

**LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS
A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE
DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

*THE RIGHTS OF CHILDREN TO LIVE IN A FAMILY ENVIRONMENT
FREE FROM GENDER VIOLENCE*

TERESA PICONTÓ NOVALES

Universidad de Zaragoza

<https://orcid.org/0000-0002-1012-2859>

Fecha de recepción: 31-1-24

Fecha de aceptación: 20-3-24

Resumen: *En el contexto de la familia, la cultura jurídica y social de los derechos de la infancia y adolescencia, los niños y niñas tienen el derecho a una vida libre de violencia de género, respecto de la cual son víctimas directas. En este artículo se estudian los cambios normativos (2015 y 2021) y la praxis judicial sobre el régimen de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y comunicación en un contexto de violencia de género y/o violencia vicaria de género sobre los hijos e hijas. En el marco de estas reformas legales, se argumenta críticamente sobre la compatibilidad de los regímenes de custodia compartida y de visitas y comunicación en supuestos de violencia de género.*

Abstract: *In the context of the rights of children in the family, child victims of gender violence have the right to live free of this violence. This article examines the legislative reforms in 2015 and 2021 and judicial praxis of shared custody, contact and communications orders in cases of gender violence in Spain. More specifically, the paper analyses the incompatibility of shared custody, contact and communications orders in cases of gender violence in the framework of these legal reforms.*

Palabras clave: los niños y niñas víctimas de la violencia de género, la custodia compartida y el régimen de visitas, estancia y comunicación y violencia de género.

Keywords: child victims of gender violence, shared custody contact and communications orders in cases of gender violence.

1. INTRODUCCIÓN

El largo camino recorrido desde la aprobación y ratificación por España en 1990 de la Convención de los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas de 1989 ha sido dilatado en el tiempo y ha estado lleno de dificultades. En este sentido, las reflexiones y los debates que desde los años 90 del pasado siglo se produjeron en el ámbito científico han sido un gran acicate para subrayar la necesidad de un reforzamiento y una extensión de los derechos de los niños y niñas a otros ámbitos, así como la exigencia de una cuidadosa interpretación y aplicación a la hora de llevarlos a la práctica, como por ejemplo, en los casos en los que los derechos de los niños se encuentran en conflicto con los de los adultos, como puede ocurrir con sus padres, o en los casos en los que sus derechos individuales chocan con algunos de los derechos colectivos de la cultura a la que el niño pertenece.

En el contexto de la familia, la cultura jurídica y social de los derechos de la infancia establecida por la Convención de los Derechos del Niño y el principio constitucional de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes (Constitución Española de 1978) dieron lugar en este ámbito a imponer a los padres, cuidadores y otros responsables de los menores la obligación de respetar sus derechos; de forma que los niños y niñas tienen que estar protegidos frente cualquier situación de grave perjuicio, abuso, sufrimiento o violencia. Concretamente, de la violencia que sufren los menores en el ámbito familiar (violencia doméstica y/o violencia de género), se ocupa este artículo.

En el ámbito español ha sido especialmente importante la reforma legal operada por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, que modificó el sistema de protección del menor, amplió el concepto del superior interés del niño y estableció que los niños y niñas que se encuentren en contextos de violencia de género son víctimas directas de la misma y no sólo testigos de la violencia que sufren sus madres; así como estableció unas concretas medidas de protección en el ámbito de derecho civil para los niños y niñas víctimas de la violencia de género.

En este artículo me voy a referir a la violencia que sufren los niños, niñas y adolescentes por la violencia ejercida contra sus madres en el ámbito de la familia, respecto de la cual son víctimas directas, al igual que sus madres. Desde esta concreta óptica, el término más adecuado para aludir a esta realidad de la

infancia y adolescencia es la de víctimas de la violencia de género, por ser más comprensivo al abarcar a estos dos tipos de víctimas: la mujer y sus hijos e hijas.

Como uno de los antecedentes de esta reforma legal está el significativo caso de Ángela González Carreño y de su hija Andrea, que fue asesinada a manos de su padre en 2003 y que ha tenido una destacada influencia no sólo en España sino también en el ámbito europeo.

Más recientemente la L.O. 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral de los niños y adolescentes frente a toda forma de violencia*, establece diversas medidas para protegerlos y reforzar algunas otras que ya existían: la suspensión cautelar del ejercicio de la responsabilidad parental y/o del ejercicio de la guarda, custodia o régimen de visitas y comunicación, con el fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios de su entorno familiar; además de definir la violencia vicaria de género en la que niños y niñas resultan asesinados a manos de sus progenitores. Por su parte, la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, establece como medida la suspensión del régimen de visitas y comunicación en contextos de violencia de género. Concretamente, en este artículo se van a analizar tanto la incompatibilidad de la custodia compartida, como el régimen de visitas y comunicación cuando hay violencia de género.

Del análisis del impacto que estas reformas legales y, especialmente las de 2015, se constata la lentitud en su implementación por parte de los jueces; si bien, ello no se puede achacar únicamente a la mentalidad de los jueces o a las tradicionales resistencias al cambio por parte de los operadores jurídicos. Lo cierto es que decidir sobre los riesgos para los hijos o para sus madres en contextos de violencia de género constituye una tarea que requiere contar con mecanismos y apoyos profesionales adecuados que permitan valorar la complejidad de los mismos. En esta cuestión, entre otras, inciden las reformas legislativas, las memorias de la Fiscalía General del Estado, y algunos informes y guías de actuación como, por ejemplo, el de la Comisión de Igualdad del CGPJ (2020).

2. ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS A LLEVAR UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En el ámbito español ha sido especialmente importante, en primer lugar, la reforma legal operada por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, que modificó el

sistema de protección del menor, amplió el concepto del superior interés del niño y estableció que los niños y niñas que se encuentren en contextos de violencia de género son víctimas directas de la misma.

2.1. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación n° 47/2012 en el caso de Ángela González Carreño

El caso de Ángela González Carreño y su hija Andrea merece una especial referencia porque ha sido particularmente significativo¹ y constituye unos de los antecedentes de las reformas legales en esta materia en España. Así, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer², en su sesión n° 61, ya manifestó su preocupación por el número de casos de niños y niñas asesinados por “padres violentos durante el ejercicio de su derecho de visita”. Una preocupación agravada por el injustificado incumplimiento por parte del Estado español de la decisión de la CEDAW de 16 de julio de 2014, en la que se condenaba al Estado español por no haber protegido a Ángela González y a su hija Andrea, a la que el maltratador asesinó en 2003 en una de las visitas establecidas judicialmente. A pesar de las denuncias de Ángela a su ex-marido en 30 ocasiones por amenazas y agresiones, las visitas y comunicación con la hija por parte de su agresor no se habían interrumpido (CEDAW/C/58/D/47/2012, Comunicación n° 47/2012).

Más concretamente, durante el tiempo que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente, las autoridades tanto judiciales como los servicios sociales y los expertos (psicólogos) tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento del padre. Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que en este caso otorgó claras venta-

¹ Un estudio de ese caso, puede verse, entre otros: M. CALVO GARCÍA, “The Role of Social Movements in the Recognition of Gender Violence as a Violation of Human Rights: From Legal Reform to the Language of Rights”, *The Age of Human Rights Journal*, núm. 6, 2016, pp. 60-82. [<http://dx.doi.org/10.17561/tahrj.v0i6.2930>].

² Una visión crítica sobre las ausencias de la *Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación y violencia contra la mujer* en lo referente a la violencia de género y doméstica puede verse en: F. GÓMEZ ISA, “Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), en *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, 2022. Disponible en: <https://www.elgaronline.com/display/book/9781789903621/b9781789903621.convention.elimination.disc.women.xml> (consultado: 22-01-2024).

jas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizo la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad (apartado 9.4).

Así mismo, el Comité formuló al Estado español varias recomendaciones generales como la de tomar las medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica fueran tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos para que su ejercicio no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos (apartado 11).

Por su parte, el Tribunal Supremo español, en su STS 1263/2018, de 17 de julio, ha reconocido la responsabilidad del Estado español en el asesinato de la niña Andrea a manos de su padre durante el régimen de visitas no supervisadas establecido por el juez. Específicamente, en la STS 1263/2018, de 17 de julio, se reconoce la responsabilidad del Estado español en el asesinato de Andrea a manos de su padre durante el régimen de visitas no supervisadas establecido por el juez. Se trata de una sentencia paradigmática al ser la primera vez que el T.S. español reconoce la responsabilidad del Estado en el caso de asesinato de hijos víctimas de la violencia de género, cumpliendo así con las recomendaciones de la CEDAW al Estado español de julio de 2014.

Concretamente, en su sentencia el T.S. reconoce que las cláusulas de los tratados internacionales ratificados por España forman parte de su legislación (de su derecho) y que las recomendaciones del Comité CEDAW son vinculantes, por lo que deben ser efectivamente aplicadas para que los derechos y libertades en ellas regulados sean “reales y concretos” en España (FJ 7, STS 1263/2018, 17 de julio).

2.2. Observaciones y Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño y El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica

En el contexto internacional³ de singular relevancia son, entre otras, la Observación n° 13 del Comité de los Derechos del Niño, que en el punto 61 señala que la interpretación del interés superior del niño incluye la obliga-

³ Este sub-epígrafe pretende únicamente situar los cambios normativos y la praxis judicial de los derechos de los niños y niñas a tener una vida libre de violencia de género y doméstica en el marco internacional porque algunos instrumentos normativos internacionales

ción de proteger a los niños contra toda forma de violencia; así como, el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, entre las que se refiere a los niños expuestos a actos de violencia en el hogar, respecto de la cual son víctimas y testigos. Igualmente, se produce una vulneración del derecho de los niños y niñas a no sufrir violencia cuando los profesionales ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta su superior interés, sus opiniones, o los objetivos del desarrollo del niño.

Asimismo, la Observación General n° 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado, la Observación General n° 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación General n° 14, de 2014, acerca de que su superior interés sea considerado de forma primordial en cada caso concreto.

En el mismo sentido, las Observaciones Finales de los Informes 5° y 6ª (5 de marzo de 2018) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, lleva al Estado español a promover leyes que garanticen la protección integral de los niños contra la violencia y que sean análogas en su alcance normativo a la Ley contra la violencia de género.

En la misma línea, la Recomendación General n° 35 (2017) del Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre la violencia por razón de género contra la mujer (por la que se actualiza la Recomendación General n° 19), establece en el punto 31 que “los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a (...) la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida, integridad física, sexual, psicológica y regirse por el principio del superior interés del niño”. Dicha recomendación fue precedida por la Comunicación n° 47/2012, 16 de julio de 2014, al Estado español (caso de Ángela González Carreño, al que me he referido en este artículo).

En el ámbito europeo, el Consejo de Europa cuenta con normas y estándares internacionales para garantizar los derechos de los niños y adolescentes como, entre otros: El Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia de género (Convenio de Estambul, 2011); el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia; además en la Estrategia del Consejo de Europa para los

han sido el antecedente de estos cambios legislativos y judiciales. Si bien, no es objeto de este artículo analizarlos en profundidad.

derechos de los niños (2016-2021) se hace un llamamiento a todos los Estados miembros para erradicar toda forma de castigo físico sobre la infancia.

Un instrumento de gran importancia por su carácter vinculante a nivel europeo en materia de violencia contra la mujer y doméstica ha sido, sin duda, el Convenio de Estambul, que entró en vigor en España el 1 de agosto de 2014. Concretamente, la condición de víctimas de los menores que conviven con las mujeres que sufren violencia está recogida también en este convenio. Específicamente, reconoce que los niños son víctimas de la violencia doméstica y de la violencia que sufren sus madres e impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativas a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia que han sufrido sus madres y para que, en ningún caso, el ejercicio de la custodia o del régimen de visitas ponga en peligro los derechos y la seguridad de estos niños y niñas (art. 31).

Más específicamente, el Convenio de Estambul tiene la capacidad para influir en las legislaciones internas de los Estados firmantes y controlar los avances y los incumplimientos de dichos Estados⁴. En este contexto, surge en España la L.O. 8/2015, de protección de la infancia y la adolescencia, que define el concepto del superior interés del menor en su artículo 2, estableciendo como uno de sus parámetros el derecho que tienen los niños a vivir en un entorno familiar adecuado y libre de violencia⁵, recogiendo además un concepto más preciso de los niños como víctimas de la violencia de género.

Más recientemente, la Resolución del Parlamento Europeo, 6 de octubre de 2021 sobre el impacto de la violencia doméstica y el derecho de custodia de las mujeres y de los niños⁶ señala que “los niños también pueden sufrir lo que se denomina violencia presenciada” en el hogar y en el entorno familiar al experimentar cualquier forma de maltrato llevado a cabo

⁴ Un estudio sobre la implantación del Convenio de Estambul en el derecho francés y español en lo relativo a la violencia ejercida contra las mujeres puede consultarse en: A. BROX SÁENZ DE LA CALZADA, “El Convenio de Estambul en Francia y en España: tareas pendientes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 43, 2020, pp. 1-19: <https://doi.org/10.7203/CEFD.43.16780>.

⁵ Concretamente el artículo 2.2 establece que “a efectos de la interpretación y aplicación del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia”.

⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0406_ES.html (consultado: octubre 2023).

mediante actos de violencia física, verbal, psicológica, sexual y económica contra figuras de referencia u otras figuras afectivamente significativas y que dicha violencia tiene consecuencias muy graves para el desarrollo psicológico y emocional del niño y, que por tanto, es esencial prestar la debida atención a este tipo de violencia en las separaciones y en los acuerdos de custodia de los padres, garantizando que el interés superior del niño sea la consideración primordial, en particular para determinar los derechos de custodia y visita en los casos de separación". Asimismo, considera que "la exposición de los niños a la violencia doméstica debe considerarse como violencia contra los niños, que los niños expuestos a la violencia doméstica sufren consecuencias negativas para la salud mental y/o física que pueden ser de carácter agudo y crónico". Finalmente, manifiesta que la violencia de pareja es claramente incompatible con el interés superior del niño y con la custodia y cuidado compartidos, debido a sus graves consecuencias para las mujeres y los niños, incluido el riesgo de violencia posterior a la separación y los actos extremos de feminicidio e infanticidio". Por todo lo cual, el Parlamento Europeo "insta encarecidamente a que toda forma de violencia, incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, se considere tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y un acto contra el interés superior del menor" (apdo. 10).

En definitiva, España debe fomentar todas las medidas necesarias (legislativas, administrativas, judiciales, sociales y educativas) que garanticen el derecho del niño, de la niña y de los adolescentes a desarrollarse en un ambiente libre de cualquier forma de violencia, perjuicio, abuso físico o mental, descuido o negligencia, malos tratos o explotación en todos los ámbitos, incluido el de la familia a la que el niño o niña pertenece.

3. EL MARCO LEGISLATIVO EN ESPAÑA SOBRE EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO A LLEVAR UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Una vez referidos los antecedentes más importantes en el marco internacional de los derechos de los niños y niñas a llevar una vida libre de violencia vamos a analizar, entre otras cosas, las medidas civiles de protección de los menores producto de las reformas legislativas de 2015 y de 2021.

3.1. Aspectos más relevantes de la reforma legal del sistema de protección de la infancia y adolescencia: L.O. 8/2015, de 22 de julio

En el contexto español, la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, dio un contenido al concepto del superior interés del menor, siguiendo las pautas recogidas tanto en la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. De forma que este concepto pasa a tener en la ley un contenido triple⁷. Específicamente, en cuanto a “derecho sustantivo”, el superior interés del niño, exige que cuando se adopte una medida que le afecte, sus mejores intereses hayan sido evaluados y en el caso de que haya otros intereses legítimos presentes, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución.

Así, en los contextos de violencia doméstica nos encontramos con que el superior interés del niño, niña y adolescente entra en conflicto con otros intereses como, entre otros, el derecho del padre a relacionarse con sus hijos y el derecho de los hijos a relacionarse con su progenitor. Frente a estos intereses nos encontramos algunos derechos de los niños y niñas como son, entre otros, el derecho a una vida libre de violencia, a la dignidad personal, el derecho a la protección de su bienestar físico o psíquico cuando se encuentre en una situación de peligro, etc.

El interés superior del niño en cuanto principio general de carácter interpretativo supone que si una norma jurídica puede ser interpretada de varias formas se deberá optar por aquella interpretación que mejor responda a su interés. Por último, el interés superior del niño constituye además una norma de procedimiento. En definitiva, la finalidad del interés superior del niño es la de asegurar el respeto completo y efectivo de todos sus derechos, así como su desarrollo integral.

La L.O.8/2015, establece algunos criterios para facilitar la interpretación y aplicación del superior interés del menor, entre los cuales están justamente la protección del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo del menor; la consideración de sus opiniones, deseos y sentimientos; la conveniencia de

⁷ Sobre el concepto del interés superior del niño en la L.O. 8/2015 puede verse, entre otros: C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “El interés superior del niño: La nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, en V. CABEDO MALLOL e I. RAVELLAT BALLESTÉ (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la infancia y adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 87-129.

que su vida y desarrollo tengan lugar en un ambiente familiar adecuado y libre de violencia, priorizándose el mantenimiento de sus relaciones familiares siempre que sea posible y sea positivo para el menor. Y en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo con el interés del menor, deberán priorizarse aquellas medidas que, respondiendo a este interés, respeten todos los intereses legítimos. Si éstos últimos no pudieran respetarse, deberá primar el interés superior del menor⁸ sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

Probablemente, la modificación más importante, operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, es considerar víctimas de violencia de género a los hijos sujetos a la guarda y custodia de las mujeres maltratadas. Estos menores ya no son meramente testigos de la violencia de género, como ocurría con anterioridad. Esto es, los menores se encuadran en el concepto de “víctima” por el mero hecho de vivir en entornos de violencia de género, por todas las alteraciones que la exposición a la violencia supone para su desarrollo y afirmando su derecho a una vida libre de violencia. Si bien, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, no incluye como víctima a los menores expuestos a la violencia que sufren sus madres en la definición de víctimas (art. 2), si dispone que también tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en su articulado (art. 10).

En este sentido, la L.O 8/2015 ha modificado la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género⁹, la cual ya no sólo tiene por objeto la protección directa a las mujeres víctimas de la misma, sino que extiende sus medidas de protección integral a los hijos y a los menores sujetos a tutela, guarda o custodia de las víctimas. Con este fin, el cambio más relevante fue sin duda modificar el estatus de los menores que eran considerados víctimas indirectas, pasando a ser víctimas directas, con lo que se equipara a la mujer víctima de violencia de género con los menores que viven con ella. Este reconocimiento como víctimas directas de la violencia de género se recoge en el art. 1 de la Ley “con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se

⁸ De gran utilidad es la Guía para la evaluación y determinación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, UNICEF, (2017). Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/7896/file/guia%20interes%20superior.pdf> (consultado: 17-01-2024).

⁹ La L.O. 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género supuso un hito en la legislación española en materia de violencia contra las mujeres, permitiendo desarrollar nuevas estrategias jurídicas, sociales y tecnológicas para dotar a las víctimas de mayores derechos: vid. M. P. OLACIREGUI RODRÍGUEZ, “Prevenir la Violencia de Género: Muchas voces, ¿un discurso?, *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, núm. 9, 2017, pp. 46-64.

puede ejercer sobre ellos". A continuación, se indica que "por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores sujetos a tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia" (art. 1.2).

Ello permite dar visibilidad a la magnitud familiar del problema de la violencia y posibilita la adopción de medidas de protección integral a cualquier menor, sean o no hijos/hijas del agresor y expresa un cambio esencial ya que esta reforma legal ha equiparado a la mujer que sufre violencia de género con los niños y niñas que conviven con ella. Ahora bien, lo cierto es que este nuevo estatus de víctima directa no ha dado lugar a consecuencias jurídicas relevantes¹⁰. Esto es, el legislador se ha limitado a incluir a los menores como víctimas directas, pero no ha habido una ampliación de los derechos, prestaciones ni nuevas medidas destinadas a protegerlos.

En cuanto a las concretas medidas de protección, se modifican los arts. 61, 65 y 66 de la L.O.1/2024 para hacer hincapié en la obligación que tienen los jueces de lo penal de pronunciarse sobre las medidas cautelares de naturaleza civil con respecto a los niños y niñas que conviven y dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia de género. Por consiguiente se ordena a los jueces que se pronuncien sobre la relación que deben mantener los niños y niñas con el agresor de la mujer durante la tramitación del procedimiento. Específicamente, se les insta a que adopten medidas cautelares para proteger a los menores (entre otras, la de suspender el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, etc.).

En este sentido, se establece que el juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará aquellas medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar. Además, se ha de garantizar que el menor pueda ser escuchado en las condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses (art. 158). Concretamente, se podrán adoptar, por parte del juez civil o penal, medidas judiciales que conlleven la prohibición de aproximación y de comunicación del agresor con el menor y, en general, las demás que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar frente a terceras personas.

¹⁰ Vid. E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, "Menores en la violencia vicaria y huérfanos de feminicidios. ¿Víctimas de violencia de género o violencia familiar?", en J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, J. GARCÍA AMEZ, P. FERNÁNDEZ RIVERA, *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Aranzadi, Madrid, 2022, p. 147.

Ya la Fiscalía General del Estado en su *Memoria* (2018) señala que “a pesar de que los menores se consideran víctimas incluidas en la LO.1/2004, tras la reforma de 2015, sigue sin otorgárseles el protagonismo que merecen”. En otras palabras, no se da suficiente protagonismo a estos niños porque no se les escucha¹¹. Efectivamente, la L.O. 8/2015, hace hincapié en el derecho de los niños “a ser escuchados” sin ningún tipo de discriminación por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia y ello se aplica tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que le pueda afectar, debiéndose tener debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su “edad y madurez” (art. 9.1). Es preciso darse cuenta que este derecho de los niños “a ser escuchados”, tras la reforma legal de 2015, supone una mayor exigencia¹² que el derecho sólo a “ser oído” de la legislación anterior, que constituía un mero trámite.

En este sentido, la oportunidad de “ser escuchado” en los procesos judiciales por su especial relevancia habrá de hacerse de manera accesible y adaptable a las circunstancias y necesidades del niño o niña¹³, en un entorno en que no sea intimidatorio. Asimismo, el encargado de tomar la decisión deberá determinar si la capacidad del niño para formarse un juicio propio de forma razonable e independiente es suficiente y dar a sus opiniones un valor destacado en lo que finalmente se decida. Importante es además compartir con el menor los resultados del proceso y la decisión.

3.2. Las medidas civiles de protección de los menores en contextos de violencia de género

En cuanto a las medidas de protección de los hijos en contextos de violencia doméstica y de género, el Convenio de Estambul establece para los Estados Partes la necesidad de que tomen aquellas medidas legislativas y otro tipo de medidas para que en el momento de estipular los derechos de

¹¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado (2018). Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2018/FISCALIA_SITE/index.html (consultado: 15-01-24).

¹² Entre otros, vid: F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten”, en V. CABEDO MALLOL e I. RAVELLAT BALLESTÉ (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la infancia y adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 131-157.

¹³ Guía para la evaluación y determinación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, UNICEF, (2017). Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/7896/file/guia%20interes%20superior.pdf> (consultado: 17-01-2024).

custodia y visita relativos a los hijos se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación de este convenio (art. 31). Así como también las medidas que sean necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

Concretamente, el artículo 61 de la L.O.1/2004¹⁴, tras la modificación operada por la L.O. 8/2015, establece que en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el juez competente deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas entre otros en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas. El juez podrá hacerlo de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos o de las personas que convivan con ella o se hallen sujetas a guarda y custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración –de la que dependan los servicios de atención a las víctimas–.

Específicamente, en los artículos 61.2 y 65 de la L.O. 1/2004, se establece la posibilidad de suspender la responsabilidad parental o la custodia de los menores del progenitor custodio o tutor de los mismos, en el caso en que éste se halle inculcado en un procedimiento de violencia de género.

No obstante, estas medidas, que ya se contemplaban antes de la reforma de 2015, han sido aplicadas muy escasamente, a excepción de las impuestas mediante la orden de protección. La reforma incorporó además una cláusula abierta para posibilitar que el Juez pudiera aplicar otro tipo de medidas que

¹⁴ Específicamente, con la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004, se crearon los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que conocen de las causas penales en violencia de género, así como de las causas relacionadas como, separación, divorcio, guarda y custodia de los hijos, etc., para que estas causas sean tratadas en la misma sede judicial, procurando así la inmediata protección de las víctimas y evitarles tener que pasar de uno a otro juzgado. Además de estos juzgados especializados, se especializan también las Fuerzas y los Cuerpos de Seguridad, la Fiscalía, Juzgados de lo Penal y secciones dentro de otros juzgados (Audiencias provinciales, Tribunales Superiores de justicia). Dos interesantes investigaciones socio-jurídicas sobre los antecedentes, creación e implementación del sistema de violencia de género en España son, entre otras: P. OLACIREGUI RODRÍGUEZ, "Mujeres en riesgo. Más allá del miedo y la violencia", Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2023; E. PILCHER PÉREZ, "La violencia contra las mujeres a través de los derechos, las instituciones y el movimiento feminista. Un análisis desde la Sociología Jurídica", Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2020. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/106246> (consultado: 11-1-2024).

permitieran ampliar la protección y seguridad de los niños y niñas que estuvieran a cargo de la mujer víctima de la violencia de género. Específicamente se señala que “el juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer”, además de que se les insta a que hagan “un seguimiento periódico de su evolución” (arts. 65 y 66).

En cualquier caso, los jueces tienen la obligación, en los procedimientos relacionados con la violencia de género, de pronunciarse sobre la oportunidad de aplicar las medidas recogidas en los artículos 64 a 66 de la L.O. 1/2004, entre otras, las relativas a la salida del domicilio, alejamiento, suspensión de la patria potestad o la custodia de los hijos, la suspensión del régimen de estancia, comunicación y visitas con los menores.

Si los jueces y magistrados no adoptan las medidas de suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de estancia, visitas y comunicación¹⁵, deberán pronunciarse sobre la forma en que se ejercerán los derechos y obligaciones relacionados con la patria potestad por parte del inculpado (agresor), realizando un seguimiento periódico de su evolución; así como adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y en su caso, la recuperación de estos menores (arts. 65 y 66 L.O.1/2004).

Por tanto, los jueces deben valorar su posible aplicación en todos los casos a enjuiciar, aun cuando los menores sólo hayan sido víctimas indirectas de la violencia y especialmente en aquellos casos en los que quepa sospechar que el menor pueda ser utilizado por el agresor como medio para causar daño a su madre.

Un instrumento especialmente significativo en el desarrollo e implementación de las políticas públicas de protección de la infancia y adolescencia en situaciones de violencia de género es el Pacto de Estado contra la violencia de género (2017), ya que las medidas que contiene para erradicar la violencia de género en todas sus manifestaciones fue consensuado por las diversas instituciones políticas y sociales¹⁶. Específicamente, en el Eje 4 se fijar un con-

¹⁵ Estas medidas previstas en los artículos 64 a 66 podrán adoptarse al amparo de la orden de protección o de una orden de alejamiento, si bien no de forma automática, sino que su adopción dependerá de la apreciación judicial.

¹⁶ El Pacto de Estado ha supuesto un compromiso importante al haber sido aprobado por todos los partidos políticos. El punto de partida con respecto a los menores que viven en contextos de violencia de género es que son víctimas de la misma. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf (consultado: 29-01-2024).

junto de medidas para mejorar e intensificar las medidas de protección para los niños y adolescentes víctimas de la violencia de género. En su medida 45 propone impulsar la práctica de que los menores sean tratados como víctimas directas de la violencia de género sufrida por sus madres. En el mismo sentido, en la medida 121 determina la necesidad de incluir a los hijos e hijas en las valoraciones policiales de las víctimas.

De especial relevancia en este contexto es la Instrucción 4/2019 de la Secretaría de Estado de Seguridad¹⁷, que establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género, la gestión de seguridad de las mujeres víctimas y de los menores que de ellas dependen y seguimiento a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género.

En cuanto a la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas comunes víctimas de violencia de género, el Pacto de Estado en la medida 147 proponía desvincular la intervención psicológica de los hijos menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad. Por lo que el Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado, añadió un nuevo párrafo al art. 156 del Código civil con la finalidad de que la atención y asistencia psicológica quedase fuera de los actos que precisan de una decisión común en el ejercicio de la patria potestad cuando exista sentencia firme o hubiera causa penal por malos tratos o abusos sexuales, si bien se ha de informar previamente al otro progenitor.

3.3. La incompatibilidad de la custodia compartida cuando hay violencia de género

A pesar de los avances en lo que se refiere a la protección de los hijos que viven en un contexto de violencia contra sus madres, la realidad es que estos niños y niñas siguen siendo los grandes olvidados en muchos ámbitos y especialmente en el judicial.

Las reformas legales a las que se ha hecho referencia han impuesto al juez penal que conozca de casos relacionados con la violencia de género, la

¹⁷ Específicamente la Instrucción 4/2019, buscando la participación activa de las víctimas diseña un plan personalizado de seguridad acorde con las necesidades especiales de protección de las mujeres víctimas y de los menores que de ellas dependen, que incluye unos concretos indicadores relativos a los menores que pudieran encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

obligación de resolver también sobre las medidas civiles que habrán de aplicarse a los hijos e hijas menores de edad. Específicamente, la decisión sobre la guarda y custodia es uno de los ejes centrales del conjunto de medidas civiles a adoptar en un proceso de ruptura, además de las medidas previstas en la L.O.1/2004. Muy ligado a ello se encuentran también las decisiones sobre las estancias, visitas y comunicaciones de los hijos con sus progenitores.

De especial relevancia en este sentido son las consideraciones de la Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida de la Comisión de Igualdad del CGPJ (2020)¹⁸. Según el CGPJ, en lo relativo a la custodia en situaciones de violencia de género (en las que se mantiene la patria potestad), la aplicación del principio del superior interés del menor aconseja que cuando haya evidencia de una violencia estructural y si la misma se aprecia aun cuando no haya condena firme penal, la guarda compartida o la exclusiva debería excluirse. Asimismo, la estimación de una orden de protección tras una denuncia debería excluir la posibilidad de atribución de la guarda compartida en favor del investigado.

Tras un exhaustivo análisis de sentencias, el CGPJ críticamente señala que las resoluciones sobre custodia suelen hacer valoraciones generales y echa de menos un examen más preciso del caso concreto. Así, nos encontramos con que en las sentencias se fundamenta con mayor precisión la situación y características de los padres que las de los niños y niñas, de los que hay muy pocas referencias concretas. Además, los deseos de los hijos e hijas se acatan o se rechazan sin una fundamentación suficiente y sin relacionarlo con el resto de las circunstancias concurrentes.

En cualquier caso, se exige la audiencia del hijo o hija menores de edad antes de tomar la decisión. Como señala la Fiscalía General del Estado (2020)¹⁹, resulta incuestionable la obligación legal de oír a las/los menores en aquellos aspectos que les afecten y de tomar en consideración su opinión en función de su edad y madurez (art. 9 LORJM). Lo que exige, además de constatar la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de de-

¹⁸ Vid. Consejo del Poder Judicial (2020), Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida del CGPJ, p. 195-196. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias-y-estadisticas/Guias-del-Consejo-en-la-materia/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida> (consultado: 22-08-2023).

¹⁹ Vid. Fiscalía General del Estado (2020), Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género. Disponible en: <https://www.infocoponline.es/pdf/GUIA-DE-ACTUACION-DEL-MF-EN-VG.pdf> (consultado: 27-01-2024).

sarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego.

Si bien, la opinión del niño o niña no es vinculante habrá de ser tenida en cuenta en función de su contenido, edad y madurez. En su caso, el órgano judicial deberá exponer de manera adecuada y comprensible las razones por las que estima conveniente apartarse de la opinión y preferencia expresada por el menor. En este sentido, según el CGPJ, la edad de los hijos no está suficientemente valorada ni suficientemente presente en las sentencias. Más específicamente, las sentencias no se fundamentan con arreglo a la edad evolutiva del menor. Siendo que la edad del niño o niña es importante cuando hay episodios de violencia, y el niño o niña tienen que ser oídos cuando se adoptan las medidas civiles en la orden de protección.

Asimismo, el CGPJ considera que el criterio determinante es el interés superior del menor y esto supone mantener su integridad física y mental, descartando cualquier tipo de riesgo²⁰ que pudiera derivarse para el menor de la conducta del investigado por violencia de género. Lo que exigirá valorar en cada caso la gravedad de los hechos investigados. Esto es, si se trata de un presunto delito de violencia física y psíquica habitual, de tendencias violentas o agresivas en la conducta del investigado, de consumo de sustancias estupefacientes, de posibles trastornos o patologías psiquiátricas; de haber sido el menor sujeto pasivo directo de alguno de los delitos investigados en el ámbito familiar; así como también, la edad del menor, las manifestaciones de los menores recogidas en el atestado o las apreciadas en la exploración judicial y el incumplimiento por el padre de sus deberes parentales, entre otras cuestiones.

Para el CGPJ, todo ello debería tenerse muy en cuenta a fin de determinar las circunstancias concurrentes en la decisión relativa tanto a la guarda y custodia como a la posible suspensión de las visitas del padre. Críticamente considera el CGPJ que, a la hora de resolver acerca de estas medidas civiles hay que evitar caer en formulas estereotipadas que suponen una incoherencia entre la grave situación de los hechos punibles (que dan lugar a medidas cautelares penales severas) y las medidas civiles adoptadas relativas al régi-

²⁰ El riesgo de sufrir maltrato o violencia en la familia como indicador en la valoración del interés superior del menor en el marco normativo de las reformas legales de 2015 puede consultarse, entre otros: Vid. C. MESA RAYA, *La gestión pública de la pobreza infantil desde los Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, pp. 226-228.

men de estancia, comunicación y visitas entre el presunto autor del delito y sus hijos e hijas, como si se tratara de dos compartimentos estancos. Resulta imprescindible a estos efectos la coordinación y coherencia de las medidas penales con las medidas civiles. Con este fin, medidas como las de la salida del inculcado del domicilio y la prohibición de retorno, de aproximación o de comunicación a la víctima tienen que ser coherentes con las medidas acordadas relativas al régimen de visitas y comunicación del inculcado con sus hijos e hijas.

Si bien, el CGPJ señala que “no cabe una suspensión de visitas o estancias sino es por motivos expresamente razonados y con criterios restrictivos. Debe trabajarse la recuperación de la relación”. En general, entiende que, en su caso, la reducción de este régimen de visitas consista en que la entrega y recogida de los menores se derive a un Punto de Encuentro Familiar con la supervisión de dichas visitas por profesionales²¹. Salvo que procediera la suspensión del régimen de visitas si se acredita la existencia de episodios de violencia entre los progenitores o contra el propio menor por parte de quien pretende el derecho de visita.

Con respecto a los puntos de encuentro, de forma reiterada las sucesivas memorias de las Fiscalías especializadas critican que éstos siguen estando saturados, con listas de espera y con personal, en algunos de ellos, no especializado en violencia de género (Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2021)²².

Lo cierto es que en la mayor parte de la jurisprudencia española y de las sentencias judiciales posteriores a la entrada en vigor de estas reformas legales de 2015, rara vez se recoge en alguna de ellas el derecho del niño y niña a que su vida se desarrolle en un entorno libre de violencia. Es por ello que resulta especialmente significativa la STS 36/2016, de 4 de febrero. Concretamente, entre otras cosas, el T.S. señala que “las razones alegadas por el demandado no pueden dejar sin respuesta los 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 propuesta por

²¹ Consejo del Poder Judicial (2020), *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Anexo IV (Intervención judicial en familias de alta conflictividad), p. 362.

²² Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado (2021) cap. III.1. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS22.pdf (consultado: 12-01-2024).

el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada (...)” (FJ. 2º).

Asimismo, el T.S. ha reconocido en varias ocasiones, como en la STS 188/2018, de 27 de abril, que “la presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre que viven los menores es una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a producirse. Todo lo cual afecta muy negativamente al desarrollo del menor, (...) pues aprende los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales en el ámbito familiar” (FJ. 2º).

A pesar de estas significativas sentencias, lo cierto es que a día de hoy los investigadores y expertos siguen denunciando que los niños, niñas y adolescentes que viven en contextos de violencia de género son, en la mayoría de los casos, invisibles para el sistema judicial. Según P. Reyes Cano²³, la aplicación de las medidas civiles producto de las reformas legales de 2015 ha sido muy escasa. Su falta de aplicación en parte tiene que ver con que la L.O. 8/2015 no dio una suficiente contundencia a las medidas de protección que recogió, como entre otras: la suspensión de la patria potestad, de la custodia, del régimen de visitas, de estancia y comunicación con el padre agresor con respecto a los niños y niñas (arts. 65 y 66). Así, para E. Marín de Espinosa, su escasa aplicación²⁴ viene dada porque la ley deja a la libre apreciación de los jueces el aplicar o no dichas medidas. Por lo que la protección que se ha dado a los niños víctimas de violencia de género ha sido insatisfactoria.

En efecto, la consideración de víctimas directas de la violencia de género de los niños, niñas y adolescentes debería dar lugar a una valoración inmediata del juez acerca de medidas que conlleven la prohibición de aproximación y de comunicación con el menor. No obstante, estas medidas raramente se establecen por parte de los jueces, salvo que se hayan producido agresiones directas a los menores, sobre todo cuando son de carácter físico. En este

²³ Vid. P. REYES CANO, “El nuevo artefacto para la ocultación de la violencia de género: “la alta conflictividad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2022, p. 262.

²⁴ Vid. E. MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, “Menores en la violencia vicaria y huérfanos de feminicidios. ¿Víctimas de violencia de género o violencia familiar?”, cit., p. 149.

sentido, la Fiscalía General del Estado (Memoria de 2018), afirma que es una asignatura pendiente establecer medidas civiles para proteger a estos niños y niñas que viven en contextos de violencia de género; además es necesario establecer medidas de seguimiento y supervisión.

Específicamente, el *Primer Informe de Evaluación a España del Grupo de Expertos en la Lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (GREVIO 2020)²⁵, insta a las autoridades españolas a que “tomen las medidas necesarias, entre otras cosas, para limitar el margen de discreción de los jueces penales y civiles en sus decisiones en torno a la custodia y los derechos de visita de los autores condenados por violencia infligida en el ámbito de la pareja, de aquellos que están en espera de juicio y en aquellos casos en que el nivel de pruebas reunidas confirme el abuso del menor o de la madre”.

Según T. Peramato Martín es necesario “un cambio de paradigma” en el sentido de que no podemos seguir disociando el rol de padre y el de pareja y obviar el deber de diligencia que se le exige a un progenitor de impedir a sus hijos/as cualquier sufrimiento, el cual es innegable cuando su madre está siendo maltratada²⁶. Y no puede justificarse que se adopten medidas que coloquen a los niños y niñas, y a sus madres, en una situación de mayor vulnerabilidad bajo la presunción de que el hecho denunciado ha sido “puntual”.

Por último, es preciso dedicar unas reflexiones a la importancia de distinguir entre “una alta conflictividad” y “la violencia” en el ámbito familiar. En su Informe, el CGPJ (2020)²⁷ ya pone sobre la mesa el aumento de las situaciones de alta conflictividad tras la ruptura. Al respecto, señala que “en muchos casos se confunde la alta conflictividad con la violencia” en el ámbito judicial y “no puede confundirse la alta conflictividad con la existencia de episodios violentos”. Y ello porque resulta²⁸ esencial diferenciar las situa-

²⁵ GREVIO, Primer Informe de Evaluación a España sobre medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio de Estambul (Consejo de Europa) del Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, emitido 2020. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/home.htm> (consultado: 19-01-2024).

²⁶ Vid. T. PERAMATÓ MARTÍN, “Protección de las víctimas de violencia de género-mujeres, hijos e hijas- a la luz de las últimas reformas legislativas”, en J. G. FERNÁNDEZ TERUELO y P. FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ, *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 308.

²⁷ Consejo del Poder Judicial (2020), *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Anexo IV (Intervención judicial en familias de alta conflictividad), cit., p. 369.

²⁸ Vid. P. REYES CANO, “En torno la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2022, p. 189.

ciones de violencia de género para dar una respuesta correcta a las mismas y para evitar que estas situaciones se traten como situaciones propias de la ruptura familiar y con ello provocar situaciones de desprotección y revictimización. Particularmente, hay que darse cuenta que la revictimización en el marco de la administración de justicia supone la negación de sus derechos²⁹ de protección a las víctimas y la promoción de su invisibilización como víctimas de violencia de género.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha abordado esta relevante cuestión en numerosas sentencias. Así, por ejemplo, en la STS 36/2016, de 4 de febrero: “Una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de los hijos” (FJ 2º).

Según el CGPJ (2020) para poder distinguir si existe una alta conflictividad o violencia habrá que valorar el riesgo y tener en cuenta en cada caso las causas de esa conflictividad para adaptar las medidas a las necesidades de esa familia.

En su análisis de sentencias judiciales, el CGPJ constata la existencia de violencia de género real o latente (sobre la mujer y sus hijos e hijas) en un gran número de procesos de los que se siguen ante los Juzgados de Familia civiles. Las causas que dan razón de esta circunstancia son, entre otras, la decisión de la mujer de no denunciar, el sobreseimiento o incluso la absolución de los procesos penales. Esta realidad es más evidente en las secciones civiles de las Audiencias provinciales. Por lo que se hace muy necesario dotar a los juzgados de los medios suficientes para prevenir situaciones de riesgo de más violencia para actuar.

El CGPJ propone como instrumento adecuado, a disposición de la autoridad judicial para intervenir en los procesos de ruptura familiar la “coordinación de parentalidad”, dirigido a ayudar a las familias en la gestión de una parentalidad positiva; así como en el cumplimiento efectivo de las resolucio-

²⁹ Vid. Y. MARTÍN-IGARZA, “Aportaciones psicológicas desde las Unidades de Valoración Forense Integral: produciendo respuestas con valor para las mujeres víctimas de violencia de género”, en G. FERNÁNDEZ TERUELO y P. FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ, *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 345.

nes judiciales. Mas específicamente, por un lado, aconseja la utilización de la coordinación de parentalidad en aquellos supuestos en que otros métodos de resolución alternativa de conflictos, como la mediación familiar, hayan resultado ineficaces. Por otro, considera que esta figura sólo sería aplicable dentro del proceso judicial en la fase de ejecución de las resoluciones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de comunicación y estancias. Asimismo, señala que la coordinación de parentalidad no está regulada en el ordenamiento jurídico español, por lo que es urgente que se regule de forma homogénea³⁰.

Ahora bien, el CGPJ considera que la coordinación de parentalidad no puede aplicarse a supuestos de violencia de género o maltrato sobre el menor cuando la situación esté acreditada a nivel cautelar, indiciario o por sentencia. Sin embargo, según P. Reyes Cano³¹ “la coordinación de parentalidad se aplica tanto en supuestos en los que la violencia de género se encuentra acreditada a nivel cautelar, indiciario o por sentencia, como en casos de sobreseimiento o sentencia absolutoria”. Críticamente señala que “el fin último de la intervención en contextos de violencia de género, es el de restablecer o normalizar la relación paterno-filial”.

Según C. Guilarte Martín-Calero, cuando exista una conflictividad extrema o malos tratos, como ha señalado recientemente el Tribunal Supremo (STS 17 de junio, 2020), la prevalencia del interés superior del menor impide la constitución de un régimen de custodia compartida, porque, entre otras razones es evidente que el desarrollo armonioso del menor, su bienestar emocional y afectivo, exigen un entorno pacífico que tiene que ver sobre todo con una relación de mutuo respeto entre los progenitores, más que con unas buenas relaciones interpersonales entre ellos. Por tanto, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los progenitores exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que permita que a pesar de la ruptura, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico del menor³².

³⁰ Consejo del Poder Judicial (2020), *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Anexo IV (Intervención judicial en familias de alta conflictividad), cit., p. 364.

³¹ Vid. P. REYES CANO, “En torno la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2022, p. 187.

³² Vid. C. GUILARTE-MARTÍN CALERO, “Custodia compartida y violencia de género”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 120, 2022, pp. 228-229.

Ante la ineficacia de estas medidas de protección, la reforma legislativa operada por la L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección de los niños y adolescentes frente a toda forma de violencia insiste en que los jueces se pronuncien sobre la relación que el agresor de la mujer debe mantener con los menores en los supuestos de violencia de género y les insta a que adopten medidas cautelares para proteger al menor al abrir las primeras diligencias o durante la fase de instrucción. A ese respecto, para proteger al menor concede al juez (de lo penal) la facultad de suspender el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, curatela o la guarda de hecho y también lo faculta para suspender el régimen de visitas, estancias y comunicación con el menor (arts. 61, 65, 66). En el caso de que el juez considere que no proceden estas medidas de suspensión, deberá pronunciarse sobre cómo se ejercerá el ejercicio de la patria potestad o, en su caso, el régimen de visitas, estancia y comunicación del investigado o encausado por violencia de género con respecto a los menores.

A continuación, voy a referirme a la reciente L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección de los niños y adolescentes frente a toda forma de violencia, En lo que aquí interesa, esta ley establece diversas medidas para protegerlos y reforzar algunas otras que ya existían: la suspensión cautelar del ejercicio de la responsabilidad parental y/o del ejercicio de la guarda, custodia o régimen de visitas y comunicación, con el fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios de su entorno familiar. Además, esta ley da una definición la violencia vicaria de género, en la que niños y niñas resultan asesinados a manos de sus progenitores. De especial relevancia es también la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al establecer la medida de suspensión del régimen de visitas y comunicación en contextos de violencia de género, la “imperatividad” legal de esta medida ha suscitado, como veremos, una gran controversia social y política, dando lugar a la STC 106/2022, de 13 de septiembre.

4. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS FRENTE A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA L.O. 8/2021 Y LA LEY 8/2021

4.1. Algunas consideraciones generales

Esta L.O. 8/201, de protección integral de los niños y adolescentes contra la violencia, al menos en parte, responde a la necesidad de introducir en el

ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por España a nivel internacional en este ámbito³³. Además, con esta L.O 8/2021 se ha pretendido dar cumplimiento a algunos otros criterios de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional (entre otras: a la STC 64/2019, de 9 de mayo) como del Tribunal Europeo de DH (a la Sentencia del 11 de octubre de 2016).

Precisamente, la L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, también conocida como “Ley Rhodes” tiene como objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños y adolescentes a su integridad física, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

En términos generales, la L.O. 8/2021 supone un avance en la protección de los derechos y del interés superior de los niños frente a cualquier situación de violencia que pudieran padecer en los distintos ámbitos, entre ellos el familiar e incorpora la exigencia de una mayor especialización del perfil profesional de los distintos operadores que trabajan con estos niños y adolescentes. En especial, establece la necesidad de una formación especializada de aquellos jueces, fiscales, agentes de los servicios sociales, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (policía), que tengan que trabajar con menores de edad. En este sentido, la D.F. vigésima de esta Ley establece un mandato al Gobierno para que elabore dos proyectos de ley de especialización de los órganos judiciales tanto de la jurisdicción penal como de la jurisdicción civil, así como del Ministerio Fiscal y de los Equipos Técnicos de los juzgados que trabajen con menores. En este sentido, el papel de los profesionales y expertos que intervienen en todos estos procesos y procedimientos es fundamental para evitar que se produzca una revictimización de los niños y niñas, víctimas de la violencia de género.

En el concreto ámbito familiar, la L.O. 8/2021 presta una especial atención a la protección del interés superior de los niños en situaciones de ruptura familiar y en los casos en los que los niños conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género. Por ello, modifica el artículo 92 del Cód. Civil para reforzar la prioridad del interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio y exige que se den las cautelas

³³ Vid. J. M^a GIL RUIZ, “Retos jurídicos en la lucha contra la discriminación estructural por razón de sexo: balances y desafíos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2022, pp. 25-28.

necesarias en el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia de los hijos comunes.

En este contexto, la ley refuerza los recursos de asistencia, asesoramiento y atención a las familias para evitar los factores de riesgo³⁴ y aumentar los factores de prevención, lo que exige un análisis de riesgos en las familias, que permita definir los objetivos y las medidas a aplicar. Específicamente, en la L.O. 8/2021 la existencia de violencia de género en el ámbito familiar constituye uno de los indicadores de “riesgo” que pone en marcha el sistema de protección de los servicios sociales de las comunidades autónomas.

Con respecto a la L.O. 1/2004, se prevén una serie de medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de carácter mixto, civil y penal, compatibles con otras medidas cautelares y de aseguramiento que pudieran adoptarse en los procesos civiles y penales (art. 61)³⁵. Se adopta como instrumento básico la orden de protección, marco adecuado de las medidas civiles dirigidas a proteger a la mujer y a sus hijos e hijas. Además, junto a medidas penales –de salida del domicilio, suspensión de comunicaciones, etc.–, se establecen medidas relativas al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, etc. (arts. 65 y 66). Concretamente, el juez puede acordar la suspensión cautelar del ejercicio de la responsabilidad parental y/o del ejercicio de la guarda, custodia o régimen de visitas y comunicación que pudiere corresponder al inculpado por violencia de género, con el fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios de su entorno familiar.

Esta L.O. 8/2021, modifica además el artículo 1 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, para reconocer explícitamente que la violencia vicaria es violencia de género. Principalmente se ha añadido un nuevo apartado al art. 1 de la L.O.1/2004, según el cual la violencia de género también comprende “la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares y allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en

³⁴ Específicamente, la L.O. 8/2021, parte de la concepción del riesgo de la legislación de 2015 pero modifica y concreta mucho más los indicadores de riesgo vinculados a situaciones de maltrato y violencia. Así, en aquellos casos en los que la situación relacional de la familia sobrepasa al conflicto y salta a situaciones de violencia como la violencia de género, cuando hay hijos e hijas: vid. C. MESA RAYA, *La gestión pública de la pobreza infantil desde los Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma de Aragón*, cit., pp. 230-232.

³⁵ Vid. C. GUILARTE-MARTÍN CALERO, “Custodia compartida y violencia de género”, cit., p. 28.

el apartado primero”³⁶. En particular se está haciendo referencia a los hombres que sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

En este sentido, se establece como obligatorio la imposición de la pena de privación de la patria potestad a los penados de homicidio o por asesinato en aquellos casos en los que el autor y la víctima tuvieran en común hijos y cuando la víctima fuera hijo o hija del autor. Concretamente, el Cód. Penal establece la obligación de imponer la privación de la patria potestad a los sujetos que matan a la pareja o a los menores que conviven con la mujer (art.140 bis). Esto es, el tribunal debe imponer la pena de privación de la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato cuando los menores tengan una relación de parentesco con el agresor o con la víctima, con la finalidad de proteger a los menores del autor de la muerte. Lo cual, entre otras cosas, supone el reconocimiento de que los niños y niñas también en estos supuestos (de violencia vicaria y los huérfanos de feminicidio), son víctimas directas de violencia de género. Se va a reflexionar un poco más sobre la violencia vicaria de género, si bien las medidas penales no constituyen objeto de este artículo, enfocado fundamentalmente en las medidas civiles de protección.

Por su parte, la Ley 8/2021, de modificación de la discapacidad, en su art. 2.10 ha modificado el art. 94.4 del Cód. Civil, estableciendo el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas, estancias y/o comunicación en aquellos supuestos en que el progenitor se halle incurso en un procedimiento penal. Si bien, dicho artículo establece, a continuación, la excepción de que la autoridad judicial no acuerde la suspensión, siempre que sea solicitado a instancia de parte y el juez fundamente su decisión en base al interés del menor, previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Sin embargo, en la praxis judicial el criterio judicial dominante sigue siendo que no puede privarse al padre del derecho a relacionarse con su hijo e hija, por las consecuencias negativas en su desarrollo.

4.2. El régimen de visitas y comunicación y la violencia de género

Las restricciones al régimen de visitas, como se ha comentado en este artículo, ya eran posibles en la orden de protección como complemento de

³⁶ Lo cierto es que el precepto está redactado de manera muy neutra pero lo lógico es que su aplicación se vincule en la mayoría de los casos a la violencia de género, tal y como señala, entre otros: E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Menores en la violencia vicaria y huérfanos de feminicidios. ¿Víctimas de violencia de género o violencia familiar”, cit., p. 146.

los instrumentos de intervención en favor de los niños y niñas en contextos de violencia de género, en la anterior legislación. Además, las medidas judiciales de protección ya posibilitaban dicha restricción o suspensión del régimen de visitas en cualquier procedimiento civil o penal (art. 158 Cód. Civil). Asimismo, la propia L.O. 1/2004, contemplaba medidas de protección relativas al régimen de visitas establecidos por la L.O.8/2015, atribuyendo al juez la facultad de suspender dicho régimen y, de no hacerlo, determinar la forma en que se ejercería la patria potestad y adoptar las medidas necesarias para la seguridad, recuperación y seguimiento periódico de su evolución (art. 66). A pesar de ello, son escasas las resoluciones en las que se incorporan medidas de suspensión del régimen de visitas y de la guarda o custodia. Pese al abanico de instrumentos de protección, el criterio judicial mayoritario sigue siendo que no puede privarse al padre del derecho a relacionarse con su hijo e hija, por las consecuencias negativas en su desarrollo.

La reforma del art. 94 del Cód. Civil operada por la Ley 8/2021, implementando una de las medidas del Eje 4 del Pacto de Estado (204), establece el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas, estancias y/o comunicación en aquellos supuestos en que el progenitor se halle incurso en un procedimiento penal. Si bien, dicho artículo, a continuación, establece la excepción de que la autoridad judicial no acuerde la suspensión, siempre que sea solicitado a instancia de parte y el juez fundamente su decisión en base al interés del menor, previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

Según D. Mayor Fernández³⁷, esta restricción responde, al menos en parte, “a una suerte de presunción implícita de ineptitud para el ejercicio de las funciones parentales propias de la guarda ocasional y para un correcto desarrollo de la relación comunicativa con el menor”, en caso de condena firme, o provisionalmente si el asunto está *sub iudice*, de las referidas conductas violentas.

Esta reforma del art. 94 del Cód. Civil ha dado lugar a la STC 106/2022, de 13 de septiembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad al art. 2.10 de la Ley 8/2021 sobre la redacción que afecta al art. 94.4 del Cód. Civil, en relación al carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas,

³⁷ Vid. D. MAYOR FERNÁNDEZ, “Régimen de visitas, discrecionalidad judicial y riesgos para el menor en contextos de violencia de género”, en J. G. FERNÁNDEZ TERUELO y P. FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ, *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 328.

estancias y/o comunicación³⁸. Si bien, no olvidemos que este apartado 4 del art. 94, establece a continuación una excepción. Esto es, que la autoridad judicial no acuerde la suspensión, siempre que sea solicitado a instancia de parte y fundamente su decisión en base al interés del menor, previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Además de otras relevantes cuestiones abordadas en esta sentencia, en las que no se va entrar en este trabajo por no ser objeto de estudio del mismo; el Tribunal Constitucional, basando gran parte de su planteamiento en este último inciso del art. 94.4 del Cód. Civil, desestimó el recurso de inconstitucionalidad. En particular, la sentencia considera que la última parte del art. 94. 4 del Cód. Civil concede al juez cierto margen de discrecionalidad al permitirle decidir sobre la suspensión o no del régimen de visitas, en función de las circunstancias del caso, pues sólo así se puede garantizar el interés superior del menor.

Por lo cual, el Tribunal Constitucional, en su STC 106/2022, consideró constitucional este precepto. Precizando que con esta excepción el legislador pretende evitar los automatismos, por lo que dicho precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancia.

Especialmente interesante, para lo aquí tratado, son algunas de las afirmaciones del voto particular de esta sentencia, formuladas por la magistrada María Luisa Balaguer, el magistrado Juan Antonio Xiol y la magistrada Inmaculada Montalbán. En términos generales, consideran que la interpretación constitucional se debió hacer desde una perspectiva de género y critican la invisibilización en la sentencia de toda referencia a la violencia de género y a la violencia vicaria; así como que se hayan ignorado las evidentes conexiones entre ambas formas de violencia. Principalmente, entienden que “un análisis de constitucionalidad con perspectiva de género exige analizar tanto el por qué como el cómo de las decisiones que puedan afectar a la relación de poder existente entre un padre y una madre con hijos en común y polarizada con tratos violentos” (apartado 2 del voto particular).

Además, los magistrados discrepantes apuestan por una reducción de los márgenes de la apreciación judicial, teniendo en cuenta la evolución normativa en materia de violencia de género y doméstica; así como, la evolución del principio del interés superior del menor y la protección de la integridad física y moral de las madres, que debe tender hacia una imposición progre-

³⁸ Vid. A. MARÍN SALMERON, “La constitucionalidad de la suspensión del régimen de visitas previsto en el artículo 94.4 del Código Civil”, *Rev. Derecho Privado y Constitución*, núm. 43, 2023, pp. 156 ss.

siva de medidas más restrictivas en las relaciones paterno-filiales cuando se den las circunstancias reguladas (apartado 3 del voto particular). En el mismo sentido, estos magistrados insisten en la necesidad de implementar el Pacto de Estado (medida 204) y de incorporar las concretas recomendaciones del dictamen del CEDAW de 2014, en el caso de Ángela González Carreño.

Particularmente, el voto particular se sorprende con el enfoque dado al principio del interés superior del menor en la sentencia, principalmente centrada en la preservación de las relaciones familiares, siendo que debe priorizarse la protección de la vida, integridad física y psíquica y de la seguridad de los niños y niñas frente a los actos de violencia contra sus madres, la protección de su libre desarrollo de la personalidad, que se ve perturbada por la exposición o convivencia con cualquier tipo de violencia de género; a este respecto, para evitar la perpetuación de este tipo de violencia en el futuro, a través de la reproducción de la misma por quienes fueron víctimas en su infancia o adolescencia (apartado 4 del voto particular).

En definitiva, el Tribunal Constitucional, en su STC 106/2022, considera que con esta excepción el legislador pretende evitar los automatismos, por lo que dicho precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancia. Lo cierto es que, esta interpretación constitucional sobre la suspensión del régimen de visitas en contextos de violencia de género (art. 94.4 Cód. Civil), diluye el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas, estancias relación o comunicación. El riesgo estaría en que la excepción se pueda convertir en regla, bajo el paradigma de que no puede privarse al padre del derecho a relacionarse ya que traería consecuencias negativas para su desarrollo.

En cuanto a la implementación de la supresión del régimen de visitas, tanto la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2022 como algunos estudios³⁹ consideran que se ha producido “un aumento de los procedimientos de modificación de medidas a los efectos de suspender regímenes de visita en aplicación retroactiva de la reforma aludida”⁴⁰. Al respecto, señala T. Peramato Martín que, si bien hay un incremento en las medidas de suspensión del régimen de visitas, en la mayoría de estas resoluciones “se advierte una falta de motivación en cuanto a la valoración del superior interés del menor y en la evaluación paterno-

³⁹ Entre otros: vid. T. PERAMATO MARTÍN, “Protección de las víctimas de violencia de género- mujeres, hijos e hijas- a la luz de las últimas reformas legislativas”, cit., pp. 313 ss.

⁴⁰ Memoria Fiscalía General del Estado (2022), disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf (consultado: 15-01-2024).

filial, basándose generalmente en la voluntad manifestada por ambos progenitores, investigado y víctima”. En muchas de estas resoluciones se sigue echando a faltar que los niños y niñas afectados sean “oídos”. Por todo lo cual, es difícil salvar el escollo de que los niños y niñas permanecen en gran medida invisibilizados en el ámbito judicial, en los supuestos de violencia de género.

4.3. Algunas consideraciones sobre los niños y niñas víctimas de la violencia vicaria y de los huérfanos por violencia de género

La violencia de género es una violencia que afecta a los hijos/hijas tanto en aquellos supuestos en los que la presencian, como cuando son instrumentalizados por el agresor para hacer daño a la madre (violencia vicaria) y también cuando quedan huérfanos porque el agresor ha matado a su madre. Específicamente, según los datos de la Delegación de gobierno contra la violencia de género, son 52 las víctimas mortales menores de edad por violencia de género desde el 1 de enero de 2013 hasta finales de 2023⁴¹.

La Fiscalía General del Estado ya su Memoria de 2019⁴² ponía sobre la mesa, entre otras cosas, la desprotección en la que estos niños y niñas se encuentran y denunciaba “la inhumana utilización de sus propios hijos por parte del agresor para provocar un daño más profundo a su pareja, la llamada *violencia vicaria* demanda afrontar tan cruel realidad extendiendo la protección a los menores, pero ello choca con la resistencia a considerar y tratar a los menores como víctimas con todos los derechos que ello conlleva”.

Lo cierto es que la maternidad es un factor que hace más vulnerable a las mujeres maltratadas y está relacionado con el alto número de casos sin denuncia⁴³, esto es, la víctima tiene miedo y no denuncia ante el temor añadido de las posibles represalias del agresor con sus hijos e hijas⁴⁴.

⁴¹ Delgación de Gobierno contra la violencia de género: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/> (consultado: 30-12-2023).

⁴² Memoria de la Fiscalía General del Estado 2019: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html (última consulta: 15-01-24).

⁴³ Según T. Peramato Martín: “ya no se puede ignorar que las mujeres cuando denuncian la violencia a la que han sido sometidas llevan padeciendo esta situación durante años (...). Las mujeres no denuncian a la primera de cambio, llegan a la policía cuando la situación es insostenible aunque luego den marcha atrás; vid. T. PERAMATÓ MARTÍN, “Protección de las víctimas de violencia de género- mujeres, hijos e hijas- a la luz de las últimas reformas legislativas”, cit., p. 308.

⁴⁴ Datos comentados en: vid. Fiscalía General del Estado (2020), *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*:

En estos contextos de violencia, el hecho de ser madre aumenta el riesgo de sufrir violencia de género, ya que el uso de los hijos e hijas es uno de los modos de coaccionar a la mujer por parte del agresor; posibilidad que se ve aumentada, en muchas ocasiones, cuando se produce la ruptura de la pareja⁴⁵. Por eso, según M. Alcale⁴⁶ “cuando la mujer tiene hijos de corta edad y está reciente la adopción del convenio de separación y divorcio, el autor amplía el radio de su violencia, involucrando en su interior a los menores que son usados como armas arrojadas con la finalidad de causarle un gran daño a ella”.

La L.O.8/2021 reconoce explícitamente que la violencia vicaria es violencia de género y ha añadido un nuevo apartado al art. 1 de la L.O.1/2004, según el cual, la violencia de género también comprende “la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares y allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”⁴⁷, esto es, a los hombres que sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

En el ámbito penal, la L.O. 8/2021 establece la obligación de imponer la pena de privación de la patria potestad en los casos de feminicidio y violencia vicaria (el art. 140 bis). A este respecto, según E. Marín Espinosa Ceballos⁴⁸, esta pena de privación de la patria potestad se prevé para los casos en que los que víctima y quien sea el autor de la muerte tuvieran un hijo o hija en común (en los feminicidios); y en aquellos supuestos en que la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieran (violencia vicaria). Pero su aplicación no es automática, sino que el juez debe acordar la privación de la patria potestad atendiendo al superior interés del menor y a las circunstancias del caso concreto.

<https://www.infocoponline.es/pdf/GUIA-DE-ACTUACION-DEL-MF-EN-VG.pdf> (última consulta: 22-12-23).

⁴⁵ Vid. E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Menores en la violencia vicaria y huérfanos de feminicidios. ¿Víctimas de violencia de género o violencia familiar”, cit., 143 y ss.

⁴⁶ Vid. M. ALCALÉ SÁNCHEZ, “Acercamiento a la violencia vicaria”, en J. G. FERNÁNDEZ TERUELO y P. FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ, *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 125-126.

⁴⁷ Vid. E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Menores en la violencia vicaria y huérfanos de feminicidios. ¿Víctimas de violencia de género o violencia familiar”, cit., p. 146.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 147.

En la jurisprudencia menor, se observa que la privación de la patria potestad en contextos de violencia de género ha sido establecida de forma restrictiva. En concreto, nos encontramos con que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre en escasas ocasiones, entre otras, en aquellas situaciones en las que el padre se encuentra privado de libertad por delitos de violencia de género, en supuestos en los que la prohibición de aproximación y comunicación se extendía a los hijos, o en aquellos otros en los que el padre había sido una figura ausente en la vida de los hijos desde su separación⁴⁹.

En definitiva, los hijos son la víctima directa de esa violencia y, por ello, los jueces tienen la obligación de pronunciarse sobre las medidas que afecten a la patria potestad. Con acierto, T. Peramato Martín considera que no se puede separar el rol de padre y el de pareja y eludir de esa forma el deber de diligencia exigible al progenitor de tratar bien a sus hijos y que no puede ya sostenerse que un maltratador sea un buen progenitor sino todo lo contrario.

La realidad de la infancia y adolescencia que pasa más desapercibida es la de los niños y niñas huérfanos como consecuencia de la violencia mortal sufrida por sus madres. Según las estadísticas de la Delegación de Gobierno contra la violencia de género, desde el 1 de enero de 2013 son 431 los huérfanos menores de edad por violencia contra sus madres⁵⁰. Con respecto a estos menores, la L.O. 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género, ha venido a regular la legitimación de los herederos de la mujer fallecida a causa de la violencia de género. En su Exposición de Motivos comenta “la situación de especial vulnerabilidad” de estos niños y niñas huérfanos. Ciertamente, los daños que el agresor causa a estos niños y niñas, que pierden brutalmente a su madre y, que se verán obligados a vivir en la familia extensa es significativo, pudiendo llegar a causarles “serios problemas de salud”. Este perjuicio se ve incrementado “por cuanto no solo pierden a sus madres a manos de sus padres, sino también a estos, como consecuencia de sus penas de prisión, con el impacto psicológico y emocional que esto conlleva”. Muchas veces la triste realidad de estos niños y niñas está ocultada por el estigma social que causa el que puedan ser identificados como hijos e hijas de un asesino. Más allá de

⁴⁹ Vid. P. REYES CANO, “En torno la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?, cit., p. 187.

⁵⁰ Delegación de Gobierno contra la violencia de género: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/> (consultado: 29-01-24).

esto, la realidad de estos niños y niñas necesita ser resignificada socialmente y requiere ampliar e intensificar las medidas y prestaciones, así como de revisar las medidas civiles relativas a su custodia, de fomentar las actuaciones en el ámbito educativo (Eje 4 del Pacto de Estado).

Si bien, la muerte del menor es la manifestación más extrema de esta clase de violencia, el agresor también causa al menor otros daños como, coacciones, amenazas, lesiones, atentados a la integridad moral, etc. De ahí que los profesionales señalan que los niños y niñas que no han tenido este trágico final, en muchas ocasiones se quedan en un segundo plano, por no decir completamente invisibilizados.

5. A MODO DE CONCLUSIONES Y CON ALGUNOS CABOS SUELTOS

A pesar de los indudables avances tanto legislativos como de la praxis judicial y de las demás instituciones y operadores que intervienen en la protección de los derechos de los niños y niñas víctimas de violencia de género; y de la progresiva formación y profesionalización de jueces y fiscales y de otros agentes que intervienen en esta materia, se necesitan dar muchos otros pasos para lograr una eficaz protección de sus derechos.

Así, a la hora de establecer tanto regímenes guarda y custodia como de comunicación y de visita, debería tenerse muy en cuenta la existencia de un contexto de violencia en las decisiones judiciales y adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de estos niños y niñas. Además, se deben dar a los jueces los medios necesarios para valorar la situación y para poder establecer medidas de control

Es preciso subrayar que la falta de eficacia en la protección de las mujeres que sufren violencia de género y de sus hijos e hijas, precisa además de un importante ajuste en el ámbito de las instituciones competentes en esta materia: servicios sociales, policiales y judiciales. En consecuencia, los servicios y recursos especializados de atención a estas víctimas del Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales requieren de un esfuerzo de coordinación para que un sistema tan complejo como éste pueda ser eficaz en la protección de las mujeres y sus hijos e hijas víctimas de la violencia.

Desafortunadamente sigue siendo muy difícil suministrar un ámbito seguro a los hijos e hijas que se encuentran en un contexto de violencia de género. Más aún, la realidad social de estos últimos años nos muestra una

escalada en las acciones violentas dirigidas ya no sólo contra las mujeres parejas o ex-parejas, sino también contra los hijos/hijas de éstas.

TERESA PICONTÓ NOVALES
Departamento de Derecho Penal, Filosofía e Historia del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
c/ Pedro Cerbuna, 12,
50009, Zaragoza
e-mail: tpiconto@unizar.es