

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2018/2019
Convocatoria: Junio

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

The system for the protection of minors
in intimate partner violence

Realizado por la alumna Melisa González Luis

Tutorizado por la profesora Estefanía Hernández Torres

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

C/ Padre Herrera s/n
38207 La Laguna
Santa Cruz de Tenerife. España
T: 900 43 25 26
ull.es



ABSTRACT

Intimate partner violence against women also affects minors who suffer the consequences of this type of aggression in the family context, constituting themselves as a priority group in need of adequate legal and political treatment. The objective of this project is to analyze the current situation of minors who are the direct victims of intimate partner violence in Spain and to delve into the measures for their protection.

KEY WORDS

Intimate partner violence, minor victims, best interests of the minor, principle of family reintegration.

RESUMEN

La violencia de género ejercida contra las mujeres afecta también a los menores que sufren las consecuencias de este tipo de agresiones en el entorno familiar, constituyéndose como un colectivo prioritario necesitado de un adecuado tratamiento jurídico político. El objetivo del presente trabajo es analizar la situación actual de los menores víctimas directas de la violencia de género en España y ahondar en las medidas para su protección.

PALABRAS CLAVE

Violencia de género, menores víctimas, interés superior del menor, principio de reintegración familiar.

Índice general

1. Introducción.....	2
2. El menor víctima directa.....	3
3. El interés superior del menor.	8
4. La protección de los menores víctimas de la violencia de género.	15
4.1. Las actuaciones en situación de riesgo.....	15
4.2. Las actuaciones en situación de desamparo.	17
4.3. El régimen de protección legal de guarda.	19
4.4. El régimen de protección legal de acogimiento.	20
5. El marco práctico de la afectación del régimen de las relaciones familiares en los casos de violencia de género y las medidas judiciales de protección de los menores.....	21
5.1. La separación de la mujer víctima de violencia de género de su agresor.	23
5.2. El consentimiento de la mujer víctima de la violencia de género y su incidencia en el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.	26
5.2.1. La declaración de desamparo.....	26
5.2.2. Las medidas que favorecen la integración del menor en su familia biológica antes y después de la declaración de desamparo.	28
5.2.3. La revocación de la declaración de desamparo.	30
5.3. Los menores huérfanos víctimas de la violencia de género y las medidas de privación y suspensión de la patria potestad.	31
6. La mediación como alternativa a la resolución de los conflictos en los casos de violencia de género y los menores.....	34
7. Conclusiones.....	36
8. Bibliografía.....	37

1. Introducción.

Con la promulgación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio¹ y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia², se han introducido cambios legislativos para garantizar a los menores de edad víctimas de violencia machista una protección uniforme en todo el territorio del Estado porque la violencia de género³ también engloba a los menores que la sufren en el ámbito privado o familiar, en tanto que repercuten sobre ellos las consecuencias psicológicas del maltrato y es posible que perpetúen el ciclo de la violencia al aceptar las graves consecuencias que esta exposición tiene sobre su desarrollo⁴.

La reforma del régimen jurídico del menor persigue una mejora de los instrumentos de protección jurídica, adaptando nuestro ordenamiento a las normas internacionales, en aras del cumplimiento del artículo 39 de la Constitución Española (en adelante, CE)⁵. Estas modificaciones giran en torno al interés superior del menor y a la adaptación de las necesidades de la infancia y la adolescencia.

La protección frente a la violencia de género en el ámbito familiar es un principio rector de la actuación de los poderes públicos (artículo 11.2.i de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil – en adelante, LOPJM –). Así, se desarrollarán actuaciones contra cualquier forma de violencia mediante procedimientos que aseguren la colaboración entre las distintas Administraciones y servicios competentes para alcanzar una protección integral de la infancia y la adolescencia (artículo 11.3 LOPJM).

En este contexto, la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia (en adelante, LIVG), pretende erradicar la violencia que se

¹ BOE de 23 de julio de 2015, n.º 175.

² BOE de 29 de julio de 2015, n.º 180.

³ GALVIS DOMÉNECH, María José, GARRIDO GENOVÉS, Vicente, “Menores, víctimas directas de la violencia de género”, *Boletín Criminológico*, 2016, número 165, p. 4 (disponible en <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/165.pdf>).

⁴ GALVIS DOMÉNECH, María José, GARRIDO GENOVÉS, Vicente, “Menores, víctimas directas de la violencia de género”, *Boletín Criminológico*, 2016, número 165, p. 1 (disponible en <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/165.pdf>).

⁵ El artículo 39 de la Constitución Española dispone al efecto que “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

ejerce contra la mujer y los hijos menores de edad que estén a su cargo en acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho. Sin embargo, los preceptos han sido diseñados para combatir la violencia dirigida contra la mujer, ocupando una posición subordinada la protección de los menores⁶. De hecho, en la atención a víctimas de violencia de género, se atiende prioritariamente a la madre y de manera secundaria a sus hijos.

En síntesis, el aumento de las víctimas menores de edad pone de manifiesto las carencias del actual sistema de protección de los niños en relación con determinadas situaciones de violencia machista en las que se ven involucrados porque no existen medidas de actuaciones específicas o la aplicación de los protocolos diseñados no se ajusta a las características que rodean el hecho. Así, y tomando como prioridad que el menor esté al amparo de instrumentos que atienden al cuidado de la persona, no goza de protección efectiva o real para facilitar su recuperación integral ni de atención especializada que evite su re-victimización.

No obstante, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, recogen un nuevo marco de derechos de la infancia, relativos a la lucha contra la violencia de género que afecta a niños y adolescentes, que estudiaremos a continuación.

2. El menor víctima directa.

El reconocimiento que ha tenido el fenómeno de la violencia de género ejercida contra las mujeres ha incrementado la atención a sus víctimas y alcanza a los menores de edad que viven en un entorno donde presencian situaciones de maltrato y modelos de conducta negativos contra su madre como víctimas silenciosas.

La especial atención al estudio del menor como víctima directa se plasma de forma relevante en la obligación de atender específicamente las necesidades de estos menores, con identidad propia y acreedores de la correspondiente protección y amparo, ante la afectación del régimen de las relaciones familiares que examinaremos más adelante en el marco práctico de los casos de violencia de género.

⁶ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia, dispone en el apartado segundo de la Exposición de Motivos que *“las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”*.

A partir del año 2015, el concepto de víctima directa de la violencia de género también engloba a los menores que la sufren⁷. Esta es una de las reformas más importantes con eco en la normativa internacional porque, por un lado, el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia reconoce como víctima directa al menor sujeto a tutela o guarda y custodia de la mujer víctima de violencia psicofísica porque sufren al presenciar la agresión del padre sobre la madre y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género, condicionando su bienestar y favoreciendo la reproducción de conductas machistas.

Esta novedad, algo que ya reconocía de forma puntual el artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), había sido solicitada por el Consejo General del Poder Judicial en un informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas de Delitos. Sin duda, es importante este avance producido en materia de violencia machista porque responde de manera directa a combatir la violencia contra la infancia estableciendo la obligación de desarrollar actuaciones de sensibilización y prevención, entre otras.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia tiene como objeto mejorar los instrumentos de protección para garantizar a los menores el desarrollo de unos acuerdos que velen por sus derechos. A la luz de estas consideraciones, las modificaciones discurren por una doble vía: se introducen mejoras que giran en torno al interés superior del menor y se adaptan los principios de actuación administrativa a la situación de los menores víctimas de violencia de género.

Los estudios sobre el alcance de la violencia indican que los niños son vulnerables⁸ en etapas tempranas e imitan los roles que observan. Por ello, el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género acordó *“impulsar actuaciones dirigidas a los menores para evitar que reproduzcan conductas machistas”*. Y para evitar la re-victimización es necesaria la consideración de los niños y niñas menores de edad víctimas directas de la violencia de género y titulares de derechos propios.

⁷ ROSSER LIMIÑANA, A. M^a, “Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España”, *Papeles del psicólogo*, 2017, vol. 38, número 2, p. 117 (disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2830.pdf>).

⁸ La Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, declara que los menores de edad tienen necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad.

Muy interesante en este sentido resulta la reciente sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 247/2018, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 24 de mayo (RJ 2018/3015), que declara 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, al 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”*. De hecho, continúa afirmando el Tribunal Supremo que la existencia de estas circunstancias en el entorno familiar afecta al desarrollo de la personalidad del menor porque interioriza los estereotipos de género y las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia para resolver conflictos familiares.

Por ejemplo, imaginemos que el menor vive en un entorno familiar de violencia machista donde presencia que el progenitor maltratador mina la autoestima de la madre haciéndole creer que es inferior, la humilla y ejerce malos tratos físicos graves o abusos sexuales. Los menores van a interiorizar estos comportamientos como la forma normal de relacionarse porque van a imitar la conducta del padre aunque sea reprobable.

Por otro lado, con la modificación de la LIVG⁹, en la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se declaró la inclusión de los menores de edad como *“sujetos”* en el artículo 1 LIVG (*“Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”*).

⁹ Señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia *“Mediante la disposición final tercera se lleva a cabo la modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos”*.

Otra novedad que hay que destacar es que se estableció en la LIVG la delimitación de los conceptos de violencia doméstica y de violencia de género para clarificar y resolver las confusiones que presentaba su aplicación en la práctica.

Así, la *violencia doméstica o intrafamiliar*¹⁰ es la que se produce entre ascendientes, descendientes o hermanos, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre menores o incapaces que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o que con él convivan, o sobre otra persona amparada por cualquier relación por la que se encuentren integrados en el núcleo de convivencia familiar.

Por su parte, la *violencia de género*¹¹ es la violencia ocasionada por hombres contra mujeres por el mero hecho de ser mujeres. La más relevante tiene lugar en el ámbito de convivencia o relación familiar, principalmente en el ámbito de la pareja o ex pareja. No guarda relación con situaciones de vulnerabilidad vinculadas con la debilidad biológica como la violencia contra menores sino que se corresponde exclusivamente con una vulnerabilidad social respecto de las mujeres que se encuentran en plenitud de facultades físicas y psíquicas por el simple hecho de ser mujeres¹². En consecuencia, el sujeto activo siempre será varón y el pasivo mujer.

Sin embargo, creo que es importante, resaltar (a modo de clarificar) que el reconocimiento del menor como víctima directa de la violencia de género guarda relación con la violencia doméstica que se ejerce sobre los hijos sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o que con él convivan porque, a pesar de ser testigos del maltrato que se ejerce sobre la madre en el entorno familiar, repercuten sobre ellos las consecuencias psicológicas del maltrato. Es por ello por lo que en este trabajo vamos a exponer el sistema de protección de los menores ante la violencia en el ámbito de la pareja como víctimas directas.

¹⁰ VARELA Y AMORÓS, “La violencia contra las mujeres: Conceptos y causas”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2014, número 18, pp. 147-159 (disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=322132553010>).

¹¹ Según la Declaración de Naciones Unidas del año 1993 la violencia de género es “*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer*”.

¹² MAQUEDA Y PERIS, “La violencia contra las mujeres: Conceptos y causas”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2014, número 18, pp. 147-159 (disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=322132553010>).

Por su parte, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, en consonancia con la normativa europea en la materia¹³, es el catálogo general de los derechos de las víctimas de los delitos y reconoce en el artículo 2 *“como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”*. Es decir, visibiliza como víctimas directas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica y busca la defensa de sus bienes materiales y morales por medio de la prestación de servicios de asistencia y apoyo. Además, en esa labor de justicia reparadora, pretende otorgarles una protección especial mediante la transposición de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

También la Ley 1/2017, de 17 de marzo, de modificación de la Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género de la Comunidad Autónoma de Canarias, reconoce que los niños son víctimas de la violencia de género porque son testigos del maltrato que se ejerce sobre la mujer y, en ocasiones, les afecta incluso antes del nacimiento. Así, por ejemplo, cuando la mujer se encuentre en período de gestación, el maltrato ejercido por el hombre perjudicará el desarrollo normal del feto o bien el riesgo para la vida, salud e integridad física del mismo.

Con base en todo lo expuesto, se puede afirmar que el ámbito de aplicación de las leyes se limita a la violencia de género que se produce en las relaciones de parejas o ex parejas y de forma subordinada sobre los hijos menores de edad porque la violencia que pretenden erradicar es la dirigida a los casos en los que el sujeto pasivo de la agresión es una mujer y el sujeto activo es un hombre. Por ello, considero que existen pocos recursos especializados en la protección específica de los menores porque se puede deducir del articulado que las medidas reguladas persiguen mejorar primordialmente la protección de las mujeres, a pesar del reconocimiento de los menores como víctimas directas.

¹³ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

3. El interés superior del menor.

Tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el aspecto más relevante es el relativo al *interés superior del menor*, de ahí que se considere como principio jurídico fundamental frente a la limitada configuración como principio general que tenía en la regulación anterior.

A este aspecto prestaré especial atención en el presente epígrafe por el hecho de que las resoluciones en materia de privación o suspensión de la patria potestad o del régimen de visitas en los casos de violencia de género giran en torno a dicho interés, lo cual justifica un estudio detallado de este concepto.

Con la modificación del artículo 2.1 LOPJM y los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, se refuerza el derecho de los menores a que su interés superior sea una consideración prioritaria al sopesar los distintos intereses para decidir sobre las cuestiones que les afecten. A la luz de estas consideraciones, *“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”*. Y, por supuesto, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores serán interpretadas de forma restrictiva y en interés superior del menor.

En relación con la necesidad de justificar la valoración del interés del menor, el artículo 22 quinquies LOPJM establece ahora la obligatoriedad de evaluar el impacto que tiene para niños y niñas cualquier iniciativa legal¹⁴. Así, la reforma ha venido a concretar en el artículo 2.2 LOPJM los criterios generales a efectos de garantizar la interpretación siempre en interés de cada menor, entre ellos la protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. Para ello, se contempla al menor en el ámbito familiar, para relacionar el interés superior del mismo con la convivencia con sus dos

¹⁴ El artículo 22 quinquies LOPJM establece que *“las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos incluirán el impacto de la normativa en la infancia y en la adolescencia”*.

progenitores, la unidad de hermanos y el contacto con la familia extensa. En particular, en los casos de violencia de género, el Juez tendrá que valorar qué medida es la más adecuada al establecer la patria potestad, guarda o custodia y visitas del maltratador, garantizando que no se merme la seguridad de los menores.

La protección contra cualquier forma de violencia es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, obliga a garantizar la protección del menor contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.

Estas circunstancias otorgan a los jueces un margen de actuación cuando se trata de tomar medidas civiles para evitar perjuicios a los menores y son compatibles con el resto de medidas de protección de las víctimas de violencia de género que son adoptadas por el juez de oficio, a instancia de la propia víctima o del Ministerio Fiscal, que podrán ser acordadas dentro de cualquier proceso civil o penal o en un expediente de jurisdicción voluntaria.

En primer lugar, de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, el artículo 90.3 del Código Civil (en adelante, CC), destaca que *“las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges”*.

En segundo lugar, sobre la privación de la patria potestad, el artículo 170 CC dispone que *“el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”*. Entre los deberes que determinan que los padres puedan ser privados de la patria potestad se encuentra la obligación de estar con sus hijos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Pero el criterio jurisprudencial es restrictivo, exponiendo que esta medida tiene que ser adoptada ante graves

incumplimientos de los deberes inherentes a la misma, teniendo en cuenta cada caso concreto.

A mi juicio, la recuperación de la patria potestad debe estar limitada a casos concretos en los que sea adecuada al interés del hijo porque el riesgo no cesa con la eliminación de las causas que motivaron la privación.

En tercer lugar, será siempre inviable la custodia compartida al existir violencia de género, de acuerdo con el artículo 92.7 CC. A esto atiende la STS 36/2016, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 4 de febrero (RJ 2016/260), al afirmar que **no se pueden dejar sin respuesta actos de violencia de género en el ámbito familiar** porque los menores también son víctimas, directa o indirectamente, y el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo. Sin embargo, el Tribunal Supremo añade 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”*.

Como es obvio, la resolución que dicte el Tribunal competente en materia de violencia de género tendrá consecuencias en el ejercicio de los regímenes legales de protección del menor. Por lo tanto, es necesario valorar de forma razonada la conflictividad que puede existir entre los progenitores porque, a pesar de estar en riesgo la vida de la mujer, se encuentra implicado el interés superior del menor.

En cuarto y último lugar, para el fortalecimiento del marco de protección establecido en las medidas relativas al régimen de visitas, el artículo 94 CC declara 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”*. Por ejemplo, imaginemos que en un contexto de violencia de género se establece el ejercicio de un régimen de guarda y custodia exclusivo por la mujer maltratada, como veremos a continuación, y a favor del progenitor no custodio se fija un régimen de visitas, pongo

por caso un día cada dos fines de semana. Si no cumpliera con el régimen acordado, el juez podría suspenderlo porque estamos ante un incumplimiento de las obligaciones parentales que perjudicarían el desarrollo del menor debido a la falta de atención de sus necesidades afectivas por parte del progenitor no custodio.

Tras la nueva interpretación de las novedades introducidas por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en la Exposición de Motivos se establece que *"se opera una modificación del artículo 158 del Código Civil, partiendo del principio de agilidad e inmediatez aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivarse de rigideces o encorsetamientos procesales, permitiendo adoptar mecanismos protectores, tanto respecto al menor víctima de los malos tratos como en relación con los que, sin ser víctimas, puedan encontrarse en situación de riesgo"*. Con la modificación de este artículo se posibilita la adopción de nuevas medidas, tales como la prohibición de aproximación y de comunicación en las relaciones paterno-filiales. Así, el artículo 158.6 CC dispone que *"el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses"*.

Pero hay algo más. Como declara la sentencia 64/2015, de 23 de abril, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Santander (JUR 2016/48371), el artículo 158 CC no contiene una enumeración taxativa que limite al juez para adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para proteger el interés superior del menor.

Las medidas mencionadas están temporizadas a 30 días y si se inicia un procedimiento de familia, las disposiciones se mantendrán los 30 días siguientes a la presentación de la demanda.

En todo caso, la procedencia de la ruptura del vínculo paterno-filial no se entiende como sanción al padre, sino como protección del interés del menor. Así se indica que es doctrina reiterada que *"el fin último de la norma es la elección del*

*régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este*¹⁵. Con todo, de acordarse sentencias en las que se prive o suspenda la patria potestad o el derecho de visitas del progenitor a favor del hijo, a pesar de la existencia del perdón de la víctima, podemos encontrar el fundamento, además de la legislación ya expuesta, en la LIVG, en primer lugar, en la modificación del artículo 61, estableciendo la obligación de los Jueces de pronunciarse, de oficio o a instancia de las víctimas, sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, sobre las medidas relativas a la salida del domicilio familiar, la prohibición de aproximación y sobre las medidas civiles como la suspensión de la patria potestad o la custodia y la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación que afecten a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce la violencia de género.

En segundo lugar, el artículo 64 establece medidas para la salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones. Así, *“el Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo. 2. El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen. 3. El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal. 4. La medida de alejamiento podrá acordarse con independencia de que la persona afectada, o aquéllas a quienes se pretenda proteger, hubieran abandonado previamente el lugar. 5. El Juez podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento*

¹⁵ SsTS 614/2009, de 28 de septiembre (RJ 2009/7257), 623/2009, de 8 de octubre (RJ 2009/4606), 641/2011, de 27 de septiembre (RJ 2011/7382), 154/2012, de 9 de marzo (RJ 2012/5241), 579/2011, de 22 de julio (RJ 2011/5676), 578/2011, de 21 de julio (RJ 2011/5438) y 323/2012, de 25 de mayo (RJ 2012/6542).

de incurrir en responsabilidad penal. 6. Las medidas a que se refieren los apartados anteriores podrán acordarse acumulada o separadamente”.

En tercer y último lugar, con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección, se lleva a cabo la modificación del artículo 65 y se mejora la redacción del artículo 66, que posibilita que el Juez pueda suspender el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, así como el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del progenitor respecto de los menores que dependan de él. No obstante, si el Juez no considera acordar la suspensión deberá pronunciarse sobre la forma en que se ejercerá el derecho, pero sobre todo, acordará las medidas necesarias para garantizar la seguridad e integridad de los menores y de las mujeres.

Frente a este modo de hacer, es frecuente que cumplidas las responsabilidades penales se alcance la normalidad en las relaciones padre e hijos y se aplique un régimen normalizado al uso de visitas o se disponga un régimen de custodia compartida.

Sin embargo, según creo, el establecimiento de un régimen de visitas es compatible con la necesidad de protección del menor porque cabe advertir que la evolución positiva del progenitor maltratador no se estima suficiente a los efectos de decidir sobre la comunicación respecto de los menores. A este respecto, será el Tribunal competente quien considere que la evolución del padre es suficiente para restablecer la unidad familiar.

Al margen de lo anterior, se viene reclamando que la LIVG introduzca que *“en los casos de ingreso de la mujer en las casas de acogida, y durante todo el tiempo que en ellas se permanezca, quede suspendido automáticamente el régimen de visitas del padre y su familia extensa”* porque los recursos del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia tienen por misión la protección integral de las víctimas y, en determinados casos, el ejercicio del derecho del padre a relacionarse con sus hijos puede poner en peligro la vida de la mujer. Pero el problema surge respecto al ejercicio de la patria potestad porque el Juez podrá estimar qué régimen es más adecuado al interés del menor y suele inclinarse por mantener la patria potestad de forma compartida entre ambos progenitores, salvo que por razones justificadas deba ser ejercida por uno solo de ellos.

A mi juicio, este régimen podría entenderse desmedido por ser perjudicial para los menores ya que la convivencia con un perfil maltratador podría dañar su desarrollo o salud mental, o bien podría suponer el riesgo para su vida e integridad física. Además, en ocasiones, podrían ser empleados como herramientas para agredir a su progenitora.

Para concluir con este epígrafe, y tomando como referencia ineludible el interés del menor, desde la Fundación ANAR (ayuda a niños y adolescentes en riesgo) se venía reclamando una norma para visibilizar, apoyar, proteger y fomentar políticas de prevención que se dedicaran a la defensa de los derechos de los niños y adolescentes en situación de riesgo y desamparo. Y en efecto, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

En la Exposición de Motivos se afirma que la aprobación no sólo responde para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación sino que el Comité de Derechos del Niño recomendó la aprobación para garantizar la reparación de sus derechos y unas normas de atención mínimas en las diferentes comunidades autónomas.

El Anteproyecto se compone de 57 artículos, estructurados en un título preliminar y cinco títulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición derogatoria, una disposición transitoria y quince disposiciones finales. Para profundizar más, en el título preliminar se determina el ámbito de aplicación y el objeto, que responde a garantizar los derechos fundamentales de los menores de edad ante cualquier tipo de violencia, así como impulsar la detección temprana y la reparación de los derechos de las víctimas. En el título I se garantiza a los menores los derechos de información y asesoramiento que comprenderán intervención y asistencia jurídica gratuita. En el título II se regula el deber de comunicación de las situaciones de riesgo y violencia y, con mayor exigencia por razón de su profesión, a los colectivos que tienen contacto habitual con los menores, garantizando la confidencialidad. En el título III se recoge la necesidad de erradicación de la violencia por parte de las Administraciones públicas en los distintos ámbitos de actuación como el familiar, el educativo, los servicios sociales, el sanitario, el judicial, los medios de comunicación y las nuevas tecnologías. En el título IV se establece la necesidad de prevención, detección y actuación por parte de los centros de protección de menores y, en su caso, la supervisión del Ministerio Fiscal. Y,

por último, en el título V se recoge la creación de un Registro Central de Información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia al que deberán remitir información las entidades públicas.

Para concluir, cabe destacar la aprobación de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer. A partir de ahora, el derecho de los huérfanos a una pensión es automático y no va a depender de la cotización de la madre.

4. La protección de los menores víctimas de la violencia de género.

Tras las reformas legales efectuadas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; y en la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, se detallan **las actuaciones en situación de riesgo y desamparo y los regímenes de protección legal de guarda y acogimiento.**

El desarrollo de estos conceptos es necesario para resolver las situaciones de riesgo y desamparo en que puede encontrarse el menor en un contexto de violencia de género, sobre las cuales volveremos más adelante.

4.1. Las actuaciones en situación de riesgo.

La situación de riesgo se define en el artículo 17.1 LOPJM, como *“aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos (...)”*.

Sin embargo, destaca la falta de puntualización de las circunstancias generadoras de la situación de riesgo porque el artículo mencionado dispone que *“se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente”*, y este pronunciamiento dificulta la interpretación de las causas que determinan esta situación, de manera que es necesario disponer de una norma que las precise, en aras a evitar decisiones arbitrarias a los intereses de los menores.

La principal novedad respecto a la normativa anterior es la regulación del procedimiento para la declaración de la situación de riesgo en el artículo 17.6 LOPJM: *“la situación de riesgo será declarada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

El legislador declara que la situación de riesgo no alcanza la intensidad que fundamentaría la declaración de situación de desamparo y la separación del menor de su entorno familiar, al indicar que las medidas jurídicas para paliar el riesgo o el desamparo son diferentes porque la necesidad de protección tiene distinto alcance. Sin embargo, cuando las medidas no corrijan la situación de riesgo se requiere la declaración de desamparo y la separación del menor de su núcleo familiar.

Por ejemplo, si el menor convive en un ambiente familiar caracterizado por conflictos familiares, se verá perjudicado su desarrollo personal, pero no alcanza la gravedad para declarar el desamparo. No obstante, la ausencia de la intervención de los poderes públicos para promover los factores de protección provocaría un importante deterioro de las relaciones parentales y justificaría la declaración de desamparo.

Para concluir, destaca otra de las novedades que contempla el artículo 17.9 de la mencionada ley en materia de protección de la situación de riesgo del *nasciturus*. La STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985/53), con fundamento en la interpretación del artículo 15 CE, declara que se protege la vida separada del vientre materno y aquella que depende de este. Así, la intervención de la entidad pública en las situaciones de riesgo prenatal¹⁶ por la ausencia de diligencia de la mujer gestante ante la violencia machista pretende evitar daños al feto o bien impedir la posterior declaración de

¹⁶ El artículo 17.9 LOPJM *“entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido”*.

desamparo¹⁷. No obstante, tras el nacimiento se mantiene al menor en su núcleo familiar para constatar la situación de riesgo o si es necesario proceder a la declaración de desamparo¹⁸.

A mi juicio, si la intervención de la entidad pública se produce a causa de la ausencia de diligencia de la mujer gestante, se debería declarar la situación de desamparo porque el riesgo del *nasciturus* se origina por el inadecuado ejercicio de los deberes de protección de la mujer. Sin embargo, cuando no sea esta la justificación, mi opinión es favorable a declarar la situación de riesgo y, como declara el Tribunal Constitucional, tras el nacimiento examinar si es necesario proceder a la declaración de desamparo.

4.2. Las actuaciones en situación de desamparo.

Las modificaciones introducidas en la declaración de desamparo no alteran la definición recogida en la legislación anterior. Así, dispone el artículo 18.2 LOPJM que *“de acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*¹⁹.

A diferencia de lo que ocurre con la situación de riesgo, aquí sí se concretan las causas generadoras de la situación de desamparo, reguladas en el artículo 18.2 LOPJM. En consecuencia, se puede precisar cuándo concurre una situación de riesgo y cuándo una situación de desamparo. Las más importantes en materia de violencia de género son: *“a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla. b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del*

¹⁷ Como indica MORETÓN SANZ, M^a. F., *Las declaraciones de situación de riesgo y desamparo en la nueva regulación estatal*, Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 259, el artículo 18.d LOPJM recoge como causa de desamparo *“el consumo habitual de sustancias con potencial adictivo por parte de los progenitores, tutores o guardadores, entendiéndose por habitual los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia, según la Organización Mundial de la Salud o de la Asociación Americana de Psiquiatría”*.

¹⁸ SsTEDH de 7 de agosto de 1996, caso Johansen contra Noruega (TEDH 1996/31), de 16 de julio de 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido (JUR 2002/181257) y de 21 de septiembre de 2006, caso Moser contra Austria (TEDH 2006/50).

¹⁹ SAP Pontevedra 763/2012, Sección 6^a, de 18 de octubre (JUR 2012/372942) y la sentencia social 41/2014, Juzgado de lo Social - Almería, Sección 3, de 24 de enero (AS 2014/966).

menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años. c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas (...). Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo. e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental. h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia”.

Con la declaración de la situación provisional de desamparo, la patria potestad quedaría en suspenso. Así lo dispone el artículo 172.1 pf. 3º CC, del que se deduce que la declaración de desamparo no extingue la patria potestad. Sin embargo, desde mi perspectiva creo idóneo privar de la patria potestad a ambos progenitores o, en su caso, a uno de ellos, cuando la declaración de desamparo obedezca a graves circunstancias que no permitan la reintegración del menor con la familia de origen, tal como la existencia de una condena por asesinato de género.

La Entidad Pública que ejerza la tutela del menor que se encuentre en situación de desamparo y adopte las medidas de protección necesarias para su guarda, lo comunicará al Ministerio Fiscal, a los progenitores, tutores o guardadores y del menor afectado, atendiendo a su grado de madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. Asimismo, el artículo 18.1 LOPJM dispone que *“la información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial”*.

4.3. El régimen de protección legal de guarda.

De las reformas efectuadas en materia de guarda destaca, en primer lugar, la creación de la guarda provisional. Esta nueva modalidad se regula en los artículos 14 LOPJM y 172.4 CC, respectivamente: *“la Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil”* y *“lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo”*.

Se caracteriza porque la declaración de la guarda provisional por la entidad pública no requiere la petición previa a los progenitores o tutores. Por esta razón, esta figura proporciona una atención inmediata a los menores, a pesar de la oposición de los progenitores.

Esta nueva figura merece una valoración positiva porque en los casos de violencia machista resultará complejo obtener el consentimiento del progenitor maltratador en decisiones que conciernen al menor.

En segundo lugar, la guarda voluntaria o administrativa es ejercida por la entidad pública cuando existen circunstancias graves y transitorias. Se regula en los artículos 19 LOPJM y 172 bis CC, señalando que *“además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la Entidad Pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”*.

Cuando los progenitores no puedan cumplir con los deberes propios de la patria potestad deberán requerir a la entidad pública que ejerza la tutela del menor para evitar la declaración de desamparo en tanto se sobreponen. Sin embargo, y remitiéndome a la reflexión anterior, la cuestión controvertida aquí es que se requiere el consentimiento de ambos progenitores y en un contexto de violencia de género el hombre no lo autorizará. Es por eso que se creó la guarda provisional, pues permite el ejercicio de la tutela por la entidad pública sin necesitar el consentimiento de los progenitores.

El cuidado temporal del menor no podrá sobrepasar dos años, salvo que el interés superior lo recomiende. No obstante, transcurrido el plazo, el menor deberá regresar con su familia si se dan las circunstancias adecuadas para ello. De lo contrario, será declarado en situación legal de desamparo porque no es posible el ejercicio de la guarda voluntaria cuando se requiere declarar el desamparo.

En tercer y último lugar encontramos la guarda judicial. Los artículos 19 LOPJM y el 172.2 bis CC disponen que cuando se deniegue la formalización de la guarda por petición de los padres o tutores, la autoridad judicial declarará que la entidad pública asumirá la guarda no solo en los casos previstos en el Código Civil²⁰ sino en todos los supuestos en los que el menor se encuentre desprotegido.

Queda, por último, apuntar que pueden existir dificultades para conocer si un menor se encuentra en situación de riesgo o desamparo y, según creo, resultaría conveniente solicitar el régimen legal de guarda para estudiar las circunstancias y adoptar finalmente el sistema más favorable en aras a garantizar la protección del menor y el retorno con su familia.

4.4. El régimen de protección legal de acogimiento.

Los artículos 172 bis y ss. CC se refieren al acogimiento, pero en ninguno de estos preceptos se da una definición legal. No obstante, para MAYOR DEL HOYO²¹ es *“una forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que sale de su entorno familiar ordinario”*.

²⁰ Tesis defendida por BENITO ALONSO, *Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda, en jurisdicción voluntaria*, La Ley, 1997, número 6, pp. 1742 y ss.; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formulario*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 823, concretados fundamentalmente en los supuestos contemplados en los artículos 103.1.º y 158.2.º CC.

²¹ MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *El nuevo régimen jurídico del menor: La reforma legislativa de 2015*, ed. Aranzadi, España, 2017, pp. 219 y ss.

Distinguimos entre el acogimiento familiar y el acogimiento residencial, dos modalidades sobre las que volveremos más tarde para resolver las situaciones de riesgo y desamparo.

Una vez descrito el marco legal referido a las situaciones de riesgo, desamparo, guarda y acogimiento, vamos a ocuparnos a continuación del estudio de la afectación del régimen de las relaciones familiares en los casos de violencia de género y a abordar la puesta en marcha de medidas para propiciar la resolución de las situaciones de riesgo o desamparo en que pueden encontrarse los menores.

5. El marco práctico de la afectación del régimen de las relaciones familiares en los casos de violencia de género y las medidas judiciales de protección de los menores.

En el entorno de la violencia machista ejercida contra la mujer se produce siempre una situación de riesgo o desamparo con el menor sujeto a su tutela o guarda y custodia, de ahí que el concepto de víctima directa de la violencia de género también englobe a los menores que la sufren y que el interés superior del menor sea considerado como primordial en todas las medidas de protección que le afecten, particularmente en la asistencia inmediata, en la acogida de carácter temporal y en la atención psicológica y social que se extiende al ámbito educativo, sanitario y laboral²².

Para determinar el régimen de relaciones más apto a aplicar entre los progenitores y los menores, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de noviembre de 2015 (RJ 2015/4900), señaló que un aspecto a consultar a la hora de valorar la situación de riesgo o desamparo en que se encuentra el menor es *“la integridad de un menor con escasas posibilidades de defensa”*, vinculado al interés superior recogido en el Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, en la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992 y en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²² Como indica RAMÓN FERNÁNDEZ, F, *Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género*, pp. 60 y ss., *“no todas las normas autonómicas, como veremos, contemplan de forma uniforme las mismas medidas de protección en el ámbito del menor que se encuentra en una situación de violencia de género, y sería deseable que existiera dicha uniformidad, para que el menor, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre, quedara ampliamente protegido en todos los ámbitos, no sólo de asistencia sanitaria mediante ayuda psicológica, sino también para evitar el desamparo e indefensión en la que se pueda encontrar”*.

Sin embargo, es evidente que las posibilidades de defensa de los menores de edad son nulas frente a los progenitores maltratadores y, por tanto, este interés estará presente en todos los casos a valorar por el Tribunal competente.

Por un lado, los artículos 65 y 66 LIVG, establecen que el Juez podrá suspender el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho y el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Sin embargo, los preceptos están diseñados en unos términos abiertos y potestativos, atribuyendo un margen amplio de valoración al órgano judicial (*“los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”, o bien, “si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho y el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”*).

Es llamativa esta previsión porque cuando el progenitor maltratador está incurso en un proceso penal 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, o cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, debería quedar privado automáticamente de la posibilidad de hacerse cargo de los hijos.

Y, por otro lado, el artículo 160 CC establece que es independiente que los progenitores hayan sido privados de la patria potestad con el derecho a relacionarse con sus hijos. No obstante, la causa que motivó la privación de la patria potestad puede justificar la supresión del régimen de visitas.

Es decir, si una condena por violencia de género provocara la privación de la patria potestad al progenitor maltratador, se podría establecer un régimen de visitas a su favor. Sin embargo, imaginemos que la causa que motivó la privación de la patria potestad es una condena por asesinato machista. Si esto fuera así, sí se podría privar el

derecho del progenitor no custodio a relacionarse con sus hijos. Y según creo, estas causas deberían estar tasadas y no depender de la discrecionalidad del juez porque ante una sentencia condenatoria el riesgo para la vida del menor es evidente.

5.1. La separación de la mujer víctima de violencia de género de su agresor.

Para encuadrar la cuestión a tratar vamos a determinar en qué situación se produce el perjuicio. Por ejemplo, la madre se traslada a una casa de acogida o se va de su domicilio para evitar los malos tratos de su pareja. Si ello fuera así, el menor se encontraría en una situación de riesgo provocada por la violencia de género porque resulta evidente un perjuicio para el desarrollo personal y bienestar del menor. No obstante, este aspecto recogido en el artículo 17.1 LOPJM no alcanza la gravedad para justificar la separación del menor de su núcleo familiar y declarar la situación de desamparo.

En todos estos casos se contempla la asistencia a las mujeres víctimas de violencia de género y a las que se encuentran en situación de riesgo junto a los menores a través de los Centros de Acogida Inmediata (se les facilita techo, alimento, orientación laboral, educativa, social y sanitaria); pisos tutelados durante un tiempo hasta lograr la autonomía de la mujer; y centros de atención especializada (se les proporciona asistencia jurídica, social y psicológica). Además, la Administración Pública²³ interviene para erradicar la situación de riesgo en que se encuentran mediante “(...) *la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin (...)*”.

Si se produce el traslado a otra casa de acogida, la Administración Pública estará obligada a notificarlo a la casa de acogida de destino para que la nueva Administración Pública competente continúe con la intervención “*conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras*”.

²³ El artículo 17.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “*en situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar*”.

Con relación a la patria potestad, el ejercicio conjunto puede perjudicar el interés del menor, esto es, dificultando la toma de decisiones en beneficio del menor porque requiere el consentimiento de ambos progenitores, señalando, entre otras, el cambio de matriculación escolar. Además, el derecho del padre a relacionarse con sus hijos puede poner en peligro la vida de la mujer debido al quebrantamiento de las órdenes y medidas de protección. En consecuencia, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo, como principio recogido en el artículo 11.2.b LOPJM.

La STS 350/2016, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 26 de mayo (RJ 2016/2292), estableció que *“no procede la custodia compartida si hay indicios fundados de violencia sobre la mujer”*. Sin embargo, la regla general impuesta por los órganos judiciales es el mantenimiento del contacto entre los agresores y sus hijos.

A mi juicio, entiendo que este hecho resulta preocupante porque los menores no pueden asegurar ni su bienestar ni su seguridad. Un ejemplo es el caso de Ángela González Carreño, víctima y superviviente de la violencia de género. Su hija, de 7 años de edad, en cambio, no sobrevivió. Ángela interpuso más de 30 denuncias por maltrato contra su marido, pero las órdenes de alejamiento solo incluyeron una vez a su hija porque el órgano judicial declaró que entorpecía el régimen de visitas provisional y podía perjudicar gravemente las relaciones entre padre e hija. En un determinado momento el Juzgado autorizó el sistema de visitas no vigiladas y durante una de ellas el padre mató a la niña y se suicidó²⁴.

Este caso mereció un Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁵, que afirmó *“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 *“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*

²⁴ GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *Hijas e hijos víctimas de la violencia de género*, ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018, p. 8.

²⁵ 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).

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”.

En conclusión, de nada sirve alejar al agresor de la víctima directa o dictar una orden de protección en su favor, si se obliga a los hijos menores a mantener un contacto que puede ser perjudicial para ellos.

Otra cuestión a tratar es si concurriría una desprotección grave de la madre con el menor, pongo por caso, cuando las medidas no alcancen la rehabilitación de la progenitora porque su integridad física o mental y los niveles de ansiedad y depresión debido al maltrato continuado no posibiliten prestar interés por el menor, o bien, porque carece de habilidades para el cuidado y atención de los hijos, se podría declarar el desamparo y separación de su madre. Sin embargo, para la protección de los intereses de los menores debe contemplarse el **acogimiento** como una medida temporal con el fin de volver a reunir al menor con su madre²⁶, a pesar de resultar clara la idoneidad de la declaración de desamparo porque se puede cometer una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos si no se presta atención a todos los medios necesarios para no dificultar las posibilidades de retorno del menor con su familia.

Por ejemplo, la SAP de Asturias, Secc. 6ª, de 17 de septiembre (JUR 2008/50750), otorgó la guarda y custodia de los tres hijos menores del matrimonio a los abuelos paternos, a pesar de que el padre era un maltratador, obligándolo a salir del domicilio de los padres donde vivía, con el objetivo de prevenir el riesgo que podría ocasionar la declaración de desamparo porque aminoraría las posibilidades de retorno del menor al núcleo familiar.

A modo de conclusión, es de valorar positivamente recurrir al ejercicio de la guarda y custodia por los abuelos porque si no es posible el retorno del menor con la

²⁶ STEDH de 13 de julio de 2000, caso Scozzari y Giunta contra Italia (TEDH 2000/391).

familia nuclear, ya existen vínculos afectivos con su familia extensa y si su integración en ella y en el entorno sería satisfactoria.

5.2. El consentimiento de la mujer víctima de la violencia de género y su incidencia en el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

5.2.1. La declaración de desamparo.

En todos estos casos estamos ante infracciones graves de las obligaciones parentales porque los menores presencian la agresión física del padre sobre la madre que consiente la situación y no percibe el daño. Si ello fuera así, se declararía la situación de desamparo por el inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno que perjudica el desarrollo del menor y que no puede ser evitado mientras permanezca en su núcleo de convivencia.

La declaración de desamparo determina el inicio de un procedimiento a través de los Servicios Sociales de las Consejerías correspondientes. Es una medida excepcional porque generalmente se convierte en definitiva e impide el retorno del menor con su familia, de tal modo que su declaración será conveniente cuando otro régimen no resulte aplicable. No obstante, el principio de referencia es el interés superior del menor y no tanto la protección de las relaciones paterno – filiales, referidos en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (*“los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”*).

Los efectos jurídicos derivados de la declaración de desamparo se corresponden con la asunción de la tutela del menor por parte de la entidad pública, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y del Juez que la haya acordado. Así, el artículo 172.1 CC dispone que *“cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá*

adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria”.

Aquí resulta interesante determinar cuándo los progenitores están incurso en causa de privación de la patria potestad. La STS 565/2009, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 31 de julio (RJ 2009/4581), establece que *“cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue”*. De ahí que al incumplir con los deberes ligados al ejercicio de la patria potestad, la tutela concedida a la entidad pública competente motive la suspensión mientras dure esa situación provisional de desamparo.

El derecho de visita de los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados (artículo 160 CC) y la obligación de velar por los menores y prestarles alimentos (artículo 110 CC) será regulado por la entidad pública, sin perjuicio de la comunicación al Ministerio Fiscal. Como se ve, el derecho de visita persigue la reunificación familiar porque mantiene y refuerza el vínculo del menor con la madre víctima de violencia de género²⁷.

Sin embargo, la STS 680/2015, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 26 de noviembre (RJ 2015/5624), fijó como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podría 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. Así, el artículo 94 CC establece que *“el Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*.

Por ejemplo, imaginemos que el juez no suspendiera el régimen de visitas del menor con el progenitor maltratador y estableciera un régimen de visitas limitado a un día cada dos fines de semana. Si el progenitor se ausentara reiteradamente y evidenciara una despreocupación por el cumplimiento de la resolución judicial, esto generaría una inestabilidad psíquica y emocional en los menores y sería razón suficientemente

²⁷ SALES I JARDÍ, Mercé, *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 72-76 y 191.

justificada para suspender el régimen de visitas y favorecer la protección de los intereses de los menores.

5.2.2. Las medidas que favorecen la integración del menor en su familia biológica antes y después de la declaración de desamparo.

Antes de la declaración de desamparo, los padres pueden solicitar a la entidad pública la asunción de la guarda hasta que se extingan las circunstancias graves, estableciendo como plazo máximo la duración de dos años (artículo 172 bis CC: *“cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo”*).

Sin embargo, es obvio que en un contexto de violencia de género los padres no soliciten voluntariamente la asunción de la guarda y, en concreto, el progenitor maltratador. En este caso, la parte interesada sería la madre para evitar la declaración de desamparo y favorecer el retorno del menor cuando las circunstancias se extinguieran.

La finalidad es conseguir que los niños que están en situación de desamparo vivan en un entorno seguro, de forma temporal o definitiva. Como la cuestión sobre la que incide la reforma es la reunificación familiar, resulta favorable para el interés del menor la priorización en la formalización del acogimiento familiar respecto a la adopción porque tiene carácter definitivo y no permitiría el retorno con su familia. El artículo 11.b LOPJM dispone que *“se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”*.

A mi juicio, me parece que la formalización del acogimiento familiar frente al acogimiento residencial ocasiona a las menores importantes ventajas emocionales y afectivas. Sin embargo, en virtud del interés superior, es posible que en otras circunstancias sea conveniente el acogimiento residencial. Por ejemplo, cuando sean

necesarias actuaciones terapéuticas y rehabilitadores por profesionales prestando su servicio 24 horas al día.

Cuando las circunstancias que motiven el acogimiento hayan cambiado, se podrá efectuar el retorno del menor con su familia de origen. Sin embargo, considero que con el paso del tiempo es más complicado fortalecer el vínculo del menor con sus progenitores biológicos y la alteración podría ser contraria al interés superior.

La STS 537/2015, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 28 de septiembre (RJ 2015/4217), declara que para acordar el retorno del menor desamparado con su familia de origen no es suficiente una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de ejercer adecuadamente el rol paterno y materno sino que es menester que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre atendiendo, entre otras circunstancias, *“el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”*.

Por último, otra circunstancia a contemplar es la dificultad que tiene la madre víctima de violencia de género con trastornos para recuperar a sus hijos tras la declaración de desamparo. Ejemplo de esto es la SAP de Barcelona, Secc. 18ª, de 10 de junio (JUR 2014/227595), que declaró el desamparo porque se había diagnosticado a la madre un trastorno adaptativo con alteración mixta de comportamientos y emociones. Cuando la madre comunicó a la entidad pública competente haber superado el trastorno, interponiendo demanda de oposición al desamparo, la AP de Barcelona desestimó el recurso porque, teniendo en cuenta el interés superior del menor, consideró más favorable mantener la situación de acogimiento preadoptivo.

En conclusión, se deberá tener en cuenta que la mujer víctima de la violencia de género está sometida a un proceso de recuperación prolongado en el tiempo, de manera que la entidad pública debe evitar la declaración de desamparo para propiciar el retorno del menor con su madre.

5.2.3. La revocación de la declaración de desamparo.

El artículo 172.2 CC permite a los tutores suspendidos solicitar la revocación de la declaración de desamparo cuando hayan cesado las causas que provocaron la privación de la patria potestad. Para ello cuentan con el plazo de dos años y, una vez transcurrido, solo podrán informar a la entidad pública o al Ministerio Fiscal que se encuentran en estado de obtenerla nuevamente. La entidad pública, de oficio o a instancia de parte, podrá revocar la declaración de desamparo y permitir el retorno del menor con su familia, conforme a lo dispuesto en el artículo 172.3 CC (*“La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal”*).

Cuando no sea posible revocar la declaración de desamparo, la entidad pública podrá ejercitar nuevas medidas en aras a la protección del menor. Se optará por acogimientos permanentes o por la adopción porque se entiende que son las medidas más estables. Para la adopción no se requerirá el consentimiento de los progenitores en los casos de suspensión de la patria potestad y cuando hayan transcurrido dos años desde la declaración de desamparo (artículo 177.2.2º CC).

Por último, es interesante destacar la introducción del artículo 19 bis LOPJM, relativo a la obligación de realizar un plan individualizado de protección para cada menor con el objetivo de determinar las medidas más apropiadas a adoptar en cada situación. Del mismo modo lo recoge la STS núm. 188/2016, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 4 de febrero (RJ 2016/188), que dispone que en ningún caso debe imponerse una solución automática ante una situación de riesgo, *“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)”*.

Personalmente creo tras todo lo expuesto que la declaración de desamparo debe tener siempre una aplicación restrictiva pero necesaria cuando lo exija el interés superior del menor porque con la declaración de desamparo se pretende mejorar una situación familiar que debido a la inidoneidad de uno o ambos progenitores para hacerse cargo de sus hijos podría generar en los menores alteraciones afectivas y emocionales. No obstante, vuelvo a recordar la necesidad de que las actuaciones de protección de los poderes públicos se dirijan a prestar el apoyo necesario para que los hijos permanezcan con sus madres cuando se encuentren en condiciones de actuar como tal. Por ejemplo, si la madre es víctima de violencia de género y carece de habilidades relativas al cuidado y atención de sus hijos, resulta evidente la declaración de desamparo porque por circunstancias graves no puede cuidar a sus hijos. Pero si esta situación es temporal y se acredita con certificado médico que es apta para proporcionar a los menores una atención y protección integral, no es procedente la declaración de desamparo porque la permanencia con su madre es favorable al interés superior del menor.

5.3. Los menores huérfanos víctimas de la violencia de género y las medidas de privación y suspensión de la patria potestad.

Actualmente son más de 200 los menores de edad que se han quedado huérfanos desde el año 2013²⁸. Visto los datos oficiales de la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género, el año 2018 termina con 39 niños huérfanos por violencia machista en España.

En todos estos casos, las sentencias condenatorias por violencia machista permiten retirar el ejercicio de la patria potestad y guarda o custodia al padre, con fundamento en el artículo 170 CC. Sin embargo, los Tribunales podrán acordar la recuperación de la patria potestad (*“el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”*).

Este aspecto merece una valoración desfavorable porque una sentencia condenatoria por asesinato machista es causa grave y suficiente para privar directamente

²⁸ (2018, 31 de diciembre). El año 2018 termina con 39 niños huérfanos por violencia machista en España. *Europa Press*.

de la patria potestad al progenitor condenado sin abrir campo a la discrecionalidad jurídica para permitir su recuperación.

La STS 247/2018, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 24 de mayo (RJ 2018/3015), recoge lo declarado porque afirma que el ejercicio de la patria potestad “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”.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, contiene varias herramientas penales referentes a la pena de privación de la patria potestad para proteger a los menores víctimas de violencia de género, muchas de ellas incluidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio²⁹. Sin embargo, la cuestión determinante es si los órganos judiciales imponen estas condenas accesorias o no lo hacen.

En este sentido, la adopción de medidas civiles en el proceso penal en el que están implicados progenitores y sus hijos ha sido resuelta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que conlleva una modificación en el artículo 61.2 LIVG, declarando que *“en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas”*.

²⁹ SANTANA VEGA, D. M., *La reforma de las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento*, Patria Potestad, guarda y custodia, vol. I, C. LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.) / JIMÉNEZ MUÑOS, F. J. (Coord.) Tecnos, Madrid, 2014, pp. 145 – 168.

Las SsTS núm. 780/2000, de 11 de mayo y núm. 568/2015, de 30 de septiembre, son dos sentencias del Tribunal Supremo sumamente relevantes a este respecto porque imponen la pena de privación de la patria potestad frente al criterio de instancia.

En particular, en la STS 568/2015, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 30 de septiembre (RJ 2015/4381), se observaron errores de interpretación en las sentencias de instancia porque no consideraron que la conducta del progenitor implicara un perjuicio grave para retirar la patria potestad, 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. 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”*.

Y en la STS 780/2000, de 11 de septiembre (RJ 2000/7932), el caso al que se refería 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. Pero no se acordó la privación de la patria potestad porque *“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 CC”*.

En definitiva, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sentencia núm. 247/2018, de 24 de mayo (RJ 2018/3015), afirmó que, tras la reforma de 2015, los Tribunales tienen la obligación de pronunciarse en el orden jurisdiccional penal sobre las medidas relativas a la patria potestad porque el artículo 55 del Código Penal vincula la afectación de la autoridad parental en el ejercicio de la patria potestad con los supuestos de condena por violencia de género y *“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”.

Sin embargo, los órganos judiciales imponen la suspensión de la patria potestad pero no en una alta proporción³⁰, lo que resulta coherente con la escasa adopción de medidas cautelares en el orden civil.

A partir de todo lo expuesto llego a la conclusión de que si dejamos que sea el juez civil quien decida sobre la privación o suspensión de la patria potestad se prolongará en el tiempo la resolución sobre un tema que está directamente relacionado con el proceso penal. No obstante, en este caso, entran en confrontación el interés superior del menor y la obligación de prestar una atención inmediata.

A mi juicio y para terminar, el principal y más relevante aspecto es el concerniente al interés superior del menor. De ahí que las medidas civiles en el interés superior del menor sean acordadas por los Tribunales civiles respetando la legislación específica aplicable al caso concreto.

6. La mediación como alternativa a la resolución de los conflictos en los casos de violencia de género y los menores.

La mediación se regula en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³¹ y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012³². Se incorpora la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles³³.

Como señala una parte de la doctrina³⁴, la mediación ofrece la opción de participar víctima y agresor, en reparar el conflicto. Así, puede tener lugar de forma

³⁰ REYES CANO, P., “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* 51, 2017, pp. 335-356.

³¹ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

³² BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

³³ DOUE L 136/3 de 24 de mayo de 2008. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>. Véase sobre estas normas: RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal”, *Revista para el análisis del Derecho*, 2014, número 3, pp. 1-28 (disponible en: <http://www.indret.com/es/?a=14>).

³⁴ IBÁÑEZ LÓPEZ, A., “Estudio sobre la posibilidad de mediación con menores y sus familias en situaciones de violencia de género bajo la perspectiva de profesionales en el ámbito sociojurídico de Almería”, *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 2016, vol. 7, número 2, p. 25 (disponible en: <http://derechoycienciapolitica.cl/index.php/RDCP/article/view/1032/1113>).

previa al proceso judicial, o bien puede tener lugar durante el mismo y poner fin, o una vez terminado éste. No obstante, inciden en la prohibición de la mediación en los casos en los que una de las partes del proceso sea víctima de actos de violencia de género porque, a pesar de que la normativa no limita la tipología de delitos en los que se aplica y en los que no, no hay igualdad entre las partes, por lo que la mediación no resulta adecuada.

Sin embargo, otro sector de la doctrina³⁵ contempla la posibilidad de la mediación en situaciones de violencia de género e indica argumentos a favor tales como que la mediación familiar resulta positiva para las partes porque facilita el futuro cumplimiento voluntario de la pena, se obtiene una solución rápida y eficaz, ayuda al agresor a reconocer su responsabilidad y permite a la víctima expresar libremente lo ocurrido.

Además, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo³⁶ respecto a la mediación establece que *“los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias”*. Continúa diciendo que estos servicios deben fijar como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. Además, a la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora se deben tomar en consideración factores como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la

³⁵ MERINO ORTIZ, C., MÉNDEZ VALDIVIA, M. y ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., “Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja”, CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2013, pp. 451 y ss.; y ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación como medio de solución de conflictos”, en PILLADO GONZÁLEZ, E. y FARIÑA RIVERA, F. (coord.), *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos desde la justicia terapéutica*, Tirant lo Blanch, col. monografías, 2015, número 980, p. 27.

³⁶ MARTÍN RÍOS, M^a. del P., “La exclusión de la mediación como manifestación de las no-drop policies en violencia de género: análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE”, *Diario La Ley*, 2013, número 8016.

víctima. Y termina añadiendo que *“los procedimientos de justicia reparadora han de ser, en principio, confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general. Se podrá considerar que factores tales como las amenazas o cualquier forma de violencia cometida durante el proceso exigen la divulgación por razones de interés general”*.

Asimismo, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modifica el artículo 9, relativo al derecho de ser oído y escuchado el menor en un procedimiento de mediación³⁷, y que conduzca a una decisión que tenga repercusión en su esfera personal, familiar y social.

Como se ve, la doctrina considera viable la mediación como opción extrajudicial para la resolución de conflictos de ámbito de familiar, pero en el caso de violencia de género la postura no es unánime.

Mi opinión, sin embargo, es favorable a la prohibición de la mediación en los casos en los que una de las partes sea víctima de violencia de género, al entender que no es posible reparar el daño e impedir otro perjuicio adicional a la mujer y los menores víctimas porque en un contexto de violencia de género donde el hombre ocupa una posición dominante se verán comprometidos los intereses de las partes afectadas y, a pesar de poder obtener una solución rápida, puede no resultar eficaz conforme al interés superior del menor porque crecería en un entorno que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental.

7. Conclusiones.

I. Con base en todo lo expuesto, podemos destacar que las previsiones normativas no presentan un nivel de protección suficiente para garantizar a los menores víctimas de violencia de género el desarrollo de unos acuerdos que velen por sus derechos. Junto a ello, se puede decir que el margen de valoración de los jueces a la hora de imponer las medidas de protección es discrecional y debería moderarse estableciendo límites de apreciación.

³⁷ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten*, Comentarios sobre las leyes de Reforma del Sistema de Protección a la infancia y la adolescencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 131-157.

II. Es fundamental, asimismo, la adecuada formación de los órganos judiciales sin obviar la perspectiva de género porque tienden a proteger el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales cuando la violencia machista causa a los menores perjuicios irremediables. Todavía más, la protección de los menores es también protección de la madre y ese planteamiento debe ser prioritario.

III. No puede negarse que las condenas por asesinato machista son fundamento para privar definitivamente el ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas por el progenitor maltratador porque con la extinción de la causa que motivaría la suspensión y la separación de la convivencia no cesaría el riesgo para la vida, salud e integridad física de los menores.

IV. Sin embargo, la privación o la suspensión de la patria potestad o del régimen de visitas del agresor con sus hijos menores no tiene por qué quedar reservada solo a los supuestos más graves porque la autoridad judicial no se puede basar para mantener la fuerza del vínculo paterno-filial en que el menor no corre riesgo porque no fue agredido previamente. Según creo, se trata de valorar el perjuicio que la violencia de género ya ocasionó en el menor porque el impacto futuro es imprevisible.

V. Para concluir, el interés del menor debe ser siempre el principio prioritario, y en este sentido creo que hay que impulsar la aprobación de una normas de atención específicas y preceptivas a la protección de los menores que no se hallen ceñidas a la actual Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género porque la violencia que pretende erradicar es la dirigida primordialmente a la protección de las mujeres.

8. Bibliografía.

- BENITO ALONSO, *Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda, en jurisdicción voluntaria*, La Ley, 1997, número 6.

- GALVIS DOMÉNECH, M^a. J. Y GARRIDO GENOVÉS, V., “Menores, víctimas directas de la violencia de género”, *Boletín Criminológico*, 2016, número 165 (disponible en <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/165.pdf>).

- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Hijas e hijos víctimas de la violencia de género*, ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.
- GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formulario*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- IBÁÑEZ LÓPEZ, A., “Estudio sobre la posibilidad de mediación con menores y sus familias en situaciones de violencia de género bajo la perspectiva de profesionales en el ámbito sociojurídico de Almería”, *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 2016, vol. 7, número 2 (disponible en: <http://derechoycienciapolitica.cl/index.php/RDCP/article/view/1032/1113>).
- MARTÍN RÍOS, M^a. del P., “La exclusión de la mediación como manifestación de las no-drop policies en violencia de género: análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE”, *Diario La Ley*, 2013, número 8016.
- MAYOR DEL HOYO, M^a. V., *El nuevo régimen jurídico del menor: La reforma legislativa de 2015*, ed. Aranzadi, España, 2017.
- MERINO ORTIZ, C., MÉNDEZ VALDIVIA, M. Y ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., “Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja”, CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2013.
- MORETÓN SANZ, M^a. F., *Las declaraciones de situación de riesgo y desamparo en la nueva regulación estatal*, Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Anuario de Derecho Civil*, 2018, número 1.

- ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación como medio de solución de conflictos”, en PILLADO GONZÁLEZ, E. y FARIÑA RIVERA, F. (coord.), *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos desde la justicia terapéutica*, Tirant lo Blanch, col. monografías, 2015, número 980.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten*, Comentarios sobre las leyes de Reforma del Sistema de Protección a la infancia y la adolescencia, Tirant lo Blanch, 2016.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal”, *Revista para el análisis del Derecho*, 2014, número 3 (disponible en: <http://www.indret.com/es/?a=14>).

- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género*.

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

- RODRÍGUEZ OTERO, L. M., “Menores víctimas de la violencia de género: propuesta de proyecto educativo”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 2013, número 6.

- ROSSER LIMIÑANA, A. M^a., “Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España”, *Papeles del psicólogo*, 2017, vol. 38, número 2 (disponible en: <http://www.papelesdel psicologo.es/pdf/2830.pdf>).

- SALES I JARDÍ, Mercé, *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Bosch, Barcelona, 2015.

- SANTANA VEGA, D. M., *La reforma de las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial de la patria potestad, tutela, curatela, guarda*

o acogimiento, Patria Potestad, guarda y custodia, vol. I, C. LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.) / JIMÉNEZ MUÑOS, F. J. (Coord.) Tecnos, Madrid, 2014.

- YUGUEROS GARCÍA, A. J., “La violencia contra las mujeres: Conceptos y causas”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2014, número 18 (disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=322132553010>).

Repertorio de jurisprudencia

- STEDH de 7 de agosto, caso Johansen contra Noruega (TEDH 1996/31).
- STEDH de 13 de julio, caso Scozzari y Giunta contra Italia (TEDH 2000/391).
- STEDH de 16 de julio, caso P.C. y S. contra Reino Unido (JUR 2002/181257).
- STEDH de 21 de septiembre, caso Moser contra Austria (TEDH 2006/50).
- STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985/53).
- STS 780/2000, de 11 de septiembre (RJ 2000/7932).
- STS 565/2009, de 31 de julio (RJ 2009/4581).
- STS 614/2009, de 28 de septiembre (RJ 2009/7257).
- STS 623/2009, de 8 de octubre (RJ 2009/4606).
- STS 578/2011, de 21 de julio (RJ 2011/5438).
- STS 579/2011, de 22 de julio (RJ 2011/5676).
- STS 641/2011, de 27 de septiembre (RJ 2011/7382).
- STS 154/2012, de 9 de marzo (RJ 2012/5241).

- STS 323/2012, de 25 de mayo (RJ 2012/6542).
- STS 537/2015, de 28 de septiembre (RJ 2015/4217).
- STS 568/2015, de 30 de septiembre (RJ 2015/4381).
- STS 680/2015, de 26 de noviembre (RJ 2015/5624).
- STS 36/2016, de 4 de febrero (RJ 2016/260).
- STS 350/2016, de 26 de mayo (RJ 2016/2292).
- STS 247/2018, de 24 de mayo (RJ 2018/3015).
- SAP Asturias, de 17 de septiembre (JUR 2008/50750).
- SAP Pontevedra 763/2012, de 18 de octubre (JUR 2012/372942).
- SAP Barcelona, de 10 de junio (JUR 2014/227595).
- SAP Santander 64/2015, de 23 de abril (JUR 2016/48371).
- SJS Almería 41/2014, de 24 de enero (AS 2014/966).