privación total o parcial de la autoridad familiar cuando ello redunde en el interés del hijo.

En un sentido similar, el **art. 3** de la **Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres**<sup>40</sup>, limita al juez la posibilidad de

atribuir la custodia compartida o individual cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor. La norma dice expresamente que en estos casos no procederá la atribución de la guarda y custodia, que tampoco lo hará cuando el juez advierta, en las alegaciones de las partes y en las pruebas practicadas, la existencia de incidencias fundadas y racionales de violencia doméstica o de género. Ahora bien, el precepto también determina que la mera denuncia de un cónyuge contra el otro no será suficiente para concluir, de forma automática, la existencia de violencia, de daño o de amenaza, ni para atribuir al denunciante la guarda y custodia. Por tanto, la denuncia no es por sí sola determinante de la limitación de las potestades parentales, pero tampoco es necesario que medie condena firme, sino que el órgano judicial podrá valorar los indicios existentes para adoptar medidas tendentes a proteger el interés de los menores.

<sup>40</sup> Ni la [norma aragonesa](#) ni la [ley Foral navarra](#) han sido objeto de recurso ni de cuestión de inconstitucionalidad alguna, hasta la fecha, ni por razones de fondo, ni por razón de que pudieran albergar vicios relacionados con la invasión de competencias estatales.

Cabe hacer una última mención, en este caso a una disposición normativa que no ha llegado a ser aprobada. El Ministerio de Justicia del primer Gobierno de Mariano Rajoy aprobó en julio de 2013, el **anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio** <sup>41</sup>, que pretendía modificar, entre otras disposiciones, el [Código Civil](#). Esta propuesta normativa, que no tuvo seguimiento parlamentario <sup>42</sup>, preveía introducir un nuevo art. 92 bis en el [Código Civil](#), en cuyo apartado quinto se preveía lo siguiente:

<sup>41</sup> Véase (último acceso 2 de junio de 2016) [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411095335?blobheader=application%252Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%253B+filename%253DAnteproyecto\\_de\\_L](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411095335?blobheader=application%252Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%253B+filename%253DAnteproyecto_de_L)

<sup>42</sup> Resulta interesante, respecto de esta norma, la lectura del informe del Consejo de Estado, que se encuentra disponible en (último acceso el 2 de junio de 2018)

«No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

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

Dicho en términos más sencillos, el proyecto de ley se alineaba con las previsiones que se contienen en el derecho foral aragonés, navarro y vasco, negando la atribución de la guarda y custodia y limitando el régimen de relaciones familiares en los supuestos (i) de condena por violencia de género, (ii) de existencia de un procedimiento penal abierto contra el progenitor respecto del que se limita el estatuto de autoridad parental, (iii) o de mera presencia de incidencias de que pueda existir esta situación de violencia, aunque no haya un proceso penal abierto al respecto. Indicios que cumple valorar al juez que también podrá evaluar, en este caso como supuesto excepcional, la posibilidad de no limitar el haz de potestades parentales por entender que esa decisión tendría un impacto positivo sobre el interés del menor. En estos casos excepcionales el juez está llamado a

adoptar las medidas necesarias para que garantice la seguridad, integridad y recuperación de los menores y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.

### 3 . Los límites al margen de apreciación del órgano judicial, o cómo preservar el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores víctimas de violencia de género

A la espera de que se modifique el régimen de derecho civil común en el sentido, cuando menos, de lo previsto en el Proyecto de Ley de 2013, lo cierto es que el margen de apreciación concedido al órgano judicial es sumamente amplio. Ello supone que la protección del menor víctima de violencia de género depende de las herramientas interpretativas de que el juez disponga, y de la prueba que se pueda poner a su disposición en relación con la situación de riesgo que pueden sufrir los menores en un entorno en que sus madres son víctimas de violencia.

El análisis de las herramientas hermenéuticas nos lleva a referirnos: a) a la obligación de valorar siempre el interés del menor, que debe superponerse, en caso de conflicto, al interés del progenitor de conservar la autoridad parental sobre sus hijos; y b) a la precaución frente al uso del síndrome de alienación parental (en adelante SAP) a la hora de valorar el interés del menor.

#### 3.1 . La valoración del interés del menor y la garantía del derecho a ser oído

Como se ha expuesto más arriba, el Tribunal Supremo ha establecido que el razonamiento del órgano judicial, destinado a justificar la suspensión o limitación de las facultades vinculadas a la autoridad parental, debe contener la consideración del «interés superior del menor». Pero este no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción exige acudir, no solo a la legislación interna o a la jurisprudencia nacional, sino también a las fuentes internacionales en que tiene su origen esta construcción jurídica.

El interés superior del menor ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>43</sup>, así como se recogía en los [arts. 5 b\)](#)<sup>44</sup> y [16. párr. 1 d\)](#)<sup>45</sup> de la CEDAW, antes de pasar al [artículo 3, párrafo 1](#) de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>46</sup>. Este dice literalmente:

<sup>43</sup> Principio 2: el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley u por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. El texto completo de la Declaración puede consultarse, en castellano, en [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/33\\_d\\_DeclaracionDerechosNiño.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/33_d_DeclaracionDerechosNiño.pdf) (último acceso el 4 de junio de 2018).

<sup>44</sup> [Art. 5](#) CEDAW: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que *el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*.

<sup>45</sup> [Artículo 16.1](#) CEDAW: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, *los intereses de los hijos serán la consideración primordial*;

<sup>46</sup> La [Convención](#) también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el [artículo 9](#) (separación de los padres); el [artículo 10](#) (reunión de la familia); el [artículo 18](#) (obligaciones de los padres); el [artículo 20](#) (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el [artículo 21](#) (adopción); el [artículo 37 c\)](#) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el [artículo 40, párrafo 2 b\) iii\)](#), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el [Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía](#) ( [preámbulo](#) y [artículo 8](#) ) y el [Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones](#) ( [preámbulo](#) y [artículos 2 y 3](#) ).

«*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*»<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Puede consultarse la Convención completa en (último acceso 4 de junio de 2018). Asimismo puede consultarse en el BOE,

donde se publica el Instrumento de Ratificación de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, el 31 de diciembre de 1990, BOE núm. 313.

El desarrollo interpretativo de dicho precepto es formulado por el Comité de Derechos del Niño en la conocida como Observación 14<sup>48</sup>, donde se subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

<sup>48</sup> Observación general Núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Accesible en (último acceso 4 de junio de 2018).

*«Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.*

*Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.*

*Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos».*

La propia Observación detalla, con un altísimo grado de precisión, (i) cómo ha de interpretarse jurídicamente el principio; (ii) como se relaciona con otros principios generales de la Convención como el derecho a la no discriminación, a la vida, la supervivencia y el desarrollo, o a ser escuchado; y (iii) cómo se aplica, ofreciéndose pautas para tener en cuenta a la hora de evaluar el interés superior del niño y de buscar un equilibrio entre los elementos necesarios para efectuar la antedicha evaluación. Por último la Observación recoge una serie de garantías procesales cuyo cumplimiento tiene por finalidad garantizar la mejor valoración posible del interés superior del niño.

Estando tan claro el escenario de derecho internacional, no menos claro debiera estarlo el de derecho interno, íntimamente vinculado a aquel por mandato de los [arts. 10.2](#)<sup>49</sup> y, para el caso de los asuntos relativos a menores, [39.4](#)<sup>50</sup> CE. Efectivamente, la [LO 1/1996, de 15 de enero](#), de Protección Jurídica del Menor recoge hoy<sup>51</sup> una referencia expresa al interés superior del menor en su [art. 2](#), que establece que

<sup>49</sup> Recuérdese que este precepto establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>50</sup> La dicción literal del [art. 39.4 CE](#) establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

<sup>51</sup> Tras la reforma introducida en el [art. 2](#) por el [art. 1.2](#) de la [Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio](#).

*«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».*

De esta previsión legal se deduce claramente que, en el caso en que exista un conflicto entre el interés del progenitor en mantener el haz de facultades derivados de la autoridad parental, y el interés del menor de sustraerse a alguna de aquellas facultades, primará el de este último.

Solo quedaría por determinar la compleja cuestión de si el interés del menor y del progenitor, en estos casos, es realmente divergente o no lo es, porque no cabe duda de que mantener el contacto con sus progenitores también forma parte integrante de los elementos a tener en cuenta para determinar el interés superior del niño, tal y como se deduce de lo preceptuado en la [Convención de Derechos del Niño](#) y en la normativa interna. Y no sirve acudir a la máxima de que un maltratador nunca es un buen padre, porque esta sentencia, sin duda útil para llamar la atención sobre un problema generalmente ignorado, formula un planteamiento genérico que olvida la valoración individual del interés superior del niño en cada caso concreto. Ni todos los tipos de maltrato son idénticos, ni todas las circunstancias lo son. Lo verdaderamente relevante es modificar el eje de razonamiento para situarlo en el interés del niño, y para romper de ese modo la presunción general, hasta ahora aplicable, de que lo mejor para el niño es siempre mantener el contacto con su padre que, además, tiene una serie de derechos sobre el menor. Pues bien, ni la autoridad parental atribuye derechos absolutos, ni es insalvable la presunción de que el contacto con los padres está siempre en sintonía con el interés del menor.

Y el cambio en el eje de razonamiento exige valorar los siguientes elementos:

– **La prioridad que supone proteger el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas [ Art. 2.2 a) LO 1/1996]** . La Observación 14 recuerda que es obligación de los Estados asegurar al niño la protección y cuidado necesarios para garantizar su bienestar, y que este viene integrado por la garantía de satisfacción de sus necesidades básicas. La Observación recuerda asimismo que no se trata solo de proporcionar cuidado y protección sino también seguridad e integridad, y que el principio de precaución exige valorar, en este contexto, la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

Por tanto, si existen indicios de que el menor puede estar viviendo en un entorno de violencia de género ello supone, automáticamente, que puede encontrarse en una situación de riesgo, y esa situación debe ser analizada a la hora de adoptar la decisión más respetuosa con el interés del niño.

– **La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior [ Art. 2.2 b) LO 1/1996].**

Este elemento exige recordar que el [art. 12](#) de la CDN establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan, y que este precepto es desarrollado por la Observación General núm. 12 del Comité de Derechos del Niño del año 2009. Un precepto internacional que tiene su reflejo interno en los [arts. 92](#) , [154](#) y [159](#) CC y en los [arts. 9](#) y [10](#) de la LOPJM, modificados tras la reforma del año 2015. La actual aproximación al derecho a ser oído no establece límites de edad, sino que establece que todo menor ha de ser oído y que sus opiniones serán tenidas en cuenta en función de su edad y grado de madurez, teniendo más peso a medida que el menor va cumpliendo años.

Así, el derecho del menor a ser oído, y comprendido, con la exigencia adicional de que el poder público se «adapte» a la edad del menor para «entender» que es lo que este tiene que decir, no es sólo un criterio de evaluación del interés del niño, sino una garantía procesal de que ese interés sea tenido en cuenta. Y, en tanto garantía procesal, se convierte en un deber para el órgano judicial (REYES CANO, 2015, 209). Por eso la adopción de cualquier decisión respecto del niño sin darle trámite de audiencia, puede resultar lesivo del derecho del menor a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del disfrute de un proceso con todas las garantías ( [art. 24.1](#) CE), tal y como ha estatuido el Tribunal Constitucional en las [SSTC 146/2012, de 5 de julio](#) , [163/2009, de 29 de junio](#) , [152/2005, de 6 de junio](#) , [17/2006, de 30 de enero](#) , o [221/2002, de 25 de noviembre](#) . Y cuando se habla de

«cualquier decisión» se hace referencia tanto a las medidas cautelares, lo que obligaría a escuchar a los menores en la comparecencia de la orden de protección cuando deban adoptarse medidas en el orden civil, como a las medidas definitivas.

**– La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia<sup>52</sup>, priorizándose la permanencia en su familia de origen y el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor [ Art. 2.2 c) LO 1/1996].**

<sup>52</sup> Recuérdese, a este respecto la Observación general Núm. 13 del Comité de Derechos del Niño (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Aquí está uno de los elementos clave a valorar en los supuestos de menores víctimas de violencia de género, porque la decisión judicial a adoptar incluye la separación del menor del progenitor que ejerce la violencia de género, separación en cualquiera de las modalidades que hemos visto anteriormente.

La Observación 14, recuerda que preservar la unidad familiar es un elemento fundamental del régimen de protección del niño y que tiene su reflejo en el [art. 9](#) CDN, precepto que también reconoce el derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, salvo cuando este mantenimiento sea contrario al interés del niño ( [art. 9.3](#) CDN). Pero, en los supuestos de violencia, el propio Comité reconoce que los elementos de la evaluación del interés superior pueden entrar en conflicto y que, en este caso, se tendrán «que ponderar los elementos entre sí para determinar la solución que atienda mejor al interés superior del niño o los niños».

Llegados a este punto, es el [art. 2.3](#) LO 1/1996 el que nos ofrece una serie de criterios para efectuar la ponderación<sup>53</sup>, pero ninguno de ellos hace referencia a la especial vulnerabilidad de los menores víctimas de violencia de género. El precepto insiste en la necesidad de que la medida que «se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara», y en que la decisión que se adopte valore siempre los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

<sup>53</sup> Esos criterios son: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

La autoridad parental y los derechos subjetivos que la definen no son derechos fundamentales. Pero sí se sustentan en los intereses del progenitor que, en estos casos, pueden ser contrarios a los del menor. Por tanto los criterios de ponderación disponibles no resultan excesivamente útiles, especialmente si no se conjugan con las consideraciones relativas a la particular naturaleza de la violencia de género, a su condición de violencia estructural, al impacto que la misma tiene en el desarrollo y evolución de los menores y en su salud psíquica fundamentalmente, y a la necesidad de proteger a la madre de la instrumentalización de los menores como agentes de una violencia de la que ella sería la principal destinataria.

**– Por último, el eje de razonamiento que exige la priorización del interés superior del menor, obliga a asegurar que cualquier decisión al respecto deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso [ Art. 2.5 LO 1/1996] y, en particular:**

«Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. (...) En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo

técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos».

La falta de respeto a estas garantías, conviene insistir en ello, reputa a la decisión adoptada sin observarlas como lesiva del [art. 24 CE](#). Y del mismo modo puede entenderse atentatoria de dicho derecho cualquier motivación formulada por un órgano judicial que, debiendo tener en cuenta, valorar y ponderar el interés superior del menor, no lo haga. Así ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional en resoluciones como las [SSTC 65/2016, de 11 de abril](#) , [16/2016, de 1 de febrero](#) , [138/2014, de 8 de septiembre](#) , [127/2013, de 3 de junio](#) , y 141/2000, de 21 de mayo, entre otras.

Existe, por tanto, una doble exigencia:

De un lado es necesario incluir en la motivación de cualquier decisión relativa a un menor de un poder público, en este caso del poder judicial, la consideración y evaluación de su interés superior como *ratio decidendi* fundamental.

De otro, para evaluar y ponderar adecuadamente los criterios tendentes a identificar ese interés superior, es preciso asegurar el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado.

Si se adopta una decisión, en este caso judicial, sin oír al menor, esta decisión vulnerará el derecho a su tutela judicial efectiva en la vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías ( [art. 24.1 CE](#)). Si se adopta una decisión, incluso habiendo oído al menor, sin que la motivación que conduce a esa adopción contenga una valoración expresa y una ponderación adecuada de los criterios destinados a identificar el interés superior del niño, esa decisión será lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva del menor, en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en derecho ( [art. 24.1 CE](#)). La [STC 16/2016](#) , lo expresa de una forma clara en su FJ 6, que contiene abundante cita de la jurisprudencia previa:

*«Asimismo, cuando (...) la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que “ con carácter general proclama la [Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989](#) , al disponer que ‘ en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño ‘ ( [art. 3.1](#) ). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (...)” .*

*De esta suerte, “ 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 del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (...). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...)” .*

*En consonancia con ello, hemos considerado que la fundamentación “ debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio “ (...) o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y*

*fundamentación en derecho ajena a este criterio (...), y hemos afirmado que el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (...)*».

### 3.2 . El descarte del síndrome de alienación parental

El síndrome de alienación parental (SAP) es un elemento de origen pericial que los órganos judiciales podrían estar tentados de tener en cuenta, a la hora de valorar el interés del menor en supuestos de conflictos entre los progenitores, por el ejercicio de las facultades inherentes a la autoridad parental. De hecho, desde el año 2001 se pueden encontrar pronunciamientos judiciales que aluden al SAP (BESTEIRO, 2011, 591) para determinar la atribución del régimen de visitas o de custodia.

Pero, si no nos hemos referido a él en el apartado previo, es porque su evocación en los casos en que existen denuncias por violencia de género, es sumamente polémica y, por tanto, debe ser absolutamente excluida por las inmensas dudas que plantea, y porque ignora la dimensión estructural de la violencia de género y los particulares rasgos psicológicos de las víctimas de dicha violencia.

Según la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN)<sup>54</sup>, «*la esencia del llamado síndrome de alienación parental, según el autor que lo inventó y le dio el estatus de síndrome “ médico “ (Gardner, 1985), se refiere a la “ programación “ o “ lavado de cerebro “ hecho por un progenitor sobre el niño, con el fin de “ denigrar “ y “ vilipendiar “ al otro progenitor (añadiéndose elaboraciones “ construidas “ por el propio menor) y así justificar la resistencia del niño/a a mantener una relación con dicho progenitor, al cual se define como alienado*».

<sup>54</sup> En un documento del año 2010, titulado «La Asociación Española de Neuropsiquiatría hace la siguiente declaración en contra del uso clínico y legal del llamado Síndrome de Alienación Parental», y que se puede consultar en(último acceso el 4 de junio de 2016)

Quienes lo invocan sostienen que el menor sufre violencia, por parte del progenitor alienante, y que esta es razón suficiente para considerar la limitación de las relaciones familiares respecto del mismo y en favor del progenitor alienado. Y sobre la base de la concurrencia de síntomas en el menor asociados a la apreciación del SAP, se demanda del órgano judicial que resuelva, teniendo en cuenta el interés superior del menor, a favor de las peticiones del progenitor «alienado». Entre los órganos judiciales algunos aprecian la existencia del síndrome de alienación parental y atribuyen la custodia a favor del padre no alienador o, en su caso limitan el régimen de estancias y visitas del progenitor alienante sobre la base de la concurrencia del SAP<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> Puede citarse como ejemplo la [SAP de Vizcaya. Sección 6.ª, de 27 de marzo de 2.008](#) .

El problema, como insiste en afirmar la AEN es que el «*SAP supone un grave intento de medicalizar lo que es una lucha de poder por la custodia de un hijo (...) (y) supone un abuso de la utilización de lo “ psiquiátricsicológico “ que evita, así, considerar el papel que también juega en el conflicto el cónyuge que es considerado “ víctima “ del “ alienador “*», (además de que el recurso al SAP) «*tampoco busca otras explicaciones como puede ser una reacción esperable o justificada del niño después de una separación parental, que en la mayoría de los casos en los que no hay violencia familiar, suele resolverse pasado un tiempo*». Por tanto, el SAP no ofrece un diagnóstico exacto de lo que está pasando en las relaciones familiares. Y a ello se añade que el sesgo de género en las descripciones del SAP es innegable, porque la mayoría de los cónyuges alienadores son, según Gardner «*mujeres que odian a los hombres*», y «*cualquier intento de estas por rebelarse ante el riesgo de retirada de custodia de su hijo, se convierte en nuevas pruebas de la alienación y de la programación a que someten al hijo. Por otra parte cualquier intento de protesta del niño o niña se convierte, por mor de los criterios diagnósticos que Gardner inventó, en nuevos síntomas de su programación. Incluso los terapeutas que argumentan en contra del SAP se convierten también, según Gardner, en sujetos vulnerables a la programación que entran a formar parte de una especie de “ folie à trois “ , en palabras del propio Gardner (1999). Es decir, en contra de cualquier planteamiento científico, el SAP se construye de modo que nunca pueda ser refutado porque*

*cualquier intento de refutación lo convierten, por sí mismo en verdadero».*

Y, por si lo anterior fuera poco para poner en duda la invocación del SAP como criterio pericial determinante de la adopción de una decisión judicial, la AEN recuerda también que, con base en este síndrome, se desoyen las acusaciones de maltrato o abuso procedentes del niño y de la madre. Por tanto, su utilización en los supuestos en que exista denuncia de violencia de género es doblemente perniciosa, porque puede suponer el aislamiento del menor de su madre, al calificarla como progenitora «alienante», con lo que eso puede suponer de revictimización añadida tanto del menor, como de la mujer víctima de violencia.

Por tanto, sabiendo que el SAP no tiene suficiente soporte científico; ni es fácil discernir su sintomatología –tal y como fue descrita por Gardner– de la que padecen los menores víctimas de violencia de género; ni es beneficiario para el menor su aplicación por las consecuencias que llevaría aparejadas, esto es, la imposición como tratamiento de una relación paterno filial no querida por el menor que –manipulado o no– tiene un conflicto con el progenitor que el SAP denomina «alienado»; y sabiendo, por último, que existe un claro sesgo de género en la invocación del SAP, tanto la AEN, como el CGPJ recomienda que se prescinda de su uso por parte de los órganos judiciales.

En la Guía de criterios de actuación judicial frente a la Violencia de Género publicada en 2008, y actualizada en 2013, el Consejo dice literalmente lo siguiente:

*27. La conclusión diagnóstica de S.A.P. no es aplicable cuando ha existido una situación de violencia de género, al haber sido los hijos y las hijas de esa relación víctimas y testigos de la violencia. En estas circunstancias, mientras persiste la relación, los menores desarrollan conductas de adaptación a través de conductas de evitación y de alianzas con el foco de la violencia, pero cuando ésta finaliza con la separación y perciben la seguridad de la distancia, desarrollan un rechazo de la violencia que se traduce en animadversión al causante de la misma, sin que exista ninguna intervención de la madre. No se debe aceptar que se utilice el S.A.P. para deslegitimar denuncias por violencia de género o por abuso sexual.*

*28. En los casos en que se aprecie problemas de relación y rechazo de los hijos y las hijas hacia el padre, la primera aproximación desde el punto de vista científico debe ser descartar situaciones de violencia y abordarlos como un problema de adaptación o de relación del menor o de su entorno familiar, y no como una patología. Desde esta perspectiva, el abordaje terapéutico debe centrarse en el empleo de técnicas de mediación, no coactivas y basadas en la manipulación intencionada de la madre».*

#### **IV . Apuntes de síntesis**

Las previsiones normativas contenidas tanto en las normas internacionales, como en el sistema de fuentes de origen estrictamente interno, ofrecen un nivel de garantía suficiente a los derechos de los menores víctimas de violencia de género. A pesar de ello, se puede decir que es muy amplio el margen de valoración puesto en manos del órgano judicial a la hora de imponer, en cada caso concreto, las medidas de protección que pasan por el alejamiento del progenitor victimario, y por la reducción del haz de facultades vinculado al ejercicio de la autoridad parental. Este margen podría reducirse si el legislador lo estimase oportuno, estableciendo límites infranqueables al margen de apreciación del juez.

Entretanto, el órgano judicial está sujeto a determinados límites a la hora de formular su juicio y tomar sus decisiones, y es obligación del letrado defensor de los intereses de los menores, recordarle dichos límites en aras a garantizar del derecho a la tutela judicial efectiva de su representado. En primer término, el titular del órgano judicial debe escuchar al menor para evaluar adecuadamente cuál es su interés y valorar, posteriormente, si el interés declarado o manifestado por el menor y la garantía de su interés superior es coincidente.

El órgano judicial debe motivar de forma clara la equivalencia entre ambos cuando esta se dé, o la falta de equivalencia de los mismos, y las razones que le llevan a desatender la voluntad manifestada por el menor en el momento de identificar su interés superior.

El informe de los peritos en estos casos, es fundamental, sobre todo cuanto más joven es el niño o la niña. Peritos que deben ser capaces, no sólo de interactuar adecuadamente con el menor, sino de identificar adecuadamente la presencia de escenarios de violencia de género que hayan podido afectarle, haciéndole víctima directa de tal violencia.

Es fundamental, asimismo, la adecuada formación del juzgador, una formación que debe incidir en la importancia de formular juicios sin obviar la perspectiva de género. La tendencia a proteger el «*mantenimiento sistemático de una relación normalizada de los y las hijas con los padres agresores no (se) mira y por lo tanto no (se) ve, los efectos que la violencia ha causado a los niños y niñas y que probablemente seguirá causando*» (REYES CANO 2015, 211).

Esa tendencia interpretativa, inspirada en el mantenimiento de la autoridad del paterfamilias en el marco de las relaciones familiares, y del haz de facultades vinculadas a esa autoridad parental, obvia la perspectiva de género, el cambio en las relaciones familiares y en la estructura familiar después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2017). También ignora la naturaleza estructural y sistémica de la violencia de género, que no desaparece con la separación de la comunidad de convivencia y que, como prueban los hechos, en ocasiones se exagera en ese momento. La protección de los menores, en estos supuestos, es también protección de la madre y es, en todo caso, protección de las víctimas de la violencia de género. Y ese enfoque debe ser prioritario.

No puede negarse que muchos progenitores condenados por violencia de género incumplen también sus obligaciones parentales respecto de sus hijos, o hacen dejación de ellas, lo que podría ser causa bastante, como hemos visto, para suspender legalmente su ejercicio. Pero muchos otros deciden mantener la autoridad parental. En algunas ocasiones, quizá no en todas pero sí en una buena parte, no porque tengan interés alguno en el bienestar de los hijos, sino por que los sienten como sujetos sometidos a su autoridad, y/o como instrumento a través del cual seguir ejerciendo control sobre sus madres.

En esos casos, se pone de manifiesto el conflicto entre los intereses del progenitor, que defiende sus derechos como paterfamilias, y los intereses de los hijos, que han sido considerados legalmente como intereses superiores, dignos de protección preferente. Nunca puede ser considerado interés prevalente del menor el contacto con un progenitor que le utiliza para infringir violencia sobre el otro, incluso aunque el menor manifieste que es su voluntad mantener el contacto con el progenitor victimario. En este caso, el mantenimiento del interés público, asociado a la voluntad colectiva de erradicar la situación de violencia de género, puede ser considerado prevalente o predominante. Ello sin perjuicio de que siempre pueda justificarse que el interés superior del menor, en estos casos, es permanecer alejado de quien ejerce violencia sobre él y, a través suya, sobre su madre.

La suspensión de la patria potestad del agresor, e incluso del mero régimen de comunicación y estancias con el victimario, no tiene por qué quedar reservada solo a los supuestos más graves y perjudiciales para los menores, como sostiene una parte de la doctrina (citada por REYES CANO, 2015, 212). Sin duda, es preciso evaluar el riesgo que corre el menor, y adoptar este tipo de medidas en supuestos de riesgo alto. Pero no se trata solo de una evaluación de riesgos, sino de la consideración imperativa de la voluntad del menor, y de la observancia de la obligación de garantizar su bienestar físico y psicológico.

No se trata sólo, por tanto, de que el menor no corra riesgo de ser directamente agredido porque no lo ha sido previamente, basando en eso la decisión sobre el mantenimiento de la autoridad parental. Se trata de valorar el impacto que la violencia sufrida ha tenido ya en el menor. Y de evaluar el impacto futuro que el mantenimiento del contacto con el agresor podría tener. Estudios al respecto hay muchos ya. Aquí se han citado algunos. Resta por integrar ese bagaje de conocimiento en la *ratio decidendi* de las sentencias.

## V . Notas bibliográficas

BESTEIRO DE LA FUENTE, YOLANDA (Coord.) (2011) Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de Género. Informe aprobado por el

Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer en su reunión del 8 de noviembre de 2011, Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, Madrid.

CARRERAS VÁZQUEZ, CARMEN MARÍA (2017), «La prueba testimonial de menores de edad víctimas de violencia de género», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 42.

CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN (2010), *La privación de la patria potestad: criterios legales, doctrinales y judiciales*, Madrid: La Ley.

CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ (2009), «La protección penal de los menores víctimas de violencia doméstica», en [La protección del menor en las rupturas de pareja](#) ; Cizur Menor (Navarra); Aranzadi, p. 157-171

FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS (2012) «Legislación aplicada a la práctica: La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores» en *La Ley Penal*, núm. 90, Sección Legislación aplicada a la práctica, Editorial LA LEY.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR (2008) *La acción legislativa para erradicar la violencia de género en Iberoamérica compilación iberoamericana de leyes contra la violencia de género*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ MONSALVE, BEGOÑA (2014) *Violencia de género e infancia: Hacia una visibilización de los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género*. Tesis doctoral dirigida por Eva Espinar-Ruiz y Antonio Alaminos. Universitat d'Alacant – Universidad de Alicante. Disponible en

NIETO GARCÍA, ÁNGEL JUAN (2012), «El síndrome de alienación parental: perspectiva penal en defensa de la paz familiar», *La Ley Penal*, núm. 91.

REYES CANO, PAULA (2015) *Menores y violencia de género: de invisibles a visibles*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 181-217.

REYES CANO, PAULA (2015), «Menores y violencia de género, de invisibles a visibles», en

SANTANA VEGA, DULCE MARÍA (2014), «La reforma de las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento», EN *Congreso IDADFE 2011: Patria potestad, guarda y custodia* , Madrid, Tecnos, p. 145-168.

SAVE THE CHILDREN (2006). *Atención a los niños y niñas víctimas de violencia de género. Análisis de la atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en el sistema de protección a la Mujer*.

SAVE THE CHILDREN (2011). *En la violencia de género no hay una sola víctima. Atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género.*, disponible en <https://www.savethechildren.es/publicaciones/en-la-violencia-de-genero-no-hay-una-sola-victima>

VVAA (2015): *Las víctimas invisibles de la violencia de género*. Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad, en [http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/Las\\_victimas\\_invisibles\\_de\\_la\\_violencia\\_de\\_genero.pdf](http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/Las_victimas_invisibles_de_la_violencia_de_genero.pdf)

---

## Análisis

---

### Documentos Comentados

---

- ( Disposición Vigente ) **Ley Orgánica núm. 1/2004, de 28 de diciembre.** [RCL 2004\2661](#)
- ( Disposición Vigente ) **Ley Orgánica núm. 8/2015, de 22 de julio.** [RCL 2015\1136](#)
- ( Disposición Vigente ) **Ley núm. 4/2015, de 27 de abril.** [RCL 2015\607](#)
- ( Disposición Vigente ) **Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989.** ■ ( Disposición Vigente ) **Instrumento de 30 de noviembre 1990.** [RCL 1990\2712](#)
- ( Disposición Vigente ) **Ley Orgánica núm. 10/1995, de 23 de noviembre.** [RCL 1995\3170](#)
- ( Disposición Vigente ) **Resolución núm. 48/104/1993, de 20 de diciembre.** [LEG 1993\10](#)
- ( Disposición Vigente ) **Convención de 18 de diciembre 1979.** ■ ( Disposición Vigente ) **Instrumento de 16 de diciembre 1983.** [RCL 1984\790](#)
- ( Disposición Vigente ) **Real Decreto núm. 1452/2005, de 2 de diciembre.** [RCL 2005\2449](#)
- ( Disposición Vigente ) **Ley Orgánica núm. 3/2007, de 22 de marzo.** [RCL 2007\586](#)

**C**

**AP Madrid (Sección 3ª)**, sentencia de 6 abril 2018. [JUR\2018\155820](#).

**C**

**TC**, sentencia núm. 163/2009, de 29 junio 2009. [RTC\2009\163](#).

### Voces

---

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD  
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES  
DERECHOS HUMANOS  
ESTATUTO DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO  
ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO  
MEDIDAS CAUTELARES (PROCESO PENAL)  
PENAS (DERECHO PENAL)  
VIOLENCIA DOMÉSTICA