
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Cruces Mabras, Meritxell; Izquierdo Grau, Guillem, dir. Suspensió i privació de la pàtria potestat en supòsits de violència de gènere. 2021. 54 pag. (1285 Grau en Dret i Grau en Relacions Laborals)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/245321>

under the terms of the  license



Universitat Autònoma
de Barcelona

**SUSPENSIO I PRIVACIO DE LA PATRIA
POTESTAT EN SUPOSITS DE VIOLENCIA
DE GÈNERE**

Meritxell Cruces Mabras

Treball Final de Grau

Dret i Relacions Laborals

Curs 2020-2021

Guillem Izquierdo Grau

14 de maig de 2021

*“Lluitar per les callades, les que
encara no tenen ales i les que ja
no volaran”*

*Agraïment especial al
meu tutor, Guillem.*

RESUM

Les violències masclistes són una de les principals problemàtiques estructurals que patim a les nostres societats com a manifestació de la discriminació i de la situació de desigualtat en el marc d'un sistema de relacions de poder dels homes sobre les dones, que es sustenta en el sistema patriarcal. Cada vegada es fa més evident la necessitat d'ampliar el focus d'atenció cap als/les menors ja que també són víctimes d'aquest tipus de violència tal i com es reflexa al Projecte de Llei Orgànica de protecció integral a la infància i l'adolescència enfront la violència del 14 d'abril de 2021.

Les víctimes mortals a causa de la violència de gènere ascendeixen a 1.086 des de l'1 de gener de 2003 fins al dia d'avui, de les quals 170 són de Catalunya. Hi ha hagut 38 menors que han estat víctimes mortals a conseqüència de la violència de gènere (1 aquest 2021) i 307 orfes des de 2013¹.

Aquest treball té per objectiu entendre com actua la institució de la pàtria potestat en els casos en que concorre la violència de gènere a través de les figures de privació i suspensió de la mateixa, tot això a través de l'estudi del marc teòric que envolta la pàtria potestat i a través d'un anàlisi de sentències i interlocutòries amb l'objectiu d'identificar la línia jurisprudencial dels diferents tribunals.

ABSTRACT

Gender-based violence is one of the main structural problems we suffer in our societies as a manifestation of discrimination and the situation of inequality within the framework of a system of power relations between men and women, which is based on the patriarchal system. The need to expand the focus of attention towards minors is becoming more and more evident, as they are also victims of this type of

¹ Dades extretes de la Secretaria d'Estat d'igualtat i contra la violència de gènere. Delegació del Govern contra la violència de gènere. Govern d'Espanya. Per veure les dades completes consultar Annex.

violence, as reflected in the Organic Law for the Integral Protection of Children and Teenagers against the violence of April 14, 2021.

The number of fatalities due to gender-based violence amounts to 1,086 from January 1st, 2003 to the present day, of which 170 are from Catalonia. There have been 38 minors who have been fatalities as a result of gender-based violence (1 this 2021) and 307 orphans since 2013².

This work aims to understand how the institution of the parental authority power acts in cases where gender violence occurs through the figures of deprivation and suspension, all through the study of the theoretical framework that surrounds the parental authority power and through an analysis of judgments and court orders with the aim of identifying the jurisprudential line of the different courts.

² Data extracted from the Secretary of State for Equality and Against Gender Violence. Government delegation against gender violence. Government of Spain. In order to see the complete data consult Annex.

ÍNDIX

Resum / Abstract	2
Abreviatures	5
1. La pàtria potestat	7
1.1 Concepte de pàtria potestat.....	7
1.2 Titularitat i exercici de la pàtria potestat.....	8
1.3 Efectes de la pàtria potestat.....	10
2. Suspensió de la pàtria potestat	11
3. Privació de la pàtria potestat	12
4. Extinció de la pàtria potestat	14
5. El/la menor en casos de violència de gènere	15
5.1 L'interès del/a menor.....	15
5.2 Dret del/a menor a ser escoltat/da.....	17
5.3 El/la menor com a víctima de violència de gènere.....	20
5.4 Règim de visites del progenitor privat o suspès de la pàtria potestat per motius de violència de gènere.....	22
5.5 El/la menor en situació de desemparament o orfe.....	26
5.6 La nova Llei Orgànica de protecció integral a la infància i l'adolescència davant la violència.....	27
6. Anàlisi jurisprudencial sobre la pàtria potestat en supòsits de violència de gènere	31
7. Conclusions	43
8. Bibliografia	46
9. Annex	49
9.1 Víctimes mortals per violència de gènere.....	49
9.2 Denúncies per violència de gènere.....	50
9.3 Menors víctimes mortals en casos de violència de gènere contra la seva mare.....	52
9.4 Menors orfes.....	53

ABREVIATURES

AAP: Auto Audiència Provincial (Interlocutòria)

Art.: Article

Arts.: Articles

ATS: Auto Tribunal Suprem (Interlocutòria)

CAD: Comissió d'Atenció a la Diversitat

CC: Codi Civil Espanyol³

CCAA: Comunitat Autònoma

CE: Constitució Espanyola⁴

CCC: Codi Civil de Catalunya⁵

CP: Codi Penal⁶

FJ: Fonament Jurídic

LEC: Llei Enjudiciament Civil⁷

³ Real Decret de 24 de juliol de 1889

⁴ Constitució Espanyola. Bolletí Oficial de l'Estat, de 29 de desembre de 1978

⁵ Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya

⁶ Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre

⁷ Llei 1/2000, de 7 de gener

LECrim: Llei Enjudiciament Criminal⁸

LO: Llei Orgànica

MF: Ministeri Fiscal

SAP: Sentència Audiència Provincial

Ss.: Següents

STS: Sentència Tribunal Suprem

⁸ Real Decret de 14 de setembre de 1882

1. LA PÀTRIA POTESTAT

1.1 Concepte de pàtria potestat

La pàtria potestat o potestat parental és una obligació constitucional recollida a l'article 39 CE i també es recull als articles 154 a 171 CC i als articles 236-1 a 236-36 CCC.

És el conjunt de les facultats i deures que han estat atribuïdes per l'ordenament jurídic als pares per haver engendrat o adoptat els seus fills/es no emancipats o majors d'edat incapacitats per al compliment de les funcions d'assistència, educació i cura, incloent l'adopció de decisions transcendents i assumpció de responsabilitats, amb independència de les circumstàncies per les quals pugui travessar la relació personal d'aquests progenitors entre si⁹.

El Tribunal Suprem en reiterades sentències ha definit la pàtria potestat com el "Conjunt de drets que la llei confereix als pares sobre les persones i sobre els béns dels seus fills/es no emancipats, constituint a la vegada un conjunt de deures que, com a inherents a aquesta pàtria potestat, han d'assumir i complir els pares respecte als fills/es", o, per contra, no fa referència a dret sinó que el considera una funció. Aquesta funció suposa el naixement d'un conjunt de deures que la llei imposa a qui l'exerceix, en benefici dels sotmesos a ella. És per això que s'ha de considerar la pàtria potestat com intransmissible, irrenunciable i imprescriptible¹⁰.

María del Carmen Gete-Alonso i Calera i Judith Solé Resina¹¹ distingeixen cinc característiques per entendre el concepte de pàtria potestat. En primer lloc la

⁹ Roda y Roda, D. (2014). El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído. Proyecto de investigación: p.59 i ss.

¹⁰ Sentència del Tribunal Suprem, Sala 1ª, de 25 de juny 630/1994 FJ 2 i Sentència del Tribunal Suprem, Sala 1ª, de 9 de juliol 720/2002 FJ 1.

¹¹ Gete-Alonso, M., & Solé, J. (2014). Filiación y potestad parental. Valencia: Tirant lo Blanch: p. 129 i ss.

potestat parental es defineix com a funció, és a dir el poder (drets i deures) que els pares tenen sobre el/la menor d'edat constitueix una obligació, un deure jurídic. El poder dels pares no és un dret subjectiu, estan obligats a assegurar, dins les seves possibilitats, les condicions de vida necessàries per al seu desenvolupament integral. En segon lloc, la potestat parental es regeix pel principi del benefici del/a menor que s'inclou en l'interès general de la família. Aquest concepte d'interès del/a menor serà tractat més endavant en aquest treball. En tercer lloc és una funció personalíssima. L'exercici és exclusiu i correspon únicament als que tinguin la titularitat de la potestat. En quart lloc el contingut de la pàtria potestat, ja que aquest abasta tots els àmbits en els que el/la menor o incapacitat ha de ser protegit, des de l'àmbit personal com el patrimonial i la representació del/a menor. En darrer lloc, el control judicial, ja que el jutge/ssa d'ofici i en qualsevol procediment pot adoptar totes les mesures que consideri oportunes per protegir el/la menor i fins i tot arribar a nomenar un defensor judicial tal com recull l'article 236-3 CCC.

1.2 Titularitat i exercici de la pàtria potestat

Com ha declarat el Tribunal Suprem¹² la pàtria potestat actua com a dret inherent a la paternitat i maternitat i té indubtable funció tutelar, al estar configurat com a institució en funció dels fills/es.

Tal com es defineix en el propi CC a l'article 156 i es pot desprendre la mateixa filosofia a l'article 236-8 CCC, la pàtria potestat s'ha d'exercir conjuntament per ambdós progenitors o per un de sol amb el consentiment exprés o tàcit de l'altre. Seran vàlids els actes que realitzi un d'ells d'acord amb l'ús social i les circumstàncies o en situacions d'urgent necessitat¹³.

¹² Sentència del Tribunal Suprem, Sala 1ª, de 27 de novembre 1127/2003 FJ 5.

¹³ D'aquesta manera, un progenitor podrà adoptar decisions sobre la vida ordinària del/a menor (com, per exemple, què menja cada dia, com es vesteix, què fa en el seu temps d'oci, etc.), però necessitarà el consentiment de l'altre per prendre decisions de caràcter extraordinari o que tenen especial importància en la vida d'aquell (com el canvi de centre escolar o model educatiu o canvi de domicili). Igualment, un progenitor pot prendre decisions en situacions d'urgent necessitat del/a menor, com ara intervencions mèdiques o quirúrgiques urgents.

Dictada una sentència condemnatòria i mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal o iniciat un procediment penal contra un dels progenitors per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual dels fills/es comuns menors d'edat, o per atemptar contra l'altre progenitor, és suficient el consentiment d'aquest per a l'atenció i assistència psicològica dels fills/es menors d'edat, i el primer ser informat prèviament. Si l'assistència hagués de prestar-se als fills/es majors de setze anys es precisarà en tot cas el consentiment exprés d'aquests.

En cas de desacord, qualsevol dels dos pot acudir al jutge/ssa, qui, després de sentir a tots dos i al fill/a si tingués suficient maduresa i, en tot cas, si té més de dotze anys, atribuirà la facultat de decidir al pare o la mare. Si els desacords fossin reiterats o concorregués qualsevol altra causa que dificulti greument l'exercici de la pàtria potestat, podrà atribuir totalment o parcialment a un dels pares o distribuir entre ells les funcions. Aquesta mesura tindrà vigència durant el termini que es fixi, que no podrà mai excedir de dos anys.

En defecte o per absència, incapacitat o impossibilitat d'un dels pares, la pàtria potestat l'exerceix exclusivament l'altre progenitor.

Després de l'anàlisi d'aquests articles es desprèn que la regla general és que els progenitors exerceixin la potestat sobre els fills/es de manera conjunta, però cal destacar que es pot produir la distinció entre la titularitat i l'exercici de la pàtria potestat en situacions concretes, és a dir, s'entén que la titularitat i l'exercici només van a l'uníson quan els progenitors viuen junts¹⁴. La doctrina distingeix entre la titularitat i l'exercici considerant que la titularitat és conjunta però l'exercici no té perquè ser-ho¹⁵. La titularitat pot ser definida com la tinença legítima d'un dret i correspon als progenitors per la filiació, en canvi, l'exercici de la pàtria potestat ve

¹⁴ Martín, I. Z. (2007). Las últimas reforma legales en materia de relaciones paterno-filiales. In La reforma del matrimonio: (Leyes 13 y 15/2005). Marcial Pons: p. 266 i ss.

¹⁵ Nevado Montero, J. J. (2020). El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores (Resumen).

determinat per la realització material per part dels progenitors de les funcions inherents a la pàtria potestat recollides al CC tant a l'espanyol com al català¹⁶.

És convenient afegir que en el cas de Catalunya, els progenitors en cas de separació, divorci o nul·litat matrimonial, per tal de determinar com exerciran les seves responsabilitats parentals, han de presentar l'anomenat "pla de parentalitat", que és un document on s'indiquen les principals qüestions referents a les responsabilitats parentals que poden afectar als fills/es en comú i s'ha d'incorporar al conveni regulador ja sigui un procediment de mutu acord o contenciós. El contingut es troba recollit a l'article 233-9 CCC.

1.3 Efectes de la pàtria potestat

Els efectes que produeix la pàtria potestat sobre els fills/es es poden distingir en dues categories: de contingut personal i de contingut patrimonial. Aquestes dues categories es troben recollides a l'article 154 CC i l'article 236-17 CCC.

Respecte el contingut de caràcter personal, es tracta en primer lloc de vetllar dels fills/es, el que significa tenir cura d'ells i procurar el seu benestar per tal d'assegurar el desenvolupament lliure i integral en sentit ampli. En segon lloc, tenir als fills/es en la seva companyia i això implica viure al mateix domicili. En tercer lloc, alimentar als fills/es, que es tradueix en assumir les despeses per aconseguir el desenvolupament complet del/a menor, cobrir les seves necessitats. Per últim educar i proporcionar una formació integral, ja sigui donant una educació de manera personal i també a través dels centres educatius¹⁷.

Respecte el contingut patrimonial, recollit a l'article 154.2 CC i 236-21.1 CCC, els fills/es són titulars dels béns que integren el seu patrimoni i els hi pertanyen tant els

¹⁶ Roda y Roda, D. (2014). El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído. Proyecto de investigación: p. 70 i ss.

¹⁷ Ruiz-Rico-Ruiz, J. M., & Martín Fuster, J. M. (2020). Esquemas de Derecho de Familia. Bloque 2: Efectos comunes nulidad, separación, divorcio. Edición 2020. Derecho Civil III.

béns com els rendiments que produeixen aquests, incloent els ingressos que obtinguin de l'activitat que desenvolupin, és a dir, un salari. Per tant aquesta facultat que s'atorga als progenitors de caràcter patrimonial afecta a l'administració dels béns dels fills/es i tenen el deure d'administrar-los amb diligència, complint amb les obligacions generals dels administradors segons l'article 164 CC.

2. SUSPENSÍO DE LA PÀTRIA POTESTAT

La suspensió és l'exclusió temporal d'un dels progenitors o de tots dos de l'exercici de tot o part del contingut que afecta l'exercici de la potestat i cessada la causa que l'origina el progenitor recupera la potestat; no obstant això, en determinats supòsits pot arribar a ser l'avantsala d'una privació de la potestat¹⁸.

Tot i que en alguns casos la suspensió té un cert matís sancionador, és a dir, obeeix a determinada conducta reprovable del progenitor o progenitors, no sempre és així. Aquesta característica explica la seva provisionalitat en certes circumstàncies. Poden distingir-se diverses situacions que comporten la suspensió.

1. Casos en que temporalment la potestat o determinades funcions d'aquesta s'exerceix per un sol dels progenitors en exclusiva. Això pot succeir com a conseqüència dels pactes entre els titulars de la potestat i en els supòsits d'impossibilitat, absència o incapacitat d'un dels progenitors. Així mateix passa quan hi ha desacords entre els progenitors ja ocasionals i reiterats i aquells en que la sentència de separació, divorci o nul·litat així ho prevegi.

2. Quan, davant la situació de desemparament del/a menor, l'entitat pública que té funcions de protecció assumeix funcions tutelars sobre el mateix. Aquesta suspensió no afecta l'obligació dels progenitors d'assistència ni a l'obligació de prestar-los aliments en sentit ampli.

¹⁸ De Kort Trujillo, B. (2020). Violencia de género, especial referencia a las medidas de protección previstas en la legislación española.

3. Pel que fa a les relacions personals entre els fills/es i els progenitors i els altres parents i persones properes, l'autoritat judicial pot denegar o suspendre i variar les modalitats d'exercici, si aquells incompleixen els seus deures i la relació pot perjudicar l'interès del/a menor o si concorre una causa justa. Hi ha causa justa en els supòsits en que els fills/es pateixin abusos sexuals, maltractaments físics o psíquics o siguin víctimes directes o indirectes de violència familiar o masclista (article 236-5.1 CCC)¹⁹.

3. PRIVACIÓ DE LA PÀTRIA POTESTAT

La privació de la potestat és l'exclusió dels progenitors de la seva titularitat i exercici per la concurrència d'una de les causes previstes a la llei. La privació té una doble naturalesa ja que de vegades es configura amb caràcter sancionador, com a reacció davant la gravetat de fet que la provoca, però així mateix es disposa com una mesura de salvaguarda de l'interès i protecció del/a menor davant la situació en que es troba²⁰.

Junt amb les causes de privació que tenen la seva raó en la conducta culposa dels progenitors, concorre la situació de desemparament del/a menor que no necessàriament deriva d'una conducta negligent dels pares, malgrat que sigui evident que no es compleix amb les responsabilitats parentals (de vegades la falta de compliment és inevitable, com en casos de malaltia greu o no tenir mitjans o recursos suficients)²¹.

El caràcter més permanent de la privació exigeix, sempre, un procediment i una resolució judicial que l'estableixi. La privació només pot declarar-se (article 170 CC i 236-6 CCC): a) En sentència ferma, en procés civil ordinari que s'insti amb

¹⁹ Gete-Alonso, M., & Solé, J. (2014). Filiación y potestad parental. Valencia: Tirant lo Blanch: p. 148 i ss.

²⁰ Ramos Reverón, L. M. (2020). La patria potestad. Evolución histórica jurídica comparada.

²¹ Gete-Alonso, M., & Solé, J. (2014). Filiación y potestad parental. Valencia: Tirant lo Blanch: p. 151 i ss.

aquesta finalitat. En aquest cas el procés ha de fundar-se en l'incompliment greu o reiterat dels deures derivats de la potestat, b) En una sentència penal quan el delictes porti aparellat la imposició d'aquesta pena, c) En una sentència d'un procés matrimonial, són els procediments de nul·litat, separació i divorci.

La privació no eximeix del deure d'assistir als fills/es menors ni l'obligació de prestar aliments. La privació només acaba quan cessada la causa que va originar la privació, el jutge/ssa declara la seva recuperació²², per al que ha de tenir en compte el benefici i interès del/a menor o menors.

Entre les modalitats de privació de la pàtria potestat, com bé diu l'article 170, trobem dos, la privació total i la parcial. La privació total de la pàtria potestat consisteix en una pèrdua completa per part del progenitor sotmès a la privació, de les capacitats que comporta la titularitat de la pàtria potestat. D'altra banda la privació parcial únicament limita determinades capacitats o facultats pròpies a la pàtria potestat, per exemple es podria donar en les situacions en les que el tribunal considera convenient per a la seguretat del/a menor que es limiti o s'elimini el dret de visites del pare sobre el/la menor. És una figura que s'aproxima pels seus efectes a la suspensió de la pàtria potestat.

Cal destacar que la institució de la pàtria potestat ve concedida legalment en benefici dels fills/es i requereix per part dels pares el compliment dels deures previstos a l'article 154 del CC, però en atenció al sentit i significació de la mateixa, "la seva privació, sigui temporal, parcial o total, requereix, de manera ineludible, la inobservança d'aquells deures de manera constant, greu i perillós per al beneficiari i destinatari de la pàtria potestat, el fill/a..."²³. És a dir, no es produirà la privació de la pàtria potestat si no hi ha incompliments greus o reiterats de la pàtria potestat, hi

²² Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, de 5 de març 183/1998 "Això no impedeix que en el futur, i en benefici de la filla, si el recurrent compleix el declarat i promès, els tribunals puguin acordar la recuperació de la pàtria potestat, quan hagin cessat les causes que van motivar la privació"

²³ Sentència Tribunal Suprem. Sala Primera, de 18 de octubre 1563/1990

ha incompliments però aquests no estan acreditats o perquè no és beneficiós per al/la menor l'adopció d'aquesta mesura.

4. EXTINCIÓ DE LA PÀTRIA POTESTAT

La pèrdua de la pàtria potestat es pot conceptualitzar com un supòsit d'extinció relativa de la mateixa ja que la pèrdua comporta que la pàtria potestat cessa només respecte d'un progenitor o dels dos, però no respecte del fill/a, que continuarà subjecte a aquesta situació de protecció, ja sigui per part d'un progenitor o per part de tercers²⁴.

Segons l'article 169 CC i 236-32 CCC, la potestat s'extingeix per: a) La mort o la declaració de mort d'ambdós progenitors o dels fills/es, b) L'adopció dels fills/es, llevat que ho siguin del cònjuge o de la persona amb qui l'adoptant conviu en parella estable, c) L'emancipació o la majoria d'edat dels fills/es, d) La declaració d'absència dels progenitors o dels fills/es.

És important afegir que la potestat parental no s'extingeix per emancipació o majoria d'edat dels fills/es ja que la declaració judicial d'incapacitat dels fills/es menors no emancipats comporta la pròrroga de la potestat parental quan arriben a la majoria d'edat en els termes que estableixi la mateixa declaració segons l'article 236-33 CCC.

²⁴ Presas, I. G. (2014). La patria potestad. Editorial Dykinson, SL: p. 90 i ss.

5. EL/LA MENOR EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÈNERE

5.1 L'interès del/a menor

En el nostre ordenament, la Constitució de 1978 consagra als articles 39 n° 3 i 4 l'interès del/a menor com un principi constitucional i concepte clau en la protecció jurídic-social del/a menor. A més, en virtut de l'article 10.2 CE, els tractats internacionals relatius a la protecció dels/les menors d'edat i els seus drets fonamentals tenen un caràcter interpretatiu de la nostra legislació en la matèria²⁵.

La idea de "l'interès superior" és un dels conceptes més importants de la Convenció dels Drets de l'Infant, adoptada unànimement per l'Assemblea de Nacions Unides al 20 de novembre de 1989 i ratificada per Espanya el 6 de desembre de 1990. Es tracta d'un dels quatre principis fonamentals que s'han de tenir en compte de manera primordial en tots els assumptes que concerneixin als nens i nenes. En aquest sentit, disposa l'article 3, apartat 1 que: "En totes les mesures concernents als nens que prenguin les institucions públiques o privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius, una consideració primordial que s'atindrà serà l'interès superior de l'infant".

És la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del Menor, el marc regulador que garanteix als/les menors una protecció uniforme en tot el territori de l'Estat, i la que ha servit de referència a la legislació que les CCAA han anat aprovant d'acord amb la seva competència en matèria d'assistència social, serveis socials i protecció jurídica de menors.

Transcorreguts més de vint anys des de l'aprovació de la LO 1/1996, s'han produït importants canvis socials que incideixen en la situació dels/les menors i que demanen una millora dels seus instruments de protecció jurídica en nom del compliment efectiu de l'art. 39 CE, el que s'ha dut a terme a través de la reforma del sistema de protecció a la infància i l'adolescència. Reforma que està integrada per

²⁵ Sánchez, M. Á. A. (2012). Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud. Dykinson

dues normes, la Llei Orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció de la infància i adolescència i la Llei 26/2015, de 28 de juliol de modificació del sistema de protecció de la infància i adolescència²⁶.

L'interès del/a menor es configura com un concepte jurídic indeterminat que compleix dues funcions ambivalents en relació amb la pàtria potestat: a) una legitimadora de l'actuació dels titulars de la mateixa; b) limitadora del seu exercici, de manera que els actes realitzats pels pares que no siguin en interès del/a menor es consideren com un supòsit d'extralimitació en la facultat de representació legal dels fills/es que els atribueix l'article 162 CC. Per aquest desenvolupament de la pàtria potestat i del seu exercici hi ha una presumpció *iuris tantum* que els titulars actuen en interès del fill/a²⁷.

L'interès del/a menor, a més de la funció moralitzadora de la pàtria potestat, compleix amb el següent: a) Criteri de solució dels conflictes entre cònjuges, b) Un factor determinant en les decisions que es prenguin en relació amb el/la menor, c) La funció social que atorga la llei a la pàtria potestat tenen la seva causa en l'interès del/a menor²⁸.

Segons el Tribunal Suprem²⁹, que recull l'informe del MF, exposen els criteris o màximes de l'experiència que segons la doctrina científica s'han de tenir en compte per a la determinació en concret de l'interès del/a menor i són els següents:

a) Proveir, pel mitjà més idoni, a les necessitats materials bàsiques o vitals del/a menor i a les de tipus espiritual adequades a la seva edat i situació.

²⁶ Sillero-Crovetto, B. (2016). Interés superior del niño y responsabilidades parentales compartidas.

²⁷ Sánchez, M. Á. A. (2012). Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud. Dykinson

²⁸ Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1984). El principio de protección integral de los hijos. In Tout pour l'enfant", en "La tutela de los derechos del menor", 1º Congreso Nacional de Derecho civil, dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, JM, Córdoba, año.

²⁹ Sentència Tribunal Suprem. Sala Primera, 31 de juliol 565/2009

- b) S'haurà d'atendre als desitjos, sentiments i opinions del/a menor sempre que siguin compatibles amb l'anterior i interpretats d'acord amb la seva maduresa

- c) Manteniment, si és possible, de l'estatus quo material i espiritual del/a menor i incidència que tota alternança del mateix pugui tenir en la seva personalitat i per al seu futur (...). S'han de ponderar els avantatges, si n'hi ha, de la continuïtat de la situació anterior, sense modificar aquell entorn i estatus quo.

- d) Consideració particular mereixeran l'edat, salut, sexe, personalitat, afectivitat, creences religioses i formació espiritual i cultural, ambient i el condicionament de tot això en el benestar del/a menor i impacte en la decisió que s'hagi d'adoptar

- e) Hauran de valorar-se els riscos que la situació actual i la subsegüent decisió que en interès del/a menor puguin implicar a aquest, riscos per a la salut física o psíquica

- f) Igualment, les perspectives personals, intel·lectuals i professionals de futur del/a menor

5.2 Dret del/a menor a ser escoltat

L'article 12 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant estipula el següent:

1. "Els Estats part han de garantir a l'infant que estigui en condicions de formar-se un judici propi el dret d'expressar la seva opinió en tots els afers que afecten el nen. Es tindrà en compte les opinions de l'infant, en funció de l'edat i maduresa de l'infant.

2. Amb aquesta finalitat, es donarà en particular a l'infant oportunitat de ser escoltat en qualsevol procediment judicial o administratiu que afecti el nen, ja sigui directament o per mitjà d'un representant o d'una institució adequada, d'acord amb les normes de procediment de la llei nacional".

Aquest article el podem remetre a l'Observació General N° 12 de 2009, del Comitè dels Drets de l'Infant, en el qual regula com ha de ser aquest dret aplicat a la

regulació normativa dels estats. Aquest dret és opcional per al nen o nena, no és una obligació. Si ell o ella es vol abstenir d'emetre la seva opinió, ningú pot obligar-lo a expressar-la. És fonamental que el nen o nena tingui tot l'assessorament i informació necessària per prendre aquesta decisió, d'opinar o no. Un altre punt important, pel que fa a la interpretació d'aquest article és que els estats parts "garanteixen" el dret de l'infant a expressar la seva opinió. Tal com assenyala el comitè, "els Estats parts tenen l'obligació estricta d'adoptar les mesures que convinguin per tal de fer respectar plenament aquest dret per a tots els nens". També aquest dret es troba regulat en l'article 24 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea.

Segons la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del/a menor, de modificació parcial del CC i de la LEC, el/la menor té dret a ser escoltat sense cap discriminació per edat, discapacitat o qualsevol altra circumstància, tant en l'àmbit familiar com en qualsevol procediment administratiu, judicial o de mediació en que estigui afectat i que condueixi a una decisió que incideixi en la seva esfera personal, familiar o social. Es tindrà en compte les seves opinions, en funció de seva edat i maduresa. Per això, el/la menor ha de rebre la informació que li permeti l'exercici d'aquest dret en un llenguatge comprensible, en formats accessibles i adaptats a les seves circumstàncies, amb ple respecte a totes les garanties del procediment.

Cal garantir que el/la menor, quan tingui prou maduresa, pugui exercir aquest dret per si mateix o mitjançant la persona que designi perquè el representi. La maduresa haurà de valorar-se per personal especialitzat, tenint en compte tant el desenvolupament evolutiu del/a menor com la seva capacitat per comprendre i avaluar l'assumpte concret a tractar en cada cas. Es considera, en tot cas, que té prou maduresa quan tingui 12 anys complerts. Per garantir que el/la menor pugui exercir aquest dret per si mateix serà assistit, si s'escau, per intèrprets.

No obstant això, quan no sigui possible o no convingui a l'interès del/a menor es podrà conèixer l'opinió el/la menor per mitjà dels seus representants legals, sempre que no tinguin interessos contraposats als seus, o a través d'altres persones que, per

la seva professió o relació d'especial confiança amb ell, puguin transmetre-la objectivament.

A més, sempre que en via administrativa o judicial es denegui la compareixença o audiència dels/les menors directament o per mitjà de persona que el representi, la resolució ha de ser motivada en l'interès superior de l'infant i comunicada el Ministeri Fiscal, al/la menor i, si cas, al seu representant, indicant explícitament els recursos existents contra aquesta decisió. En les resolucions sobre el fons haurà de fer constar, si s'escau, el resultat de l'audiència al/la menor, així com la seva valoració.

És a dir, en principi el/la menor ha de ser escoltat sempre, encara que sigui petit, excepte quan això no sigui possible o no convingui al seu interès. Encara que les seves opinions hauran de ser tingudes en consideració i sent una obligació per part dels Jutges i Jutgesses, no ho és pel menor ja que es tracta d'un dret, tractant sempre d'evitar qualsevol tipus de dany emocional. Quan el/la menor no tingui suficient maduresa o no pugui transmetre directament la seva opinió, o no convingui pel seu interès, llavors es podrà conèixer la seva opinió a través dels seus representants legals, sempre que no tinguin interessos contraposats, o a través de persones que per la seva professió o relació especial de confiança amb el/la menor puguin transmetre-la de forma objectiva³⁰.

³⁰ Núñez Zorrilla, C. (2015). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: p. 132 i ss.

5.3 El/la menor com a víctima de violència de gènere³¹

Els/les menors que conviuen amb les dones víctimes de violència de gènere es converteixen també en víctimes d'aquesta situació al créixer en un entorn familiar dominat per la violència. El Preàmbul de la Llei Orgànica 8/2015 de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència afirma que "qualsevol forma de violència exercida sobre un/a menor és injustificable". Entre elles, com indica aquest preàmbul, és especialment atroz la violència que pateixen els que viuen i creixen en un entorn familiar on està present la violència de gènere. Aquesta violència afecta els/les menors de moltes formes; condicionant el seu benestar i el seu desenvolupament, causant-los seriosos problemes de salut i convertint-los en instrument per exercir domini i violència sobre la dona. A més, l'exposició dels/les menors a aquesta forma de violència a la llar afavoreix la transmissió intergeneracional d'aquestes conductes violentes.

Per tot l'indicat, el legislador en la Llei contra la violència de gènere reconeix als/les menors com a víctimes directes de la violència de gènere, incorporant expressament a l'art. 1 de la Llei, "amb l'objecte de donar visibilitat aquesta forma de violència que es pot exercir sobre ells". I a més, modifica la redacció dels arts. 61, 65 i 66 de la Llei contra la violència de gènere, "per aconseguir més claredat i posar l'accent" en l'obligació que tenen els jutges/esses del penal de pronunciar-se sobre les mesures cautelars de naturalesa civil que afecten els/les menors que depenen de la dona sobre la qual s'exerceix violència³².

³¹ Segons la Llei Orgànica 1/2004, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, la violència de gènere es tracta d'una violència que es dirigeix sobre les dones pel fet mateix de ser-ho, per ser considerades, pels seus agressors, mancadés dels drets mínims de llibertat, respecte i capacitat de decisió. La violència de gènere comprèn tot acte de violència física i psicològica, incloses les agressions a la llibertat sexual, les amenaces, les coaccions o la privació arbitrària de llibertat.

³² de Espinosa Ceballos, E. B. M. (2018). Menores y violencia de género. InDret.

Sepúlveda García de la Torre³³ fa un anàlisi de la violència de gènere com a causa del maltractament infantil i comença amb l'anàlisi d'una corrent de pensament sobre la violència de gènere que diu que el maltractament a les dones no suposa un risc per als seus fills/es; aquesta idea però xoca amb la realitat, posada de manifest, tant per la freqüència amb que els comportaments violents dels pares maltractadors afecten els nens i nenes de forma directa, com pels efectes negatius que sobre el desenvolupament infantil i adolescent té l'exposició a situacions de violència indirecta.

Hi ha una sèrie de conseqüències comunes tant de l'exposició directa com la indirecta a la violència, tant que bàsicament són les mateixes, si bé el que varia és l'origen d'aquestes, i per tant, la intervenció i el tractament que s'ha de portar a terme perquè els membres més vulnerables de la família puguin arribar a superar l'efecte que tenen sobre el desenvolupament dels/les menors, viure en un entorn familiar nociu.

En la teoria del Cercle Interactiu de la Violència Familiar³⁴, la dona víctima, com a conseqüència del maltractament per part de la seva parella, pateix una alta taxa d'estrès, el que pot originar, d'una banda un procés vincular amb el seu fill/a on al seu torn predomina l'estrès, i a més patir símptomes psicològics i físics derivats d'aquesta situació, i que pot portar a una reducció en les seves habilitats de maneig eficaç dels fills/es. Una segona conseqüència del maltractament en la dona és que els fills/es pateixen també una situació d'estrès, fonamentalment referit a la resposta al procés vincular, i a l'establiment i desenvolupament de les conductes d'afecció, incrementant-se en els/les menors els símptomes emocionals i de comportament.

³³ Sepúlveda García de la Torre, A. (2006). La violencia de género como causa de maltrato infantil. Cuadernos de medicina forense, (43-44), 149-164

³⁴ Pedreira Massa va descriure el "Cercle Interactiu de la Violència Familiar", basant-se entre altres, en els treballs de Wolfe i de Paul Breitner, qui exposava que l'inici de la violència familiar esdevé amb la violència de gènere, que després sol generalitzar-se al conjunt dels integrants de la família. Pedreira Massa, J. L. (2004). La infancia en la familia con violencia: Factores de riesgo y contenidos psico (pato) lógicos.

Les situacions de violència familiar de les que els/les menors són testimoni, poden donar lloc a situacions traumàtiques cròniques³⁵, a situacions traumàtiques cròniques amb fases d'exacerbació i escàs control, i fins i tot a situacions de presentació aguda i incontrolable amb tan greus conseqüències per a la salut mental que desencadenen un quadre de Trastorn d'Estrès Posttraumàtic³⁶.

Així doncs, als fills/es de les dones víctimes de la violència de gènere els considerem també víctimes, les víctimes invisibles i, per això, necessiten la conscienciació, l'atenció, el suport i protecció tant de les seves mares i pares com de tots els professionals immersos o no en el context social-psicològic-sanitari-jurídic.

5.4 Règim de visites del progenitor privat o suspès de la pàtria potestat per motius de violència de gènere

L'art. 94 CC assenyala que «el progenitor amb el que no estiguin els fills/es menors o incapacitats gaudirà del dret de visitar-los, comunicar amb ells i tenir-los en la seva companyia. El jutge/ssa determinarà el temps, mode i lloc de l'exercici d'aquest dret, que podrà limitar o suspendre si es donen circumstàncies greus que així ho aconsellen o si hi ha incompliment greu i reiterat en els deures imposats per resolució judicial ».

Seguint l'interès superior del/a menor, es pot partir de que la situació idíl·lica és aquella en la qual el/la menor es relacioni freqüent i intensament amb els dos progenitors, establint un vincle d'afecció amb tots dos, però aquesta circumstància no sempre és factible.

Segons l'article 160 CC, els fills/es menors tenen dret a relacionar-se amb els seus progenitors encara que aquests no exerceixin la pàtria potestat, llevat que es disposi

³⁵ Martínez Pérez, A. M. (2015). Perfil externalizante e internalizante y estrés postraumático en menores expuestos a violencia de género: características y comorbilidad. Proyecto de investigación:.

³⁶ Castro Sáez, M. (2011). Trastorno por Estrés Posttraumático en menores que han sufrido maltrato familiar: directo y exposición a violencia de género. Proyecto de investigación:.

una altra cosa per resolució judicial o per l'entitat pública en els casos que estableix l'article 161. En cas de privació de llibertat dels progenitors, i sempre que l'interès superior del/a menor recomani visites a aquells, l'Administració ha de facilitar el trasllat acompanyat del/a menor al centre penitenciari, ja sigui per un familiar designat per l'administració competent o per un professional que vetllaran per la preparació del/a menor a aquesta visita. Així mateix, la visita a un centre penitenciari s'haurà de realitzar fora d'horari escolar i en un entorn adequat per al/la menor.

No podran impedir sense justa causa les relacions personals del/a menor amb els seus germans, avis i altres parents i persones properes. En cas d'oposició, el jutge/ssa, a petició del/a menor, germans, avis, parents o persones properes, ha de resoldre ateses les circumstàncies. Especialment ha d'assegurar que les mesures que es puguin fixar per afavorir les relacions entre germans, i entre avis i néts, no facultin la infracció de les resolucions judicials que restringeixin o suspenguin les relacions dels/les menors amb algun dels seus progenitors.

En tot cas, segons l'article 161 CC, l'entitat pública a la qual, en el respectiu territori, estigui encomanada la protecció de menors regularà les visites i comunicacions que corresponguin als progenitors, avis, germans i altres parents i persones properes pel que fa als/les menors en situació de desemparament, i pot acordar motivadament, en interès del/a menor, la suspensió temporal de les mateixes prèvia audiència dels afectats i del/a menor si té prou maduresa i, en tot cas, si té més de dotze anys, amb immediata notificació al Ministeri Fiscal. A aquest efecte, el director del centre d'acolliment residencial o la família acollidora o altres agents o professionals implicats informaran a l'Entitat Pública de qualsevol indicatiu dels efectes nocius d'aquestes visites sobre el/la menor. El/la menor, els afectats i el MF poden oposar-se a les resolucions administratives d'acord amb la LEC.

Elena B. Marín de Espinosa Ceballos³⁷ fa una anàlisi sobre la reforma de la Llei Orgànica 1/2004 de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la Violència de Gènere, que ha incorporat una clàusula oberta que facilita al jutge/ssa

³⁷ de Espinosa Ceballos, E. B. M. (2018). Menores y violencia de género. InDret.

l'aplicació de tot tipus de mesures que puguin proporcionar major empara i seguretat al/la menor. Aquesta clàusula es situa en l'últim paràgraf dels arts. 65 i 66. En concret, suposa afegir que el jutge/ssa "adoptarà les mesures necessàries per garantir la seguretat, integritat i recuperació dels/les menors i de la dona"; al temps que s'insta a aquell a que realitzi "un seguiment periòdic de la seva evolució".

Els articles reformats es troben en el capítol IV de la Llei integral contra la violència de gènere, relatiu a les mesures judicials de protecció i de seguretat de les víctimes. L'art. 61, estableix que els jutges/sses que coneixen de la violència de gènere tenen l'obligació de pronunciar-se sobre les mesures cautelars que siguin necessàries per protegir els/les menors que conviuen amb la víctima de violència de gènere.

L'art. 66 regula la mesura de suspensió del règim de visites, estada, relació o comunicació. Sens dubte, la més important aportació que efectua la reforma consisteix en l'exigència feta al jutge/ssa perquè es pronunciï inexcusablement sobre la relació que ha de mantenir el/la menor amb l'agressor de la dona, ja sigui perquè apliqui algunes de les mesures previstes expressament en aquests preceptes o ja sigui pel contrari, és a dir, que determini que les mateixes no són d'apreciació. En aquest últim supòsit, es requereix, així mateix, al jutge/ssa per tal que es pronunciï sobre la forma en que s'ha d'exercir la pàtria potestat o el règim d'estada, relació o comunicació amb el/la menor. I s'atorga al jutge/ssa la facultat d'aplicar "qualsevol altra disposició que es consideri oportuna a fi d'apartar el/la menor d'un perill o d'evitar perjudicis". A l'art. 544 quinquies LECrim, també es contempla expressament quan resulti proporcional a la finalitat de protecció de la víctima menor d'edat o que tingui la capacitat judicialment modificada.

A més, ha de reparar-se en que l'art. 158 CC també estableix la possibilitat d'imposar mesures cautelars en un procés civil o penal per "apartar el/la menor d'un perill o d'evitar perjudicis en el seu entorn familiar o davant de terceres persones". Així ho reitera la Llei contra la violència de gènere, la qual assenyala que les seves mesures "seran compatibles amb qualsevol de les mesures cautelars i d'assegurament que es poden adoptar en els processos civils i penals" (art. 61.2).

Les mesures cautelars de la Llei contra la violència de gènere que es pretenen específiques per protegir els/les menors "s'han d'adoptar per interlocutòria motivada en què s'aprecii la seva proporcionalitat i necessitat i, en tot cas, amb la intervenció del MF i respecte dels principis de contradicció, audiència i defensa" (art. 68).

La protecció dels/les menors que conviuen amb les víctimes de la violència de gènere no pot realitzar-se únicament en la fase de tramitació del procediment mitjançant l'aplicació de mesures cautelars. Posteriorment, si es condemna a l'agressor de la dona i persisteix el risc cap el/la menor cal que el jutge/ssa també, en aquesta altra fase, aquest dotat de suficients eines per continuar limitant la relació del/a menor amb l'agressor de la dona. El CP regula penes privatives de drets que tenen aquesta finalitat.

El CP ofereix la possibilitat d'aplicar, amb caràcter general, penes privatives de drets amb la finalitat de limitar la relació de la víctima amb l'agressor, determinant, per exemple, la prohibició d'aproximar-se, la prohibició de comunicar-se o, fins i tot, quan es tracta de víctimes menors d'edat, s'han previst les penes més greus de privació de la pàtria potestat i d'inhabilitació especial per a l'exercici dels drets de pàtria potestat, tutela, guarda o curatela.

En definitiva, el CP preveu expressament l'aplicació de la pena de privació de la pàtria potestat i la d'inhabilitació de la pàtria potestat en els delictes que el legislador considera actes de violència de gènere. A més, en aquells altres delictes que no preveuen expressament aquestes penes, però que també es cometen en aquest context d'aquest tipus de violència (lesions greus, coaccions greus, etc.) seria possible l'aplicació d'aquestes mesures per limitar la relació del/a menor amb l'agressor, si bé com a pena accessòria, sempre que tinguin relació amb el delicte comès. Per establir aquesta relació, sobretot, ha de prevaler el bé superior del/a menor.

Un estudi realitzat per Paula Reis Cano³⁸, analitzant la jurisprudència de jutjats de violència de gènere extreu la següent conclusió: "En relació a les postures jurisprudencials al voltant de l'exercici de la pàtria potestat en contextos de violència de gènere, de l'anàlisi i les sentències del Tribunal Suprem i audiències provincials provinents de recursos interposats davant Jutjats de violència, hem observat que s'atribueix l'exercici exclusiu de la pàtria potestat a la mare en reduïdes ocasions, atorgant-se en aquelles situacions en que el pare es troba privat de llibertat per delictes de violència de gènere, en supòsits en els quals la prohibició d'aproximació i comunicació s'estenia als fills/es o en aquells altres en què el progenitor patern havia estat figura absent en la vida dels fills/es des de la separació. De manera anecdòtica, s'atorga l'exercici exclusiu a la mare per la situació de violència de gènere esdevinguda". Més endavant en aquest mateix treball es realitzarà un estudi propi que fa a la jurisprudència en l'àmbit de la pàtria potestat en casos de violència de gènere.

5.5 El/la menor en situació de desemparament o orfe

Per als/les menors, la mort de la mare suposa a més, la mort de la família mateixa. El context de l'assassinat per part de pare, fa que sigui impossible que el sistema familiar pugui adaptar-se a un canvi, sinó que més aviat el sistema familiar desapareix.

És a partir de 2013 quan s'incorporen a les dades estadístiques oficials, el nombre tant de menors víctimes mortals de violència de gènere, com de menors orfes per aquesta violència. Segons les dades obtingudes per la Delegació de Govern contra la Violència de Gènere, 307 menors han quedat orfes des del 1 de gener de 2013 fins l'actualitat.

³⁸ Olabarrieta, M. B. (2019). La privación de la patria potestad como medida penal y civil. Revista jurídica de Castilla y León, (47), 59-99.

Segons l'estudi realitzat per Corbalán i Patró³⁹ sobre una mostra de dones maltractades residents en centres d'acollida, van concloure que en un 85% dels casos, les o els menors van ser testimonis de la violència exercida sobre les seves mares. En un 66,6% dels casos també van patir maltractaments de forma directa.

L'exposició a la violència de gènere origina efectes negatius en la infància, independentment de l'edat dels nens i nenes que la pateixen, que van des de problemes físics (retard en el creixement, alteracions en el son i alimentació, retard en habilitats motores...), alteracions emocionals (ansietat, ira, depressió, baixa autoestima, trastorn d'estrès posttraumàtic...), alteracions cognitives (retard en el llenguatge, afectació en el rendiment escolar...), alteracions de conducta (dèficits en habilitats socials, agressivitat, dèficit de atenció-hiperactivitat, episodis delictius, hàbits tòxic dependents, dèficits en el desenvolupament de l'empatia). Tots aquests efectes es produeixen amb més intensitat en aquells menors que també han patit la violència de forma directa⁴⁰.

5.6 La nova Llei Orgànica de protecció integral a la infància i l'adolescència davant la violència.

El passat 14 d'abril de 2021 es va aprovar el Projecte de Llei Orgànica de protecció integral a la infància i l'adolescència davant la violència.

Segons el propi dictamen de la Comissió que precedeix el projecte de LO, aquesta Llei Orgànica es relaciona amb els compromisos i metes del Pacte d'Estat contra la violència de gènere, així com de l'Agenda 2030 en diversos àmbits, i de forma molt específica amb la meta 16.2: «Posar fi al maltractament, l'explotació, la tracta i totes les formes de violència i tortura contra els nens» dins l'Objectiu 16 de promoure

³⁹ Hernández, R. P., & Gras, R. M. L. (2005). Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas. *Anales de Psicología/Annals of Psychology*, 21 (1), 11-17.

⁴⁰ Informe presentat a l'Assemblea General de Nacions Unides l'11 d'octubre de 2006 per l'Estudi del Secretari General de Nacions Unides. UNICEF i The body shop International (2006). *Behind Closed Doors*.

societats, justes, pacífiques i inclusives. Els principals referents normatius de protecció infantil circumscrits a l'àmbit de Nacions Unides són els tres protocols facultatius de l'esmentada Convenció i les Observacions Generals del Comitè dels Drets de l'Infant, que s'encarreguen de connectar aquest marc de Dret Internacional amb realitats educatives, sanitàries, jurídiques i socials que pertocuen a nens, nenes i adolescents. En el cas d'aquesta llei orgànica, són especialment rellevants l'Observació General número 12, de 2009, sobre el dret a ser escoltat, l'Observació General número 13, de 2011, sobre el dret dels infants a no ser objecte de cap forma de violència i l'Observació General número 14, de 2014, sobre que l'interès superior dels infants sigui considerat primordialment.

Els aspectes destacables i innovadors de la llei projectada poden resumir en deu punts segons Carlos Villagrasa⁴¹:

1. Rellevància penal. Es modifica l'inici del termini de prescripció dels delictes d'abusos sexuals a menors. Ara aquest termini comença a comptar des que la víctima compleixi l'edat de 35. Abans començava a la seva majoria d'edat, de manera que el termini prescriptiu (entre 5 anys per delictes lleus i 15 per als greus) impedia encausar quan la víctima s'atrevia a denunciar-ho. Així, en comptes de prescriure a l'edat de 23 i 32 anys, serà a la de 40 i 50 anys.

2. Negació de l'anomenat síndrome d'alienació parental (SAP) per la seva falta de reconeixement científic i el seu ús sexista (article 25). Al no ser admès com a diagnòstic clínic, s'ha de descartar, sense detriment de la violència psicològica o manipulació que pugui preferir-se per qualsevol dels progenitors sobre els seus fills/es, especialment en situacions de crisi familiar. A més, es preveu la privació de la pàtria potestat als condemnats per homicidi o maltractament.

3. Revictimització. Es regula la prova preconstituïda de víctimes menors de 14 anys o amb discapacitat per evitar la reiteració de declaracions en processos judicials per

⁴¹ Villagrasa A, C. (2021). Las 10 novedades de la nueva ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *The Conversation*

delictes contra la llibertat i indemnitat sexuals pel seu perjudici traumàtic. Així, el seu enregistrament al Jutjat d'Instrucció serà suficient, sense necessitat de reiterar davant diverses autoritats ni en diferents fases del procés (disposició final primera 6).

4. Formació i especialització de les autoritats judicials i fiscals. A més, es preveu la creació d'unitats policials especialitzades i la designació d'un "coordinador/a de benestar i protecció" en els centres escolars i de menors tutelats per l'administració (article 33).

5. Obligació de denúncia per la ciutadania davant de qualsevol signe, indicatiu o presumpció de situacions de violència cap a la infància (article 14).

6. Categoria d'autoritat del personal de serveis socials facultat per decidir, fins i tot amb intervenció policial, la retirada d'un/a menor en situació de desemparament del seu entorn familiar, en cas d'urgència, i sense autorització judicial (article 39). Aquest tema s'ha discutit per la possible indefensió de les famílies enfront de l'administració.

7. Exclusió de beneficis penitenciaris. A més d'agreujar les penes, s'endureixen les condicions per obtenir beneficis penitenciaris com el règim de llibertat condicional, l'accés a al tercer grau de classificació penitenciària o l'obtenció de permisos de sortida, per a persones privades de llibertat per delictes contra la indemnitat i llibertat sexuals contra menors de 16 anys (disposició final sisena 2). El seu pretès objectiu dissuasiu o preventiu de la criminalitat ha estat qüestionat pel Grup d'Estudis de Política Criminal, integrat per 200 penalistes.

8. Definició actual de la violència -aquesta és polièdrica, en diverses facetes i mitjans, especialment per internet (xarxes socials), inclòs el bullying-, així com les seves conseqüències, no només físiques, sinó que també poden derivar en trastorns alimentaris (com anorèxia o bulímia) o falta d'autoestima (com autolesions o intents de suïcidi), sobretot en col·lectius vulnerables (disposició final sisena 14).

9. Registre central d'informació per als professionals que hi intervenen, amb garanties d'accés i de protecció de dades personals sensibles de les víctimes (article 54).

10. Accés a la justícia. Legitimació activa del/a menor per denunciar directament, sense presència d'adults, i efectiu dret a ser escoltat, derivat de la Convenció sobre els Drets de l'Infant. Això ha d'estar precedit de donar informació adequada al/la menor sobre la rellevància de la seva declaració en tot procés administratiu o judicial (disposició final segona 3).

Pel que fa a les situacions de violència de gènere en l'àmbit familiar, l'art. 27 bis diu que les administracions públiques hauran de prestar especial atenció a la protecció de l'interès superior dels nens, nenes i adolescents que conviuen en entorns familiars marcats per la violència de gènere, garantint la detecció d'aquests casos i la seva resposta específica, que garanteixi la plena protecció dels seus drets. Les actuacions de les administracions públiques han de produir-se de una manera integral, contemplant conjuntament la recuperació de la persona menor d'edat i de la mare, les dues víctimes de la violència de gènere.

També es modifica l'article 156 del CC per garantir l'atenció i assistència psicològica dels fills i filles menors d'edat, encara que no s'hagi interposat denúncia prèvia, quan la dona estigui rebent assistència en un servei especialitzat de violència de gènere, sempre que hi hagi informe emès per l'esmentat servei que acrediti aquesta situació⁴².

⁴² Segons el Dr. Jorge Guerra González (advocat, mediador i investigador per la Universitat de Leuphana de Lüneburg, Alemanya) el dret a escoltar les víctimes és un dret fonamental indiscutible que no necessita ratificació o confirmació alguna, un dret que, com tots, té el seu límit, aquí precisat en l'última frase de l'art. 10 bis I: "quan sigui contrari al seu interès superior (dels nens, nenes i adolescents)". Es tracta aquí de decidir quan no escoltar-los, és a dir, quan fer-ho suposa un menyscabament del seu interès superior. L'edat, però, no és considerada per la llei un límit per a l'exercici d'aquest dret (no per a la seva existència). Això necessitaria alguna concreció de la manera de fer efectiu aquest dret per al cas de menors de, per exemple, 0 a 4 anys, el que segurament passarà amb el desenvolupament de la llei. També afegeix que no existeix ni pot existir "interferència o

6. ANÀLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PÀTRIA POTESTAT EN SUPÒSITS DE VIOLÈNCIA DE GÈNERE

Les sentències que seran analitzades són a partir de l'any 2015, any que s'aprova la Llei Orgànica 8/2015 de modificació del sistema de protecció a la infància i adolescència que tal i com s'ha explicat en la primera part d'aquest treball, es valora i es dona interpretació al concepte d'interès superior del/a menor entre d'altres. Respecte les postures jurisprudencials adoptades durant els últims anys pels diferents Tribunals, s'han analitzat 36 sentències i interlocutòries que deixen veure la línia argumental dels mateixos i com aquesta és aplicada.

En relació a l'exercici de la pàtria potestat en contextos de violència de gènere, en primer lloc cal veure què entén la jurisprudència i com s'aprecia i ho podem veure a través d'una sentència molt recent, la STS 600/2021 d'11 de febrer de 2021, que ho divideix en tres paràmetres que són subjectius, objectius i temporals. "Subjectivament, absència de incredibilitat que pogués resultar de les seves circumstàncies personals. En aquest punt dos són els aspectes subjectius rellevants: a) Les seves pròpies característiques físiques o psico-orgàniques, com poden ser, per exemple, la vista a les apreciacions oculars. b) La inexistència de mòbils espuris que puguin resultar bé de les tendències fantasioses o fabuladores de la víctima, com de la concurrència d'un possible motiu impulsor de les seves declaracions, o

manipulació adulta" en el procés de formació o expressió de la voluntat dels menors i "prohibeix" qüestionar aquest dogma ja que aquesta prohibició legal no té parangó en cap llei del nostre ordenament jurídic ni probablement en cap ordenament jurídic democràtic. Finalment fa una reflexió sobre que ningú pot negar a hores d'ara que els progenitors poden ser capaços de les pitjors aberracions contra els menors al seu càrrec, llavors tan inimaginable pot arribar a ser que aquests progenitors (*a maiore ad minus*) puguin influir en els seus fills i filles pel que fa a la seva declaració davant el jutjat de família, quan fent-ho ni tan sols haurien de témer cap conseqüència (almenys des del punt de vista penal) immunitat que, segons l'autor, aquesta LO amb el seu art. 10 bis III contribueix a assegurar encara més?. De la alienación parental y la nueva Ley Orgánica de protección integral a la infancia: censurando la censura. (2021). Jorge Guerra González. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/16190-de-la-alienacion-parental-y-la-nueva-ley-organica-de-proteccion-integral-a-la-infancia:-censurando-la-censura/>

bé de les prèvies relacions acusat-víctima, que denotin mòbils d'odi o de ressentiment, venjança o enemistat. Objectivament, és necessària la concurrència del que podem anomenar versemblança del testimoni, basada en la lògica de la seva declaració, o el que és el mateix, de la seva consistència, i el suplementari suport de dades objectives. Aquest element es desdobla, al seu torn, en dos components: intern i extern. a) Des del pla intern, la declaració de la víctima ha de ser lògica en si mateixa, és a dir, no contrària a les regles de la comuna experiència, el que exigeix valorar si la seva versió és o no insòlita, o objectivament inversemblant per la seva propi contingut. b) Des d'un punt de vista extern, la declaració de la víctima ha d'estar envoltada de corroboracions perifèriques de caràcter objectiu que es troben en el procés. I temporalment, persistència en la incriminació, que ha de ser mantinguda en el temps, i exposada sense ambigüitats ni contradiccions. Aquest factor de ponderació suposa: a) Persistència o absència de modificacions en les successives declaracions prestades per la víctima sense contradir-se ni desdir. Es tracta d'una persistència material a la incriminació, valorable «no en un aspecte merament formal de repetició d'un disc o lliçó apresada, sinó en la seva constància substancial de les diverses declaracions». b) Concreció en la declaració que ha de fer-se sense ambigüitats, generalitats o vaguetats. És valorable que especifiqui i concreti amb precisió els fets narrant-los amb les particularitats i detalls que qualsevol persona en les seves mateixes circumstàncies seria capaç de relatar”.

Per una major comprensió del concepte d'interès superior del/a menor⁴³, podem trobar a la jurisprudència la pròpia definició que els Tribunals realitzen, com la STS 3327/2017, de 22 de setembre de 2017⁴⁴, en el sentit que es preservarà el manteniment de les seves relacions familiars, es protegirà la satisfacció de les seves necessitats bàsiques, tant materials, físiques i educatives com emocionals i

⁴³ Sentències com les següents es pronuncien respecte la violència contra menors; STS 3434/2020, de 23 d'octubre de 2020, STS 1378/2018, de 18 d'abril de 2018 i SAP IB 2499/2018, de 14 de desembre de 2018.

⁴⁴ Fragment de la STS 2974/2019: El concepte d'interès del/a menor ha estat desenvolupat a la Llei Orgànica 8/2015 de 22 de juliol de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, extrapolable com a cànon hermenèutic.

afectives; es ponderarà l'irreversible efecte del transcurs del temps en el seu desenvolupament; La necessitat d'estabilitat de les solucions que s'adoptin i al fet que la mesura que s'adopti en l'interès superior de l'infant no restringeixi o limiti més drets que els que empara. El problema amb la definició d'aquest concepte i la seva aplicació per part dels Tribunals és que dins de la pròpia definició d'interès superior del/a menor hi ha aspectes difícils de ponderar o objectivitzar com pot ser cobrir les necessitats emocionals i afectives, és a dir, es poden establir criteris per comprovar si les necessitats bàsiques com pot ser l'alimentació o l'educació dels infants en qüestió estan cobertes, però el Tribunal difícilment pot valorar si les necessitats afectives o emocionals estan protegides. La mateixa definició del concepte podem veure argumentat en dues Interlocutòries del Tribunal Suprem d'aquest mateix any, Interlocutòria 4270/2021, de 7 d'abril de 2021 i Interlocutòria 4281/2021 de 7 d'abril de 2021.

En referència al concepte de pàtria potestat i la seva privació, varies sentències i interlocutòries fan un anàlisi del que entén la jurisprudència al respecte. La STS 2974/2019, d'1 d'octubre de 2019 diu que l'article 170 del CC preveu la facultat que es pugui privar totalment o parcialment de la pàtria potestat a qui incompleix els deures inherents a ella. No obstant la privació requereix que els progenitors incompleixin aquests deures de forma greu i reiterada així com que sigui beneficiosa per al/la menor, ja que la potestat és una funció inexcusable que s'exerceix sempre en benefici dels fills/es per facilitar el ple desenvolupament de la seva personalitat i comporta una sèrie de deures personals i materials cap a ells en el més ampli sentit. L'amplitud del contingut de l'article 170 CC⁴⁵ i la variabilitat de les circumstàncies exigeixen concedir al jutge/ssa una àmplia facultat discrecional d'apreciació (...) de cap manera es pot prescindir de que es tracta d'una

⁴⁵ Fragment de la STS 2974/2019: D'aquí que s'afirmi per autoritzada doctrina que es tracta d'una funció amb un ampli contingut, no d'un mer títol o qualitat, i és per això que resulta incompatible mantenir la potestat i, però, no exercir en benefici del fill cap dels deures inherents a la mateixa". "La pàtria potestat constitueix un *officium* que s'atribueix als progenitors per aconseguir el compliment de l'interès del menor, formulant les causes de la seva privació en forma de clàusula general a l'article 170 CC (...).

facultat reglada, en tant que la seva aplicació exigeix tenir sempre present l'interès del/a menor⁴⁶. És important destacar i posar èmfasis en l'àmplia facultat discrecional d'apreciació dels jutges i jutgesses que han de fer un procés d'aplicar l'ordenament jurídic i a la vegada estimar o apreciar de forma subjectiva aspectes decisoris de suficient rellevància.

Fins aquí hem fet un anàlisi jurisprudencial d'alguns dels conceptes que han estat qüestionats d'aquest treball, però seguidament procedim a l'anàlisi de sentències que tenen per objecte la pàtria potestat en casos de violència de gènere. Per procedir a aquest anàlisi hem de dividir les sentències en tres apartats; les sentències que estableixen l'ús exclusiu de la pàtria potestat durant un temps determinat, les sentències que priven de la pàtria potestat i les sentències que tot i existir violència de gènere no es priva ni es determina l'ús exclusiu de la pàtria potestat.

El primer apartat és les sentències que estableixen l'ús exclusiu de la pàtria potestat durant un temps determinat, és a dir, que passades les condicions que donen lloc a aquesta exclusió, la pàtria potestat es restableix. La primera sentència es tracta d'un recurs d'apel·lació número 1662/2020 a l'Audiència Provincial de Tarragona el 18 de novembre de 2020 sent l'òrgan d'origen el Jutjat de Violència sobre la Dona nº1 de Tarragona. Aquesta sentència argumenta que els progenitors poden ésser privats de la titularitat de la potestat parental per incompliment greu o reiterat dels seus deures. Hi ha incompliment greu si el fill/a menor o incapacitat pateix abusos sexuals o maltractaments físics o psíquics, o si és víctima directa o indirecta de violència familiar o masclista. Hi ha causa de privació de la potestat parental sobre

⁴⁶ Es pronuncien al respecte sentències i interlocutòries com; STS 1226/2021, de 29 de març de 2021, STS 914/2021, de 17 de març de 2021, ATS 2870/2021, de 10 de març de 2021, ATS 1728/2021, de 17 de febrer de 2021, ATS 1505/2021, de 10 de febrer de 2021, ATS 670/2021, de 27 de febrer de 2021, ATS 8612/2020, de 14 d'octubre de 2020, SAP MU 2501, de 17 de desembre de 2020, SAP NA 1015/2016, de 30 de desembre de 2016, SAP VI 845/2018, de 26 de desembre de 2018, SAP SS 1344/2018, de 30 de novembre de 2018, SAP MU 2766/2015, de 23 de desembre de 2015, SAP SE 1941/2019, de 30 de desembre de 2019, SAP M 17980/2018, de 7 de desembre de 2018, AAP BI 2447/2019, de 23 de desembre de 2019 i AAP PO 2109/2020, de 17 de desembre de 2020.

el/a menor desemparat si els progenitors, sense un motiu suficient que ho justifiqui, no manifesten interès pel/a menor o incompleixen el règim de relacions personals durant sis mesos. La privació de la pàtria potestat només pot ser acordada quan hi hagi hagut per part del progenitor un incompliment greu de les funcions inherents a la mateixa, i ha d'adoptar-sempre que redundi en benefici del/a menor. Això implica una interpretació restrictiva de les causes i supòsits en què es pot acordar, sense que l'incompliment del deure d'atendre les necessitats dels/les menors i la falta de comunicació o de relació amb els mateixos, sigui un fet que per si sol pot ocasionar la privació de la pàtria potestat, ja que és necessari a més i en atenció a les circumstàncies del cas, que l'adopció de la mesura sempre s'adopti en interès del/a menor⁴⁷. En el mateix sentit es pronuncia la Sentència 9798/2015, de l'Audiència Provincial de Barcelona el 21 d'octubre de 2015.

La següent sentència a analitzar es tracta de la STS 2129/2016 de 13 de maig de 2016. Tant la sentència d'instància com de l'Audiència Provincial de Madrid s'atribueix a la mare de forma exclusiva l'exercici ordinari de la pàtria potestat fins que el pare hagi complert condemna i es trobi en situació de plena llibertat, moment en què la pàtria potestat s'ha d'exercir de forma conjunta per ambdós progenitors. La demandant recurrent manté que l'interès dels/les menors desaconsella l'establiment fixat degut a la despreocupació i desinterès del pare, tant de forma afectiva com econòmica, perquè hi ha un judici pendent per violència de gènere en el qual els/les menors van ser testimonis presencials dels maltractaments i perquè segons l'informe pericial no s'aprecia necessitat de canvis pels/les menors⁴⁸. Per

⁴⁷ Fragment de la AP Tarragona 1662/2020: En el cas d'actuacions s'ha de compartir la decisió adoptada en primera instància, ja que no s'acredita a la causa la concurrència d'aquestes circumstàncies excepcionals i d'extrema gravetat que exigeix la norma i la Jurisprudència per procedir a la privació de la pàtria potestat a un progenitor, ja que això no ho pot constituir el sol fet que no mantingui relació amb el menor des de fa anys o que no se sàpiga on resideix el pare". Per acabar s'estableix l'ús exclusiu de la pàtria potestat en aquest cas a l'actora, la mare, però no es priva de forma permanent la pàtria potestat a l'altre progenitor.

⁴⁸ Fragment de la STS 2129/2016: (I) la total despreocupació i desinterès del pare que no va col·laborar ni afectiva ni econòmicament; (II) resta pendent de celebrar-se un judici de violència de gènere, en el qual els/les menors van ser testimonis presencials dels maltractaments soferts per la

altra banda, el recurrent al·lega que no justifiquen un altre motiu diferent que el que el recurrent es troba privat de llibertat per a ser privat de la pàtria potestat, la qual cosa suposa afegir a la pena imposada a tot reclus privat de llibertat, la sanció de ser privat també pels tribunals civils de la pàtria potestat⁴⁹. Finalment la decisió del TS és que es manté l'ús exclusiu de l'exercici de la pàtria potestat per la mare, només fins que obtingui la llibertat condicional de la totalitat de les condemnes l'altre progenitor. Respecte aquest cas, tot i tenint en consideració el principi de presumpció d'innocència, s'ha de considerar que hi ha un procediment per violència de gènere encara sense resoldre quan el Tribunal pren aquesta decisió, i no es pretén que aquest Tribunal resolgui en base a un judici que no s'ha celebrat, però considero que s'ha de tenir en consideració la causa del judici en qüestió i que a l'hora de ponderar l'interès dels menors, que segons la mare han presenciada aquesta violència, s'haurien de prendre mesures suficients per tal que tot i que el progenitor compleixi les condemnes, fins que no es resolgui el judici per violència de gènere no pugui accedir als menors a través de cap figura legal.

La següent sentència d'aquest apartat és la Sentència 1851/2016 de l'Audiència Provincial de Mallorca de 24 d'octubre de 2016. La sentència d'instància, dictada pel Jutjat de Violència sobre la Dona nº 2 al procediment de guarda i custòdia i aliments, es va atribuir la guarda i custòdia de la menor en exclusiva a la mare, quedant l'exercici de la pàtria potestat en exclusiva a favor de la mare mentre el demandat es trobés a la presó. Segons el Tribunal, la protecció de l'interès del/a

seva mare, (es fa constar que al sortir del jutjat després de la declaració pels fets denunciats el demandat va amenaçar a la demandant, i als seus fills/es els va dir «aquesta nit s'acabarà tot, demà no hi haurà papa ni mama».); (III) l'informe pericial es recull que els/les menors presenten en general una bona evolució i adequat desenvolupament, que es troben adaptats a la seva organització de vida, no s'aprecia necessitat de canvis.

⁴⁹ Fragment de la STS 2129/2016: La privació de la pàtria potestat i la seva interpretació atempta contra els principis constitucionals bàsics, així com contra que disposen els articles 24, nº 1 i 2 i 25 nº 1, 2 i 3, de la Constitució Espanyola. El recurrent el que planteja és que la privació de la pàtria potestat no és en benefici dels/les menors, ja que suposa un càstig per al recurrent perquè fins que no compleixi íntegrament la sanció penal i estigui en plena llibertat no podrà exercir la pàtria potestat”

menor constitueix una qüestió d'ordre públic, es tracta de procurar que els drets fonamentals de l'infant resultin protegits i que això succeeixi de forma prioritària i preferent als dels altres implicats, a causa de la manca de capacitat del/a menor per actuar defensant els seus propis interessos, en el cas que el progenitor està ingressat a la presó⁵⁰. El Tribunal considera que tenint en compte l'edat de la menor i la molt escassa relació mantinguda, no resulta de cap manera recomanable, sinó, abans a contra, perjudicial per a l'interès superior de la menor, deixar sense efecte la suspensió del règim de visites acordada en la sentència i quedant en exclusiva al seu favor l'exercici de la pàtria potestat fins que es modifiquin les circumstàncies.

El següent apartat es tracta de sentències on ha existit violència de gènere i si que es priva al progenitor de la pàtria potestat. La primera sentència és la STSJ CLM 1/2021 del 14 de gener de 2021. En la Sentència precedent emesa amb data 17 de setembre de 2020 la Secció 1^a de l'Audiència Provincial de Toledo, es condemna al progenitor, en aquest cas al pare. Es fonamenta la inhabilitació decretada de la pàtria potestat en la protecció del bé superior de la menor que al seu parer ha de prevaler per determinar l'aplicació d'aquesta inhabilitació especial doncs repugna legal i moralment mantenir al pare en la titularitat d'unes funcions que resulten absolutament incompatibles en qui de manera traïdora ha matat la seva mare. Segons la part contrària no consta cap motivació sobre la relació directa de l'exercici dels drets que atorga la pàtria potestat amb el delictes comès, de manera que la condemna a la privació de la pàtria potestat no s'ajusta a Dret al vulnerar el principi acusatori ja que la menor no va presenciar els fets. No obstant això, segons el parer d'aquesta Sala la sentència apel·lada encerta plenament, presencis o no els fets la filla menor, la imposició de la inhabilitació per a l'exercici de la pàtria potestat en el cas enjudiciat està més que justificada per la patent vinculació existent entre la infracció punible i el feix de facultats que conformen la pàtria potestat sobre la filla subjecta a ella, ja que aquesta ha patit un greu perjudici amb l'atemptat més greu

⁵⁰ Fragment de la SAP Mallorca 1851/2016: El progenitor continua ingressat a la presó com a conseqüència de la condemna que se li va imposar en la referida sentència, com a responsable d'un delictes continuat de trencament de condemna, un delictes d'amenaques, un delictes de coaccions, un delictes de lesions amb arma blanca a la seva ex-parella i una falta de maltractament d'obra.

per a la vida de la progenitora que també la posseïa, privant amb això de l'existència de la seva mare i suprimint d'arrel el vincle afectiu tan important amb fonament en els llaços de sang i de maternitat i família que constitueixen la raó de ser i fonament natural de la pàtria potestat que per *ius naturalis* i per Dret s'exerceixen conjuntament per ambdós progenitors en benefici dels fills/es i contribueixen des del naixement a forjar la seva personalitat amb el feix de facultats que integren aquesta potestat i que fan referència no només a la tutela i cura jurídic i representació legal, sinó a l'educació, formació integral i humana i intel·lectual i a l'ésser de la persona humana en tota la seva dimensió més profunda. Finalment el Tribunal falla que se suspèn de la pàtria potestat al progenitor amb la precisió que la suspensió de l'exercici de la pàtria potestat del condemnat que s'imposa s'ha d'entendre durant el temps de la condemna⁵¹.

És important fer una consideració sobre el debat arrel de la presència o no de la menor. En tot cas considero que la presència de la menor ha de ser un agreujant però el fet que no ho presenciés no pot valer com argument perquè no s'imposi la pena de privació de la pàtria potestat, és a dir, és una situació molt rellevant i que ha de ser tinguda en consideració, però que la menor no ho presenciés no resta punibilitat a la conducta.

La següent sentència és la STS 3035/2019, de 8 d'octubre de 2019. L'Audiència Provincial de Palència, Secció 1^a, en el Procediment Ordinari nº 1 de 2018 que

⁵¹ Fragment de la STSJ CLM 1/2021: La pena és com autor responsable d'un delictes d'assassinat de l'article 139.1 CP per concórrer la circumstància de traïdoria, amb les circumstàncies agreujants de parentiu i de gènere, a la pena de 23 anys de presó i inhabilitació absoluta durant el temps de la condemna. Se suspèn al condemnat per a l'exercici de la pàtria potestat sobre la seva filla menor, privant a una nena tan petita, tenia quatre anys, de la seva mare, provocant un dany irreparable en la integritat moral i desenvolupament de la personalitat de la menor. Segons la part contrària la referida relació entre l'exercici de la pàtria potestat i el delictes no es pot presumir en tant que la filla comuna no va presenciar els fets, ni se l'ha esmentat ni en els fets dels escrits d'acusació ni en els fets provats de la sentència, de manera que la imposició de la pena de privació de la pàtria potestat vulnera el principi acusatori en tant que no s'ha al·legat la concurrència de fets necessaris per a la seva imposició.

prové del Jutjat d'Instrucció nº 6 de Palència es va condemnar al progenitor com a autor de diversos delictes, entre ells homicidi en grau de temptativa. La Fiscalia és qui demana la pena d'inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat, però el Tribunal d'instància en la seva sentència, tot i el resultat de fets provats d'haver-se perpetrat l'intent d'homicidi a presència dels/les menors, senyala que no procedeix acordar aquesta pena per entendre que no està acreditat que així ho exigeixi l'interès dels/les menors i que per aquesta raó és necessari exigir una prova, pericial o d'un altre tipus, a través de la qual constatar que la privació de la pàtria potestat va a ser beneficiosa per al/la menor, en conseqüència, de no existir prova o de ser aquesta demostrativa que la privació al pare de la pàtria potestat no va a beneficiar el menor, no pot aplicar legalment aquesta pena. En canvi, l'AP de Palència argumenta que la presència dels fills i filles en episodis de violència d'un progenitor cap a l'altre és una experiència traumàtica produint-se la destrucció de les bases de la seva seguretat, a quedar els/les menors a mercè de sentiments d'inseguretat, de por o permanent preocupació, davant la possibilitat que la seva experiència traumàtica torni a repetir-se. Finalment el Tribunal condemna a Maurici com autor responsable d'un delictes d'amenaques i d'un delictes d'homicidi en grau de temptativa amb les penes ja fixades en sentència addicionant la pena d'inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat pel període de la durada de la condemna, mantenint la resta de penes i mesures imposades⁵². Considero important

⁵² Es declara a Maurici responsable d'un delictes d'amenaques i d'un delictes d'homicidi en grau de temptativa ja definits, amb la concurrència en els dos delictes de les circumstàncies agreujants de parentiu i de comissió de delictes per raó de gènere, a les penes, pel primer delictes, de vint mesos de presó, amb accessòria legal d'inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu durant el temps de condemna i a la pena de prohibició de comunicació i aproximació a menys de 200 metres respecte de Marí Trini, el seu domicili i lloc de treball, així com respecte dels seus fills Victoriano i Roman, per temps de tres anys; i a les penes, pel segon delictes, de vuit anys i sis mesos de presó, amb accessòria legal d'inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu durant el temps de condemna i a la pena de prohibició de comunicació i aproximació a menys de 200 metres respecte de Marí Trini, el seu domicili i lloc de treball, així com respecte dels seus fills, per temps de deu anys. El resultat d'executar-ho davant dels menors s'associa a una ansietat que pot ser paralitzant, i que, per descomptat, afecta molt negativament el desenvolupament de la personalitat del menor, ja que aprèn i interioritza els estereotips de gènere, les desigualtats entre els homes i dones, així com la legitimitat d'ús de la violència com a mitjà de resoldre conflictes familiars i interpersonals fora de l'àmbit de la

destacar el fet que el propi art. 154 CC diu que una de les funcions de la pàtria potestat és vetllar pels fills/es i procurar-los una formació integral entre d'altres, llavors el fet que intenti acabar amb la vida de l'altre progenitor demostra que les funcions bàsiques de la pàtria potestat no s'estan complint ja que és incompatible vetllar per la seguretat i salut dels teus fills/es amb voler acabar amb la vida de la seva mare amb tot el que això provoca en ells/es⁵³.

Per finalitzar amb l'anàlisi jurisprudencial, entrem en l'últim apartat, les sentències que tot i existir violència de gènere no priven al progenitor de la pàtria potestat. La primera sentència és la SAP AB 924/2015, de 27 d'octubre de 2015. Enfront de la sentència dictada pel Jutjat d'instància, el Jutjat de Violència Sobre la Dona nº 1 d'Albacete, s'alça recurs d'apel·lació per declarar que no hi ha lloc a la privació de la pàtria potestat sol·licitada i el Ministeri Fiscal es va adherir a l'esmentat recurs considerant desproporcionat la privació de la pàtria potestat al demandat ja que en aquest moment s'ha d'optar per una altra mesura menys costosa, resolent el Tribunal en contra de la sentència d'instància⁵⁴.

La següent sentència es tracta de la SAP M 17312/2018, procedent del Jutjat de Violència sobre la Dona nº 03 de Madrid, en la qual la guarda i custòdia dels descendents comuns s'atribueix a la mare, sent la pàtria potestat compartida entre ambdós progenitors. La pàtria potestat té una importantíssima funció amb vista a la cura i formació del/a menor que es confia, en situacions normals de convivència dels progenitors, a banda i conjuntament a fi d'aconseguir una millor protecció del prioritari interès del descendent, quan qualsevol decisió de transcendència per al

família ". També reflexiona sobre " com pot reclamar el dret a mantenir una pàtria potestat sobre uns fills als quals s'ha intentat deixar sense mare de manera cruel a l'intentar matar-la davant d'ells mateixos?

⁵³ Es pronuncien en aquest sentit la SAP IB 1851/2016, de 24 d'octubre de 2016 i la STS 64/2021, de 13 de gener de 2021.

⁵⁴ Fragment SAP Albacete 924/2015: El pare ha lluitat per mantenir la pàtria potestat, va posar de manifest durant l'acte de judici el seu desig de mantenir-la, i no s'ha acreditat tampoc cap benefici per al/la menor amb aquesta privació, pel que considerem que la sentència ha de ser revocada, si bé reconeixent a la mare l'exercici exclusiu de la pàtria potestat sobre el menor.

mateix no ha de ser adoptada unilateral o capritxosament per un de sol d'aquests ascendents, i, pel contrari, ser deliberada, sospesada i resolta per ambdós conjuntament i, en defecte d'acord, el jutge/ssa, el que revela la transcendència que l'interès del fill cobra per al nostre legislador, per sobre fins i tot dels de seus pares que han de subordinar-se a aquell. Finalment cap a la menor que presenta major conflictivitat amb el pare pels episodis viscuts en l'àmbit familiar, serà derivada al CAD⁵⁵ i al centre d'atenció a la família que correspongui a fi que sigui tractada en el seu rebuig cap a la figura paterna i es treballi l'inici de la relació paternofamiliar⁵⁶. Trobem més pronunciaments en aquest sentit a la SAP GU 419/2020, de 4 de novembre de 2020, SAP B 5076/2015, de 20 de maig de 2015, SAP M 10312/2020, de 6 de novembre de 2020, entre d'altres.

Cal destacar d'aquesta sentència l'important paper que desenvolupa en aquest cas la CAD i el centre d'atenció a la família. La transcendència que té el concepte de

⁵⁵ Entenem la Comissió d'Atenció a la Diversitat com l'instrument que té el centre per planificar, promoure i fer el seguiment d'actuacions que es duguin a terme per atendre la diversitat de necessitats educatives de l'alumnat del centre.

⁵⁶ Fragment SAP Madrid 17312/2018: El Tribunal argumenta en la seva fonamentació jurídica que "la pàtria potestat es configura en el nostre ordenaments jurídic (arts. 154 i següents del CC) com un conglomerat de drets i deures dels pares respecte de la prole tenint de la seva unió, en situació legal de dependència, en nom precisament de la funció protectora i formativa que, per dret natural, correspon als que han assumit la decisió de procrear un fill/a, i això mentre aquest no es trobi en condicions naturals i jurídiques de valer-se per si mateix. La privació de la pàtria potestat o del seu exercici respecte a un o altre dels procreadors, han d'estar, fins i tot en situacions de ruptura de la convivència dels mateixos, basades en causes de suficient gravetat, bé per impedir, de fet, seu exercici, bé per afectar de forma greu al/la menor (art. 170), quant perjudiquin seriosament la seva formació integral. De conformitat amb l'article 3 de la LO 1/1996, els/les menors gaudiran dels drets que els reconeix la CE i els tractats internacionals dels quals Espanya sigui part, especialment la Convenció de Drets de l'Infant de les Nacions Unides i els altres drets garantits en l'ordenament jurídic. La referida Convenció, de 20/11/1989, proclama, en l'article 9-3, que els estats membres han de respectar el dret de l'infant separat d'un o ambdós pares a mantenir relacions personals i contacte directe amb tots dos pares de manera regular, excepte si això és contrari a l'interès superior de l'infant". Amb el resultat de l'informe d'aquesta teràpia i tractament, en fase d'execució de títol judicial, a instància d'algun dels progenitors es determinarà el règim de visites més adequat per a la menor. El Tribunal falla que la titularitat de la pàtria potestat seguirà sent compartida.

pàtria potestat fa que aquest vincle entre progenitors i menors es vulgui preservar de totes les maneres possibles i que l'extinció d'aquesta es proposi com a última *ratio*. És necessari el paper d'aquestes institucions i haurien de tenir un paper molt més important als jutjats per tal que es tinguessin més en compte les seves visions cas per cas i com afecta als/les menors ja que al final es tracta de protegir-los a ells/es.

7. CONCLUSIONS

La violència de gènere és una xacra social que abasta molts àmbits de la societat en la que vivim, però en el present treball l'objectiu era centrar-nos en com aquesta afecta als/les menors a través d'una figura com la pàtria potestat. El propòsit era analitzar com actuaven les figures de privació i extinció de la pàtria potestat en supòsits de violència de gènere i aquesta meta ha sigut assolida a través de la jurisprudència i la pròpia doctrina. Després d'haver analitzat el marc teòric, centrat en el/la menor i el seu interès i un cop avaluada l'aplicació a través dels Tribunals, es pot arribar a diferents conclusions que ajuden a entendre el perquè de dites resolucions.

La principal conclusió que he pogut obtenir és que l'extinció de la pàtria potestat és molt difícil dur-la a terme degut als drets que estan en joc, i que la majoria de resolucions dels tribunals atribueixen la titularitat de la pàtria potestat a ambdós progenitors però l'exercici principalment a la dona.

La segona conclusió que es pot extreure és el dubtable paper que representa el Ministeri Fiscal en els casos estudiats. El Ministeri Fiscal té com a funció promoure l'acció de la justícia i la protecció dels drets de determinats col·lectius, entre els quals es troben els/les menors. Aquesta institució al meu parer hauria d'estar molt més implicada en els casos on apareix la violència de gènere amb menors implicats, independentment de si els propis menors ho presenciaven o no. Ens trobem davant de casos on hi ha un perill notori i palpable, on des de l'any 2013 han mort 38 menors

a causa de la violència de gènere⁵⁷ i és per tant objectiu el fet que els menors corren perill en aquestes situacions i que mereixen especial protecció i per tant un paper més actiu del Ministeri Fiscal on s'impliqui i davant el dubte demani les mesures suficients per protegir als/les menors. També cal perspectiva de gènere en aquesta institució per tal d'afrontar aquestes demandes. Cal afegir que la nova Llei Orgànica de protecció integral a la infància i l'adolescència davant la violència preveu aquesta especialització en violència de gènere a tots els tribunals.

La tercera conclusió a la que es pot arribar és que varies sentències de les AP canvien el criteri de primera instància. Quan un procediment es duu a terme en primera instància en un Jutjat de Violència sobre la Dona, s'entén que s'ha tingut present la perspectiva de gènere i que els jutges i jutgesses que formen aquest jutjat tenen formació suficient per poder decidir tenint en compte les particularitats que aquesta violència comporta en totes les víctimes, tant les pròpies dones com els seus fills/es. El problema sorgeix quan es vol recorre a segona instància, llavors es passa a les audiències provincials que no estan formades expressament per resoldre tenint en compte les particularitats mencionades amb anterioritat i per tant aquesta perspectiva de gènere que es podia donar per entesa als Jutjats de Violència sobre la Dona no es pot exigir en un jutjat de segona instància que no està especialitzat en aquests casos, llavors tot el que s'ha avançat amb la creació d'un jutjat especialitzat en la matèria perd rellevància en el moment que passa a mans d'un jutjat no especialitzat. Cert és que com he mencionat a l'anterior conclusió, la nova Llei Orgànica permetrà que s'adquireixi aquesta perspectiva de gènere en aquests tipus de jutjats, i esperem que sigui la suficient. Com a proposta d'estudi es podria analitzar la viabilitat de crear jutjats de violència de gènere en les altres instàncies per tal de poder atendre a les demandes que requereix la nostra societat per acabar amb aquesta xacra.

Una quarta conclusió a la que es pot arribar és que respecte als procediments relatius a la pàtria potestat, s'hauria de diferenciar si aquests venen d'un jutjat de primera

⁵⁷ Veure Annex pàgina 51

instància a través d'un procediment de modificació de mesures o si venen arrel d'un procediment provinent d'un Jutjat de Violència sobre la Dona per tal que les mesures adoptades tinguin en consideració la especial sensibilitat que aquests procediments tenen, és a dir, si estem davant d'un jutjat de primera instància en un procediment civil ordinari les mesures adoptades en relació a la pàtria potestat han de ser proporcionals al cas i als paràmetres que l'envolten, però en el cas de que estigui en debat la pàtria potestat en un Jutjat de Violència sobre la Dona, les mesures adoptades en relació a la pàtria potestat han de tenir en consideració el que envolta i el perill que pot portar no prendre les mesures suficients en el moment adequat, sempre tenint present que aquestes mesures han de ser ponderades respecte a l'interès superior dels/les menors.

La cinquena conclusió a la que podem arribar és que el fet de no extingir la pàtria potestat a l'altre progenitor pot ser una forma de perpetuar la violència sobre la dona. Existeixen diferents tipus de violència sobre la dona, com per exemple la violència econòmica, la violència social o la violència psicològica, i el fet de saber que el progenitor responsable de dita violència té en el seu poder la pàtria potestat dels fills/es, pot produir por, angoixa i molts altres sentiments que no deixen de ser un tipus de violència, que els experts anomenen violència vicària, on s'utilitza als/les menors per generar situacions de violència i ho convertim en una violència estructural que no permet a la víctima posar fi a aquesta situació.

Com a sisena i última conclusió, basant-nos única i exclusivament en els/les menors, hem d'acabar amb el concepte de víctimes invisibles, és a dir, tot i que aquest terme s'ha vingut utilitzant en els darrers anys, l'aparició de totes les lleis de protecció als menors, i a la infància i adolescència en general, fan que el concepte invisible hagi de desaparèixer ja que són víctimes reconegudes d'aquest tipus de situacions, i el que s'ha de lluitar és perquè tinguin més importància i se'ls doni visibilitat i amb el terme de víctimes invisibles no fem res més que el contrari.

Per últim afegir que després d'haver finalitzat aquest treball, només s'ha centrat en la pàtria potestat en supòsits de violència de gènere, però pot ser interessant com a

pròxima línia d'anàlisi estudiar la guarda i custòdia en supòsits de violència de gènere per veure si els criteris són els mateixos.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Aranda Rodríguez, R. (2016). Medidas civiles contra la violencia de género en la L.O. 1/2004. Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid, (17).
- Camacho Rojas, C.J., (2016). El niño como testigo de violencia intrafamiliar. Efectos sobre el mantenimiento de la dinámica de violencia intrafamiliar.
- Castillo Martínez, C.C: (2010). “Efectos de la privación de la patria potestad. Especial consideración al derecho del progenitor excluido o privado de la patria potestad a comunicarse con el menor, siempre en interés de este” en La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales. No2, La Ley, Madrid.
- Castro Sáez, M. (2011). Trastorno por Estrés Postraumático en menores que han sufrido maltrato familiar: directo y exposición a violencia de género. Proyecto de investigación.
- de Espinosa Ceballos, E. B. M. (2018). Menores y violencia de género. InDret.
- De Kort Trujillo, B. (2020). Violencia de género, especial referencia a las medidas de protección previstas en la legislación española.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1984). El principio de protección integral de los hijos. In Tout pour l'enfant””, en “La tutela de los derechos del menor”, 1º Congreso Nacional de Derecho civil, dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, JM, Córdoba, año.
- Gete-Alonso, M., & Solé, J. (2014). Filiación y potestad parental. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Hernández, R. P., & Gras, R. M. L. (2005). Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas. *Anales de Psicología/Annals of Psychology*, 21 (1), 11-17.

- Martín, I. Z. (2007). Las últimas reforma legales en materia de relaciones paterno-filiales. In *La reforma del matrimonio: (Leyes 13 y 15/2005)*. Marcial Pons.

- Martínez Pérez, A. M. (2015). Perfil externalizante e internalizante y estrés postraumático en menores expuestos a violencia de género: características y comorbilidad. Proyecto de investigación.

- Nevado Montero, J. J. (2020). El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores (Resumen).

- Núñez Zorrilla, C. (2015). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

- Olabarrieta, M. B. (2019). La privación de la patria potestad como medida penal y civil. *Revista jurídica de Castilla y León*, (47), 59-99.

- Pedreira Massa, J. L. (2004). La infancia en la familia con violencia: Factores de riesgo y contenidos psico (pato) lógicos.

- Pérez, J.M.; Montalvo, A. (2010). *Violencia de género: análisis y aproximación a sus causas y consecuencias. Violencia de género: prevención, detección y atención*. Editorial Grupo.

- Presas, I. G. (2014). *La patria potestad*. Editorial Dykinson, SL.

- Ramos Reverón, L. M. (2020). *La patria potestad. Evolución histórica jurídica comparada*.

- Roda y Roda, D. (2014). El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído. Proyecto de investigación.
- Ruiz-Rico-Ruiz, J. M., & Martín Fuster, J. M. (2020). Esquemas de Derecho de Familia. Bloque 2: Efectos comunes nulidad, separación, divorcio. Edición 2020. Derecho Civil III.

- Sánchez, M. Á. A. (2012). Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud. Dykinson.

- Sepúlveda García de la Torre, A. (2006). La violencia de género como causa de maltrato infantil. Cuadernos de medicina forense, (43-44), 149-164.

- Sillero-Crovetto, B. (2016). Interés superior del niño y responsabilidades parentales compartidas.

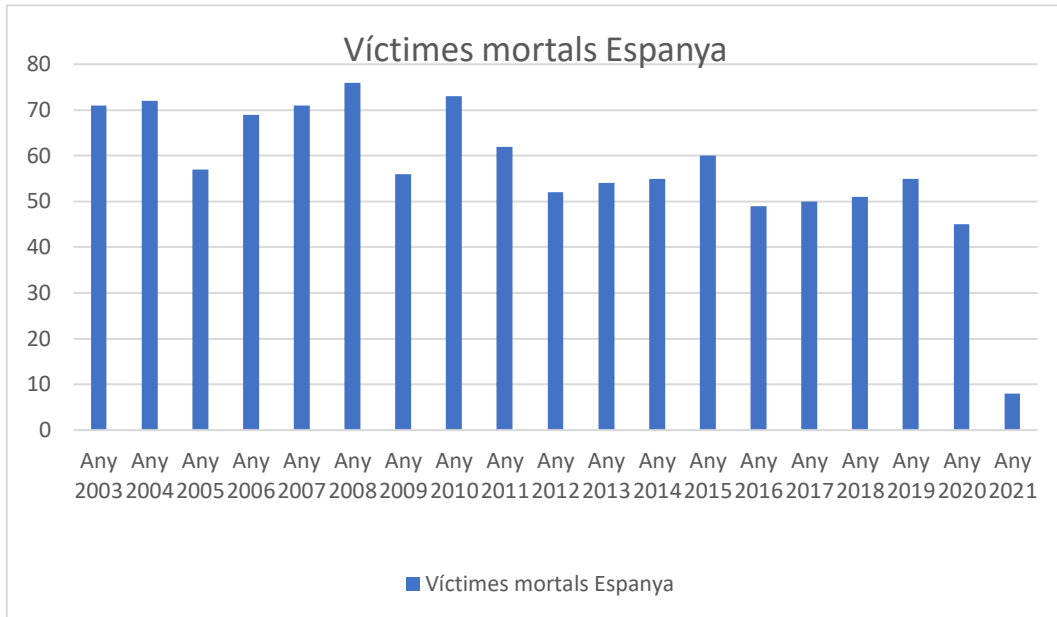
- Varela, A. O. (1956). La patria potestad en el Derecho histórico español. Anuario de Historia del Derecho español, (26), 209-242.

- Villagrasa A, C. (2021). Las 10 novedades de la nueva ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. The Conversation,

9. ANNEX

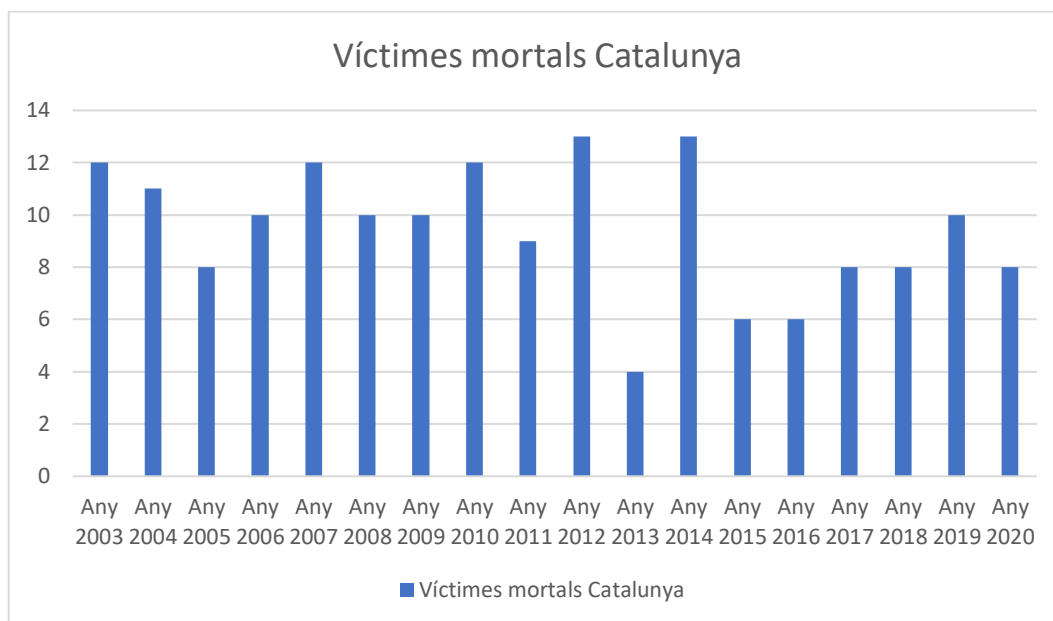
9.1 Víctimes mortals per violència de gènere⁵⁸

Gràfic de víctimes mortals a Espanya per violència de gènere des de l'any 2003 a l'abril del 2021.



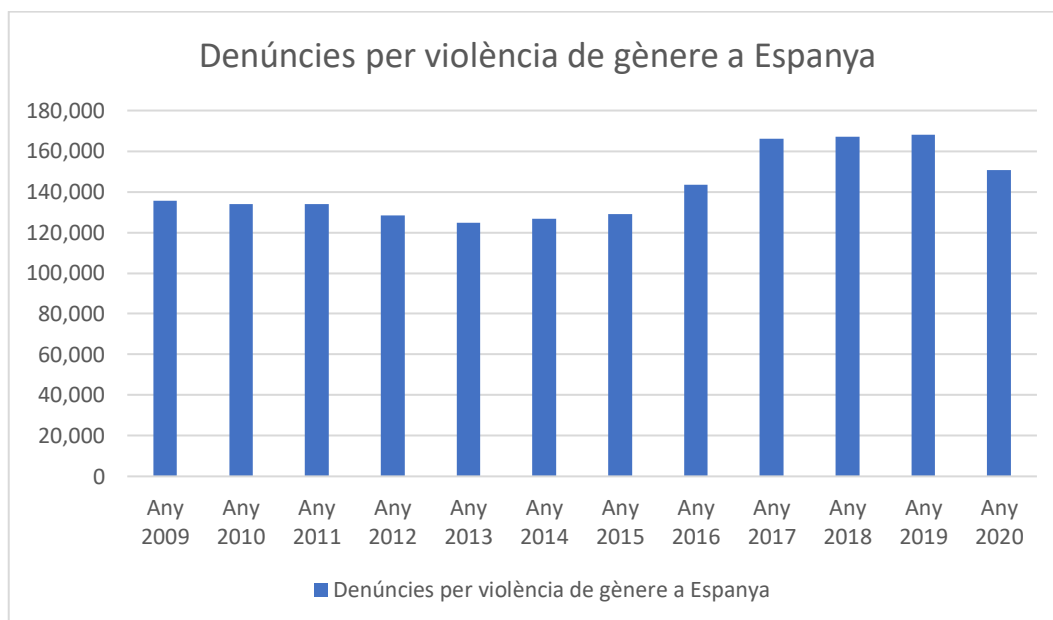
⁵⁸ Gràfic d'elaboració pròpia amb les dades del Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat

Gràfic de víctimes mortals a Catalunya per violència de gènere des de l'any 2003 fins el 2020.



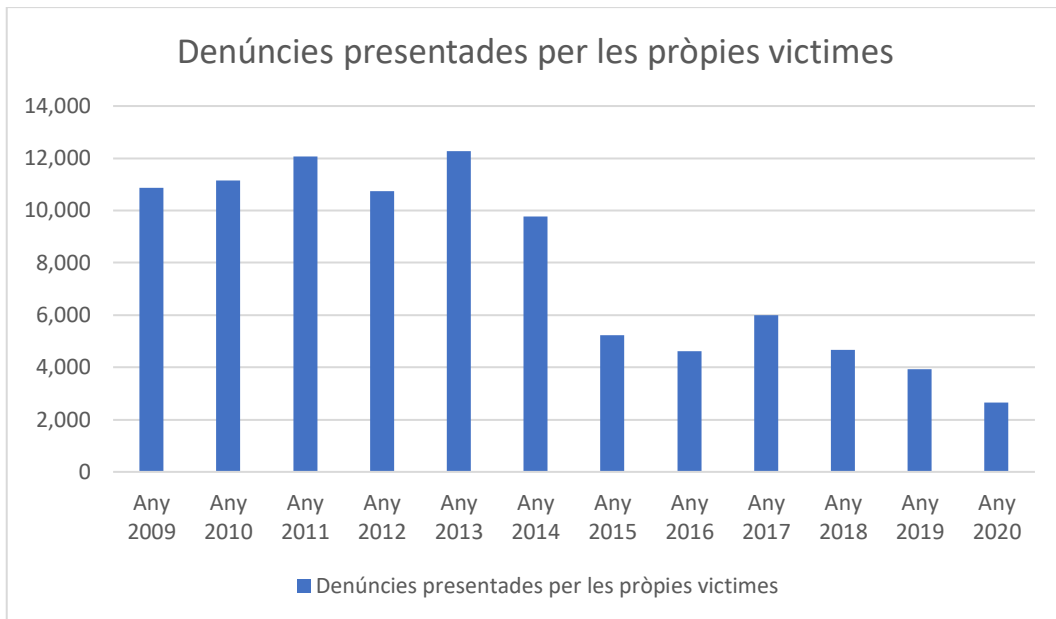
9.2 Denúncies per violència de gènere⁵⁹

Gràfic de denúncies per violència de gènere a Espanya entre l'any 2009 i 2020.

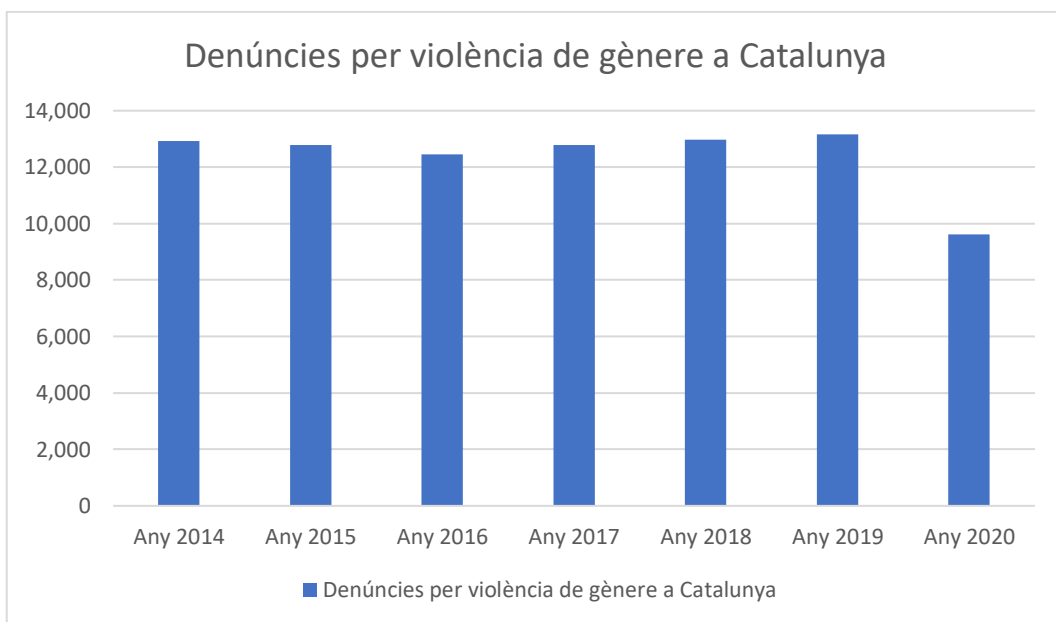


⁵⁹ Gràfic d'elaboració pròpia amb les dades del Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat

Gràfic de denúncies interposades per la pròpia víctima al Jutjat a Espanya entre l'any 2009 i 2020⁶⁰.



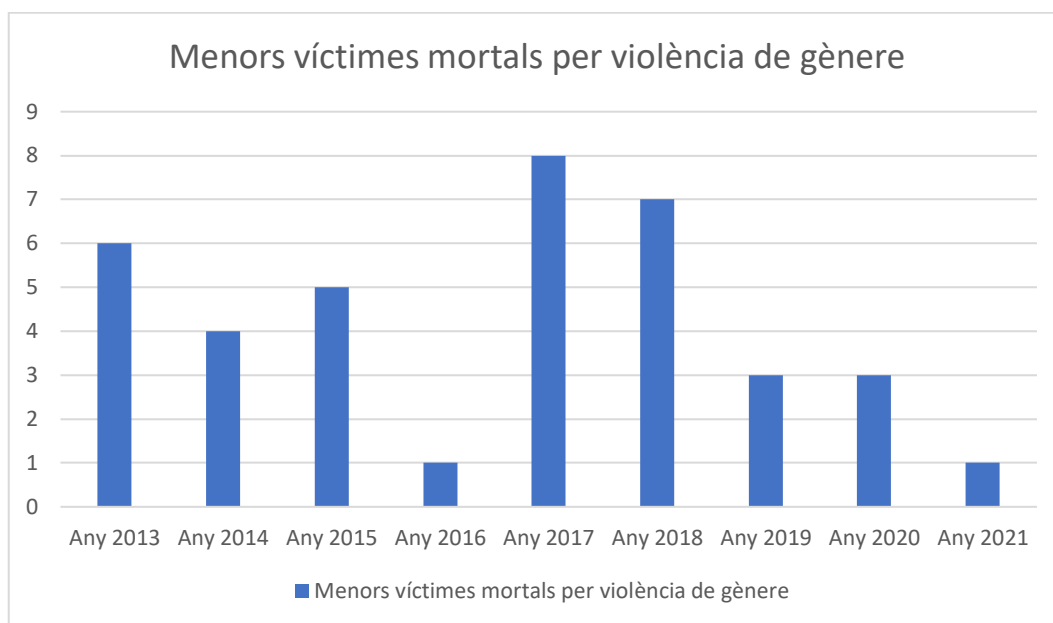
Gràfic de denúncies per violència de gènere a Catalunya entre l'any 2014 i 2020.



⁶⁰ La resta de denúncies són presentades per serveis assistencials (tercers en general), per familiars, per informe de lesions rebut directament al Jutjat o per atestats policials

9.3 Menors víctimes mortals en casos de violència de gènere contra la seva mare⁶¹

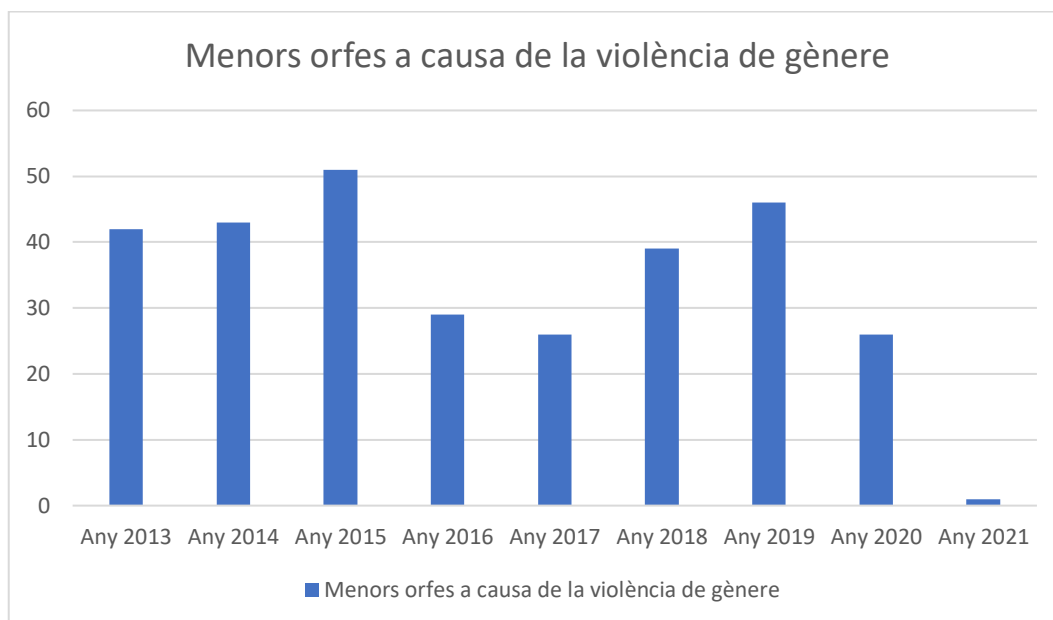
Gràfic de menors víctimes mortals en casos de violència de gènere a Espanya entre l'any 2013 fins l'abril del 2021.



⁶¹ Gràfic d'elaboració pròpia amb les dades del Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat

9.4 Menors orfes⁶²

Gràfic de menors orfes a causa de la violència de gènere a Espanya entre l'any 2013 i l'abril del 2021.



⁶² Gràfic d'elaboració pròpia amb les dades del Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat