

LIMITACIÓN DE FUNCIONES PARENTALES PARA LA
SALVAGUARDA DEL MENOR EN SITUACIONES DE VIOLENCIA DE
GÉNERO

*LIMITING PARENTAL FUNCTIONS FOR THE SAFEGUARDING OF MINORS
IN SITUATIONS OF GENDER VIOLENCE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 80-113



Belén
CASADO
CASADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de junio de 2019

RESUMEN: La violencia de género es un tema de total actualidad en el Derecho Español. El desarrollo normativo realizado en los últimos años en nuestro país muestra una evolución en positivo sobre esta materia. El planteamiento inicial siempre partió de la protección a la mujer, pero empieza a tenerse en cuenta que también hay que proteger al menor en los casos de violencia de género. Estos menores, si bien han podido no ser maltratados directamente, sufren las consecuencias psicológicas de los episodios de maltrato hacia sus madres.

Es necesario abordar la situación del menor con exhaustividad, pues las relaciones entre los progenitores serán tensas en estos casos y seguramente habrán sido establecidas medidas cautelares que impiden la comunicación entre los padres. El menor, por ello, se verá afectado directamente por la problemática relacionada con sus progenitores. Es muy discutido y delicado valorar qué medidas se pueden aplicar en situaciones donde no se ejerce violencia doméstica contra el menor, pero sí violencia de género en la que el menor se puede ver afectado por maltrato emocional dentro del ámbito familiar. Igualmente habrá que ponderar con el interés del menor la existencia de un derecho de comunicar y relacionar con el padre, teniendo en cuenta que el ejercicio del mismo podría, en algunos casos, poner en peligro la seguridad del hijo y de la madre. Planteamos en este trabajo los problemas que presenta esta materia.

PALABRAS CLAVE: Violencia de género; menores; desigualdad hombre y mujer; funciones parentales; derechos de los padres; medidas de protección.

ABSTRACT: *Gender violence is a trending topic in Spanish Law. The normative development carried out in recent years in our country shows a positive evolution on this subject. The initial approach always went from protection to women, but it begins to be taken into account that the child must also be protected in cases of gender violence. These minors, although they have been able to not be mistreated directly, suffer the psychological consequences of the episodes of abuse towards their mothers.*

It is necessary to address the situation of the child with completeness, since the relations between the parents will be tense in these cases and surely there have been established precautionary measures that prevent the communication between the parents. The child, therefore, will be directly affected by the problems related to their parents. It is highly discussed and delicate to assess what measures can be applied in situations where domestic violence against the child is not exercised, but gender violence in which the child may be affected by emotional abuse within the family environment. The existence of a right to communicate and relate to the father should also be weighted with the interest of the child, taking into account that the exercise of the same could, in some cases, endanger the safety of the child and the mother. We present in this work the problems that this matter presents.

KEY WORDS: *Gender violence; minors; male and female inequality; parental functions; parent rights; protective measures.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL MENOR. PLANTEAMIENTO NORMATIVO INTRODUCTORIO.- III. LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO LO 1/2004. ORDEN DE PROTECCIÓN DEL ART. 544 TER LECRM Y ART. 544 QUINQUIES LECRM.- 1. La Ley de Protección Integral de las Víctimas de Violencia de Género.- 2. Orden de alejamiento y orden de protección art. 544 bis, art. 544 ter y art. 544 quinquies LECRM.- IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 2015.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En España el problema de la desigualdad de género entre hombre y mujer y la violencia de género en particular, como apéndice de la misma, ha alcanzado en los últimos tiempos dimensiones históricas. Son muchas las reivindicaciones de colectivos feministas y una mayoría aplastante de mujeres se erigen en firmes defensoras de esta causa, pese a que declaren, en algunos casos, no pertenecer a ningún colectivo o partido político.

Las mujeres se muestran activas en la exigencia de una igualdad efectiva entre el hombre y la mujer; pues, aunque se han conseguido grandes logros, entienden que hay todavía mucha desigualdad en la sociedad española.

La cuestión ha trascendido enormemente a nivel social, convirtiéndose en un tema de candente actualidad. Pero se trata de una materia de enorme complejidad. Hay que tener cuidado, por tanto, para no hacer una análisis extremadamente simplista ni subjetivo, pues la cuestión es difícil y su estudio debe hacerse desde la abstracción ideológica que merece un examen que pretenda tener cierto rigor científico.

Entendemos que lo primero que hay que hacer es delimitar bien los conceptos. Hay diferentes enfoques desde los que se entiende la violencia de género y la desigualdad en general entre hombre y mujer. Hay también una visión social de los conceptos, y una visión normativa que no se corresponde plenamente con la social. Y dentro de la diferencia de conceptos a nivel social y jurídico, también podemos observar diferentes escalas de exigencia o incidencia en las pretensiones. Los

• Belén Casado Casado

Licenciada en Derecho (2001) y Doctora en Derecho por la Universidad de Málaga (2006). Actualmente es Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Málaga. Inicia su actividad docente e investigadora en esta Universidad en el año 2001. También realizó actividad colaborativa y autónoma como Abogada Ejerciente. Ha escrito multitud de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad: Derecho de Familia y Derecho de Obligaciones y Contratos. Correo electrónico: bcasado@uma.es.

motivos ideológicos, políticos, terminológicos, históricos, confluyen en conjunción perfecta para que el debate sobre igualdad y violencia de género esté servido y enquistado, pues sacrifica la practicidad y la resolución de problemas, intentando convencer más que solucionar.

Y en toda esta vorágine de términos, conceptos y reivindicaciones en materia de violencia de género, aparece la figura del menor. Las últimas reformas legislativas realizadas en España, reconocen al menor como víctima de la violencia de género, aunque la violencia no se haya cometido sobre ellos directamente. Si la madre sufre violencia física o psíquica por el cónyuge o pareja sentimental, el menor se convierte también en una víctima de esa violencia, por sufrir el ambiente de maltrato hacia la madre, por hacerle partícipe de esa violencia, incidiendo ello en su desarrollo personal y emocional. Sin embargo, no está deslindado cuándo ocurre esto, ¿en todos los casos siempre que el menor presencie la violencia?, ¿en cualquier grado e intensidad? Son los Tribunales, a través de las valoraciones concretas, de una forma por tanto tremendamente casuística, los que resolverán sobre esta afectación para el menor y con ello establecerán las medidas a adoptar.

La consideración del menor como víctima de violencia sexista va a suponer que se puedan establecer medidas de limitación de las funciones parentales. Se deja claro en las últimas reformas legales de 2015, que el menor necesita esta protección en situaciones de violencia de género. Como observamos, no es ello una cuestión baladí, tiene una enorme incidencia jurídica, pues de ello depende que se suspenda la patria potestad, por ejemplo, o se restrinja el régimen de visitas y comunicación del padre con el hijo. Los datos demuestran que resulta muy frecuente que la violencia de género aparezca en momentos de crisis, siendo la crisis la desencadenante, o generando la violencia a posteriori, la petición de ruptura y con ello la crisis conyugal.

Al problema jurídico de las medidas de protección a adoptar en relación con la mujer víctima de violencia, se unen ahora los planteamientos o la discusión en relación a cómo debe afectar esto a la relación entre el progenitor y el hijo, buscando la salvaguarda del derecho del padre a mantener contactos con el menor, el derecho del menor a relacionarse con el padre, la tutela institucional pública del Estado hacia el menor ante casos donde puede sufrir perjuicio, y la tutela del Estado hacia la mujer para poder ayudarla en la salida de la situación de violencia, procurando hacer compatible el conjunto de medidas adoptadas.

Resulta de enorme dificultad la acotación de todos los problemas que presenta esta materia, pues es transversal; incluso una visión que pretenda compaginar sólo la incidencia penal y civil del problema deriva en compleja. En este trabajo nos queremos centrar exclusivamente en el estudio concreto de estas medidas relacionadas con la protección del menor. La finalidad pretendida en este estudio es el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, desde el examen de la norma, valoraciones y sentencias,

para tener una visión de conjunto, ver sus posibles deficiencias e intentar aportar claridad. Hemos de tener en cuenta la gravedad de la cuestión, pues algunos casos de violencia de género han terminado con el resultado menos deseable de muerte del menor en manos de sus progenitores. Tampoco creemos que sea oportuno que cualquier situación de violencia de género pueda conllevar limitaciones de las funciones parentales; debemos adoptar criterios y máximas donde se respeten los intereses de todas las partes implicadas, salvo que entendamos que sólo mediante la limitación de funciones parentales se protege adecuadamente al menor.

II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL MENOR. PLANTEAMIENTO NORMATIVO INTRODUCTORIO.

La trayectoria de España en el reconocimiento de la violencia en la pareja se remonta al año 1989. Este dato lo presentamos para dejar constancia del bagaje que presenta nuestro país en su recorrido en pro de la igualdad y en contra de la violencia. No es un tema nuevo, surge desde el pleno reconocimiento de derechos y libertades, tras la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), y se pone de manifiesto para dejar de estar oculto entre la violencia doméstica o violencia realizada en el entorno familiar. Son razones históricas las que condicionan su existencia, sobre la incidencia de la falta de independencia económica de la mujer; diferente reparto de roles y relación de subordinación dentro de la familia. El Informe de la Comisión de Derecho Humanos del Senado, en su ponencia para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres, 1986, publicado en el BOCG, 12 de mayo de 1989, núm. 3131, lo recoge expresamente¹.

Sin embargo, no debemos olvidar las raíces internacionales que presenta la lucha por la igualdad de la mujer y contra la violencia, pues son las Naciones Unidas las que adquieren el liderazgo en los planteamientos, desde que recibe impulso decisivo en el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1975-1985). La Primera Conferencia Mundial sobre la mujer se convoca en México D.F. en 1975 y marca la apertura del alcance internacional sobre la igualdad de género, pasando por la Segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1980, que tuvo lugar cuando se aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW)². Posteriormente, fue la Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, de 4 de septiembre de 1995, el foro en el que

1 MAQUEDA ABREU, M. L.: "1989-2009: Veinte años de 'Desencuentros' entre la ley penal y la realidad de la violencia en pareja", en AA.VV.: *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. por M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 39-52.

2 Aprobada por la Asamblea general de la ONU en su resolución de 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. España la ratificó el 5 de enero de 1984, BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984. Vid. USHKOVA, T., ROBLES CARRILLO, M., GOÑI URRIZA, N.: "Cuestiones Internacionales", en *Violencia de Género. Perspectiva Internacional y Práctica Forense* (coord. por SERRANO FALCÓN, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 951 y ss.

se acuña la expresión “violencia de género”, que tras un Informe polémico de la Real Academia Española (en adelante RAE), es la que se recoge en la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (en adelante LOVG), reconociendo su Exposición de Motivos la enorme influencia internacional del tema que regula³.

No obstante, antes de la LOVG, ya empezaron a realizarse reformas penales como medidas contra la violencia de género, decidiendo tipificar como delito el maltrato, siguiendo el modelo de una violencia doméstica indiferenciada, que por aquel entonces incluía las relaciones afectivas, conyugales o no, y las relaciones paterno filiales, donde no estaba incluido el maltrato psicológico, y dejando el elemento de la habitualidad a merced de la interpretación judicial. Ello dio lugar a un vacío aplicativo en nuestros tribunales. Muy pronto se percibió la necesidad de una reforma legislativa ante el fenómeno de la violencia en la pareja. Se acordó una definición de la habitualidad, se incluyó a parejas no convivientes y se añadió también la violencia psicológica. De ahí pasamos a considerar la violencia para agresiones leves y ocasionales, incluyéndolas como delito y no como falta, en la reforma penal de 2003⁴. Desde estos planteamientos iniciales, la protección estaba centrada en la mujer, aunque también para mujeres menores de edad, pero no en el menor. Tenemos que esperar al Dictamen adoptado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 16 de julio de 2014, que condena al Estado Español y lo hace responsable por la muerte de una menor por su padre en un caso de violencia de género, y declara la violación por España de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer (CEDAW), que entró en vigor el 4 de febrero de 1984⁵.

El Comité destaca que los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica. En el presente caso, el Comité considera que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado para el padre, aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia, incumpliendo sus obligaciones en relación con los artículos 2 a), d), e) y f); 5 a); y 16, párrafo 1 d), de la Convención.

3 Vid. USHKOVA, T., ROBLES CARRILLO, M., GOÑI URRIZA, N.: “Cuestiones Internacionales”, cit., p. 953.

4 MAQUEDA ABREU, M. L.: “1989-2009: Veinte años de “Desencuentros”, cit., pp. 42 y 43.

5 NACIONES UNIDAS. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Distr. general 15 de agosto de 2014. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/58/D/47/2012 Comunicación núm. 47/2012. Dictamen adoptado por el Comité en su 58º período de sesiones (30 de junio a 18 de julio de 2014). Caso Ángela González Carreño.

Recomienda tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia.

En 2014 España ratifica el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, entrará en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014, ya que se ha alcanzado el número mínimo de diez Estados miembros de la organización que lo han ratificado, tal y como estipula el artículo 75 del Convenio.

La STS 17 julio 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo⁶, expresa que, aunque ni la Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante y obligatorio para el Estado parte que los reconoció, pues el artículo 24 de La Convención dispone que “los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Señala que el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del art. 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado, por imponerlo así el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna. Las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Esta Sentencia afirma que el Derecho Internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son Derecho que el Estado, como Estado democrático de Derecho, debe respetar y aplicar efectivamente, de manera que los derechos y libertades que la Constitución y los tratados internacionales celebrados por España proclaman, sean reales y concretos⁷.

6 STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) 17 julio 2018 (ROJ STS 1263/2018, ECLI, ES, TS 2018, 1263).

7 Ideas recogidas en el TFM presentada por la alumna BOMBÍN PALOMAR, G., y tutorizado por la autora de esta obra CASADO CASADO, B., denominado *La conexión entre el Derecho de Familia y la Violencia de género. La protección de los menores de edad*. Trabajo inédito al que tuve acceso como tutora.

No es de extrañar por tanto que, ante esta situación, se avecinasen cambios legislativos para España a partir de 2015⁸.

El concepto normativo de violencia de género en el Derecho español, tal y como aparece recogido en la LOVG, se circunscribe al ámbito de la violencia en las relaciones de pareja. Así lo dispone el art. 1.1 de la LOVG cuando recoge que pretende actuar contra la violencia, que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce por parte de quienes sean o hayan sido, estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Sin embargo, el concepto de violencia de género puede ser más amplio, recogiendo la violencia ejercida por terceros no parejas sentimentales, familiares, etc. El Convenio de Estambul, ratificado por España en 2014, parte de un concepto más amplio, no circunscrito a las relaciones de pareja.

El concepto restringido de la LOVG aplica criterios tales como la discriminación, desigualdad o las relaciones de poder del hombre sobre la mujer, pero estos criterios no fueron llevados al ámbito penal, lo que conllevó una diferencia de trato entre hombres y mujeres, que hizo plantear varias cuestiones de inconstitucionalidad, todas ellas resueltas en contra del trato desigual hacia el hombre. Entiende el Tribunal Constitucional (en adelante TC) que es innecesario acreditar en cada caso un determinado elemento subjetivo consistente en la intención de dominación o de control del hombre sobre la mujer; bastará con que se sepa que está ejerciendo violencia o ha mantenido una relación afectiva para que resulte aplicable la agravación de la pena, por cuanto la conducta se ha llevado a cabo en un ambiente en el que el acto de violencia adquiere objetivamente un mayor desvalor⁹. Por tanto, la LOVG parte de la aplicación de medidas para otorgar derechos a la víctima de Violencia desde una protección positiva, y represiva, sancionando conductas.

Pero también, el marco legal de protección penal, procesal y civil de la LOVG, o de las cuestiones de violencia de género en general, se conforma desde la protección del menor como víctima de la violencia sobre la mujer, incidiendo en la finalidad preventiva, de evitar perjuicios al menor.

Veamos ahora las principales medidas de limitación de funciones parentales que pueden ser aplicadas en supuestos de violencia de género, con el propósito de recopilar y de ubicarnos dentro del panorama legislativo.

8 Vid. posterior epígrafe IV de este trabajo.

9 CABRERA MARTÍN, M.: "Menores Víctimas de Violencia de Género", en *Protección Jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia* (coord. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 335 y 336, citando SSTC 59/2008, 14 mayo, 41/2010, 22 de julio, 45/2010, 28 julio.

En primer lugar, hemos de destacar, desde el ámbito penal a nivel general, las penas del art. 46 CP, como penas privativas de derechos, consistentes en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y la de privación de la patria potestad. La de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, priva al penado de los derechos inherentes a la misma, mientras que la de privación de patria potestad, implica pérdida de la titularidad, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto al penado.

El art. 48.2 CP recoge la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez como pena privativa de derechos, y al mismo tiempo establece que quedarán en suspenso respecto a los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia, que en su caso se hubiese reconocido por sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena.

Por otro lado, el art. 57.2 y 57.3 CP, como pena accesoria, establece en los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 (los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico) cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes..., la aplicación "en todo caso" de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. Añadiendo en su apartado 3 que también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves.

En la tipificación del delito de amenazas leve del art. 171.4 CP aparece expresamente referencia a la amenaza leve a la esposa o persona con quien mantenga relación análoga a conyugal aun sin convivencia "cuando el juez lo estime adecuado", la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por 5 años. Igual ocurre en el art. 172.2 CP respecto al delito de coacciones leve, o en el art. 173 CP para los delitos de torturas, tratos denigrantes o contra la integridad moral, señalando el art. 173.2 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por período de 1 a 5 años "si la violencia se ejerce de forma física o psíquica contra el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes..."; "cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor", y la pena en su mitad superior si el delito se perpetúa en presencia de menores, como agravante del tipo. Esto mismo ocurre para los delitos de lesiones psíquicas

o de menor gravedad en el art. 153 CP, con la peculiaridad de que, respecto de cónyuges, personas que convivan en relación conyugal aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, la pena está agravada de seis meses a un año de prisión o de hasta cinco años de inhabilitación del ejercicio de la patria potestad, mientras que en el art. 153.2 cuando el delito se comete frente a otras personas exceptuadas las anteriores, la pena es de prisión de tres a seis meses y de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de seis meses hasta tres años.

Aunque directamente no aparece expresamente tipificada en el precepto la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto del delito de abandono de menores del art. 229 CP o por impago de pensiones del art. 227 CP, sí se recoge la pena de inhabilitación especial de la patria potestad por período de 4 a 10 años por el delito del art. 226 CP que trata el incumplimiento en general de deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, referido también a las obligaciones de sustento de sus descendientes. Por otro lado, el art. 233 CP, a modo de cierre, recoge la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de cuatro a diez años para los delitos de abandono de menores y otros recogidos en los arts. 229-232 CP.

A nivel procesal penal, el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRM) regula la medida cautelar de prohibición de residir o de aproximarse a la víctima para delitos del art. 57 CP. Pero es el art. 544 ter LECRM el que establece la llamada Orden de Protección hacia las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección. Esta orden confiere a la víctima un Estatuto integral de protección que conllevará medidas cautelares de índole civil o penal. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima, representante legal o Ministerio Fiscal y tendrán una duración de 30 días, prorrogable a otros 30 días si se incoa procedimiento civil posterior. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Estas medidas pueden versar sobre: atribución uso de la vivienda familiar; guarda y custodia, régimen de visita y comunicación con el menor; pensión de alimentos, o cualquier otra a fin de evitar un perjuicio al menor.

El art. 544 LECRM quinquies introduce en los delitos del art. 57, con la finalidad de proteger al menor, la posible suspensión de la patria potestad, fijando un régimen de visitas con las garantías necesarias, establecer un régimen de supervisión del ejercicio

de la patria potestad, suspender o modificar el régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor; éste último con mención expresa a “cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor”.

Las referencias a las medidas de naturaleza civil están conectadas con las siguientes figuras jurídicas: privación de la patria potestad del art. 170 Código civil (en adelante CC), que puede ser total o parcial, en relación con el art. 156 CC sobre el ejercicio de la patria potestad, limitación del régimen de comunicación o estancia del art. 94 y 160 CC, la exclusión de la patria potestad del art. 111 CC para supuestos de agresiones sexuales contra la madre, las medias del art. 158 CC, que supone la posibilidad de dictar hacia uno de los progenitores una orden de aproximarse al menor o acercarse a su domicilio o centro educativo, o una orden de prohibición de comunicación para impedir el contacto verbal, escrito, visual, virtual o telemático, o cualquier otra medida necesaria para proteger al menor; todas ellas, las del art. 158 CC, como medidas que podrán adoptarse en un proceso penal, civil o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Por ello, hemos de diferenciar, como medidas comunes, las sustanciadas a través de un procedimiento civil, recogidas en los arts. 771 y ss. Ley Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en relación con los art. 102-106 CC para situaciones de crisis matrimonial y las del art. 158 CC, y otras específicas para supuestos de violencia de género sustanciadas a través de la LECRM, aunque algunas con trascendencia en el procedimiento del art. 770 LEC.

La LOVG en sus arts. 61, 62, 65, 66 y 68 fija igualmente medidas de protección al menor. En primer lugar, el art. 61 declara la compatibilidad de las medidas con cualquier otra de carácter cautelar, que se pueda adoptar en un proceso civil o penal. El art. 61.2 enfatiza en el hecho de que el Juez debe pronunciarse “en todo caso”, de oficio o a instancia de las víctimas, sobre la pertinencia de las medidas cautelares, sobre todo, las recogidas en los arts. 64, 65 y 66, aunque pudiera que el pronunciamiento fuera para descartarlas. El art. 62 es expresivo a nivel normativo de la existencia de la Orden de Protección, remitiendo al art. 544 ter LECRM, mientras que el art. 64 recoge la media de salida del domicilio, orden de alejamiento o suspensión de las comunicaciones, y los arts. 65 y 66 hacen referencia respectivamente a la suspensión de la patria potestad o custodia de menores, suspensión de las visitas y del régimen de comunicación y estancia con el menor.

Es fundamental, en aras al interés primordial del menor, diferenciar todas estas medidas, dado que su contenido, procedimiento para su adopción y vigencia, es diferente.

III. LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO LO 1/2004 (LOVG). ORDEN DE PROTECCIÓN DEL ART. 544 TER LECRM Y ART. 544 QUINQUIES LECRM.

I. La Ley de Protección Integral de las Víctimas de Violencia de Género (LOVG).

La marcada vertiente constitucional del tema estudiado, directamente relacionado con derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la igualdad (arts. 14 y 15 CE), y como principio rector de la política, pues los Poderes públicos deben promover y establecer las medidas adecuadas para que la libertad e igualdad de los individuos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), la ordenación actual sobre la violencia de género se desarrolla en ley orgánica, L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (LOVG).

La norma presenta una regulación compleja de la materia, de dudosa o deficiente técnica legislativa¹⁰, aunque con satisfactorio reconocimiento en cuanto se trata de una Ley de Protección Integral, que abarca muchos ámbitos y que conllevó diversas reformas en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, la afectación integral se expone como un gran logro de este texto normativo, ya que la norma arbitra mecanismos protectores desde la óptica social, en la concesión de ayudas y derechos a la mujer afectada por una situación de violencia de género, y se restringen libertades al agresor desde un planteamiento punitivo/represivo. Es por ello que supuso transformación de partes del ordenamiento jurídico, desde aspectos atinentes al ámbito educativo y de la formación para la educación en fomento de la igualdad, en el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación, desde el punto de vista sanitario, otorgando derechos económicos a la mujer; derecho a la asistencia jurídica gratuita, derechos laborales, tutela institucional mediante organismos creados al efecto, como el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer; para pasar por una tutela penal y procesal. La creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para la agilidad de los procedimientos, ya que conocen de la Instrucción y del Fallo, creando normas procesales de índole penal y medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas, mediante procesos garantistas más eficaces e inmediatos, para una mejor protección a las víctimas y para evitar reiteraciones o escalada en la violencia; creación del Fiscal de Violencia sobre la mujer; etc.

En la Exposición de Motivos de esta Ley, ya se señala la necesidad de establecer una protección hacia el menor como víctima directa e indirecta de la situación de violencia, para garantizar derechos de los menores y las debidas medidas de protección adoptadas respecto de la mujer que con ellos conviven.

¹⁰ REY MARTÍNEZ, F.: "La Ley contra la violencia de Género y la igualdad constitucional", en *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. por M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 32.

Hemos de tener en cuenta que, pese a que la Ley se llama de “violencia de género”, el concepto normativo de esta Ley no se corresponde con el concepto de violencia de género a nivel general, pues se entiende que la violencia de género es un concepto más amplio¹¹. La violencia de género es la que se produce contra la mujer “por el hecho de serlo” tanto dentro como fuera de casa, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida pública, diferente por tanto del concepto de violencia doméstica, entendida ésta como aquella que se produce en el grupo familiar; y que no necesariamente afecta a la relación de pareja hombre/mujer, sino que puede darse, por ejemplo, entre abuelos y nietos, etc.

La Ley reconoce que la situación de poder entre el hombre y la mujer tiene tres manifestaciones: en el ámbito social referida a las agresiones sexuales, en el ámbito laboral mediante situaciones de acoso, o en el ámbito de las relaciones de pareja mediante las situaciones de maltrato.

Pese a que el concepto de “violencia de género” aparece tras la Conferencia de Pekín en el año 1995, a nivel normativo la Ley 1/2004, en su artículo 1, Objeto de La ley, hace referencia solamente a una violencia sobre la mujer en las relaciones de pareja al recoger que “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Sin embargo, el apartado 3 estipula que se extiende a comportamientos del hombre en la relación de pareja como pueden ser los referidos a todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. El gran logro reconocido a esta norma fue poder emancipar la violencia de género de la violencia doméstica, que hasta la fecha era la única reconocida y castigada por el Código Penal, y conseguir una ley propia para este tipo de violencia, por la conciencia de la gravedad del problema y la necesidad de intervención pública mediante el control de oficio a nivel penal. Fue en 2003 cuando aparece por primera vez en los textos legales la palabra “violencia de género”, en la Ley 16/2003 de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, promulgada en Canarias. Fue bastante elogiado este cambio léxico, pues no se puede circunscribir el problema a las relaciones en el seno familiar partiendo de la base de que el origen último de esta violencia no radica en los vínculos familiares, sino en un problema estructural de nuestra sociedad, una

11 <https://conflegal.com/20180830-la-diferencia-la-violencia-domestica-la-violencia-genero/> recuperado a fecha 20 de marzo de 2019.

Vid. también, MATA MARTÍN, R.: “Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género”, en *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. por M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 112, citando a ÁLAMO, A.: “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, 2008, p. 27.

distribución de roles sociales desigual y jerárquica entre mujeres y varones¹². Si es en el contexto doméstico donde se manifiesta con mayor frecuencia este tipo de violencia, esto es el resultado de ser allí donde las relaciones entre hombre y mujer adquieren mayor intensidad y donde se evidencia el reparto de roles no equitativo, y pautas culturales que favorecen la dominación del hombre sobre la mujer¹³.

Este término legal fue criticado en su día. La RAE elaboró un Informe¹⁴ recomendando el uso de la expresión “violencia doméstica o por razón de sexo”, entendiendo que la palabra género hacía referencia a las palabras (género masculino o femenino) y no a las personas, que era el “sexo” lo que define a los sujetos. El Diccionario de la Real Academia Española (en adelante DRAE) no reconoce el concepto de “género”, como conjunto de diferencias existentes entre mujeres y varones que no son debidas a la genética ni a la biología, sino a la cultura y a la tradición, por tanto, resultado de la construcción social¹⁵.

Si se adopta la palabra “género”, las situaciones de violencia de género podrían abarcar además conductas contra el varón, partiendo de que el sexo o el género hace referencia a los dos y tiene un ámbito más amplio. Pero estamos ante una ley que regula las situaciones de violencia contra la mujer por el hombre en las relaciones de pareja, aunque la violencia de género puede englobar además violencia en otros ámbitos fuera de la relación sentimental o intrafamiliar. Por ello, se pide que España cumpla con el Convenio de Estambul ratificado en 2014 y que extienda a nivel normativo el concepto de violencia de género a matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas, trata, aborto, esterilización forzosa, acoso sexual, violencia sexual o incluso la asistencia, complicidad o tentativa a estas acciones, pues la protección que actualmente viene establecida a nivel legal es sólo penal. Son delitos reconocidos en el Código Penal, pero sin la agravante de Violencia de Género ni la protección especial que se otorga a las víctimas.

Hemos de tener en cuenta que, a nivel psicológico/social la violencia de género puede ser de siete tipos¹⁶: se habla de una violencia física, la psicológica, la sexual, ésta última incluye la presencia de violaciones dentro de la pareja, la prostitución

- 12 LAURENZO COPELLO, P.: “La Violencia de Género en la Ley Integral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, publicada en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, disponible en línea, núm. 07/08, 2005, p. 08.4. “La vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón -al amparo de las pautas culturales dominantes- para mantenerla bajo su control absoluto”.
- 13 TORRES ROSELL, N.: “Violencia de género y Derecho Penal: de la Ley 1/2004 a la reforma penal de 2015”, en *La protección a la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, Navarra, 2016, p. 298.
- 14 <https://www.elmundo.es/elmundo/2004/05/27/sociedad/1085660217.html>, recuperado a fecha 20 de marzo de 2019.
- 15 CALERO FERNÁNDEZ, M.A.: “Manifestaciones lingüísticas de la violencia de género y su tratamiento lexicográfico y jurídico”, en *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016, pp. 85 y ss.
- 16 <https://psicologiaymente.com/forense/tipos-violencia-de-genero>.

forzada, forzar la concepción o el aborto, mutilaciones genitales, acoso sexual o tocamientos indeseados, entre otros. Distinguen también entre violencia económica, patrimonial, social y la llamada violencia vicaria. La económica consiste en privarle a la mujer de recursos económicos como medida de coacción, la patrimonial reside en la destrucción o usurpación de objetos o bienes o propiedades con intención de dominarla o causarle daños psicológicos, la social consiste en el control, limitación e inducción al aislamiento social para desprotegerla o poniéndola en contra de su entorno, la vicaria es la que se ejerce contra los menores por amenazar agredir o incluso matar a los hijos, como una forma de hacerle daño a la madre, también cuando se somete a los menores a daños psicológicos por observar malos tratos entre progenitores.

La Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección integral contra la Violencia de Género de Andalucía, supone cambios legales en el concepto de violencia de género. La norma autonómica recoge el concepto amplio de violencia de género¹⁷, por cuanto que, además de a los menores, incluye a otros colectivos como son las personas mayores, las personas con discapacidad o en situación de dependencia, sujetas a la tutela, guardia o custodia de la mujer víctima de la violencia de género, que convivan en el entorno violento, así como a las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados como forma de violencia vicaria¹⁸.

Dentro del objeto de la ley, su artículo 1 es buena muestra de esta ampliación del concepto de violencia de género, que ya se venía demandando tras la ratificación por España del Convenio de Estambul. A los criterios sobre discriminación, situación de poder y desigualdad entre el hombre y la mujer en la relación de pareja, que ya recoge la Ley nacional, incide en la existencia de una cultura machista en España, y se recoge la consideración de víctimas para las madres que sufren violencia vicaria. Aclara que esta violencia basada en el género debe implicar o poder implicar para las mujeres perjuicios o sufrimientos de naturaleza física, psicológica, sexual o económica, comprendiendo las amenazas de realizar dichos actos, la coerción o

17 La Ley del 2007, Ley 13/2007 de 26 de noviembre, ya partía de un concepto amplio de violencia de género, al mencionar su art. 3:

"1. A los efectos de la presente Ley se entiende por violencia de género aquella que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el hecho de serlo.

2. La violencia a que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basada en género que tenga como consecuencia, o que tenga posibilidades de tener como consecuencia, perjuicio o sufrimiento en la salud física, sexual o psicológica de la mujer, incluyendo amenazas de dichos actos, coerción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada, sin que estuviera circunscrita al ámbito de la relación de pareja o las relaciones intrafamiliares".

18 CALERO FERNÁNDEZ, M.A.: "Manifestaciones lingüísticas de la violencia de género", cit., p. 88, recoge los diferentes conceptos de violencia de género reconocidos por los textos autonómicos, mostrando la diversidad al respecto. En algunos se habla de violencia sexista o machista, en otros se habla de violencia contra o sobre la mujer, en otra violencia de género, pero predomina el concepto amplio de violencia de género entre las legislaciones autonómicas. La Ley Canaria, como pionera y al recoger un concepto amplio de violencia de género, sirvió de modelo a otras CCAA.

privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se promueven en vía pública como privada.

El texto legal autonómico establece en su artículo 3.1: "A los efectos de la presente Ley se entiende por violencia de género aquella que, como consecuencia de una cultura machista y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el hecho de serlo y que se extiende como forma de violencia vicaria sobre las víctimas que se contemplan en la presente Ley". Recoge cuatro tipos de violencia de género: la física, la psicológica, la sexual y la económica, y los define conforme se viene haciendo por los estudios a nivel psicológico de la violencia de género ya mencionados. Por último, el art. 4 alberga normativamente descripción de comportamientos violentos, como lista ejemplificativa abierta, en cuanto que literalmente menciona que:

4. A efectos de lo previsto en la presente Ley, tendrán la consideración de actos de violencia de género, entre otros, las siguientes manifestaciones:

a) La violencia en la pareja o expareja, ejercida contra una mujer por el hombre que sea o haya sido su cónyuge o con el que mantenga o haya mantenido relaciones de afectividad, con o sin convivencia, cualquiera que sea el entorno en el que se produzca.

b) El feminicidio, entendido como los homicidios o asesinatos de las mujeres motivados por una discriminación basada en el género. Se incluirán los homicidios o asesinatos cometidos en el ámbito de la pareja o expareja, así como otros crímenes que revelan que la base de la violencia es la discriminación por motivos de género, entendiendo por tales el infanticidio de niñas por estos motivos, el homicidio o asesinato vinculado a la violencia sexual y el homicidio o asesinato en el ámbito de la prostitución y la trata.

c) Las agresiones y abusos sexuales realizados por hombres contra las mujeres mediante la utilización del sexo como arma de poder sobre aquellas, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzcan.

d) El acoso sexual, entendiendo por tal los comportamientos de tipo verbal, no verbal o físico de índole sexual realizados por el hombre contra la mujer, que tengan como objeto o produzcan el efecto de atentar contra su dignidad, o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.

e) El acoso por razón de sexo, referido a comportamientos que tengan como causa o estén vinculados con su condición de mujer y tengan como propósito o

produzcan el efecto de atentar contra la dignidad de las mujeres y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.

f) La violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, entendida como actuaciones que restrinjan el libre ejercicio de su derecho a la salud sexual o reproductiva, que nieguen su libertad de disfrutar de una vida sexual plena y sin riesgos para su salud, el derecho a decidir, el derecho a ejercer su maternidad y el derecho a no sufrir esterilizaciones forzadas.

g) La trata de mujeres y niñas, conceptuada como la captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción de mujeres, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, por medio de amenazas o uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios con la finalidad de explotación sexual, laboral, matrimonio servil y cualquier otra que pudiera estar relacionada con esta tipología de vulneración de los derechos humanos.

h) La explotación sexual de mujeres y niñas, consistente en la obtención de beneficios de cualquier tipo, mediante la utilización de violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, aun con el consentimiento de la misma, en el ejercicio de la prostitución, la servidumbre sexual u otros tipos de servicios sexuales, incluidos actos pornográficos o la producción de material pornográfico.

i) La mutilación genital femenina, entendida como conjunto de prácticas que suponen la extirpación total o parcial de los genitales externos femeninos o produzcan lesiones en los mismos por motivos no médicos ni terapéuticos sino, generalmente, culturales, aunque exista consentimiento expreso o tácito de la mujer, adolescente o niña.

j) El matrimonio precoz o forzado, entendido como un matrimonio en el que no haya existido un consentimiento libre y pleno de la mujer para su celebración, bien porque haya sido fruto de un acuerdo entre terceras personas, ajeno a la voluntad de aquella, bien porque se celebre bajo condiciones de intimidación o violencia o porque no se haya alcanzado la edad prevista legalmente para otorgar dicho consentimiento o se carezca de capacidad para prestarlo, incluso si en el momento de la celebración no se hubiera procedido a su incapacitación judicial.

k) Las violencias originadas por la aplicación de tradiciones culturales que atenten contra los derechos de las mujeres, tales como crímenes por honor, crímenes por la dote, ejecuciones extrajudiciales, ejecuciones o castigos por adulterio o violaciones por honor.

l) La violencia derivada de conflictos armados, incluyendo todas las formas de violencia posible: asesinato, violación, embarazo forzado, aborto forzado o esterilización forzosa, entre otras.

m) La ciberviolencia contra las mujeres es aquella violencia de género en la que se utilizan las redes sociales y las tecnologías de la información como medio para ejercer daño o dominio, entre las que figuran el ciberacoso, ciberamenazas, ciberdifamación, la pornografía no consentida, los insultos y el acoso por motivos de género, la extorsión sexual, la difusión de imágenes de la víctima y las amenazas de violación y de muerte.

n) La violencia vicaria es la ejercida sobre los hijos e hijas, así como sobre las personas contempladas en las letras c y d del artículo 1 bis, que incluye toda conducta ejercida por el agresor que sea utilizada como instrumento para dañar a la mujer.

ñ) La violencia que se ejerce a través de medios de comunicación o publicidad, que fomente o incentive la discriminación por razón de sexo o utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio o incorporando mensajes que la promuevan.

o) Cualquier otra forma de violencia contra las mujeres que lesione o sea susceptible de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las víctimas comprendidas en el objeto y ámbito de aplicación de la presente Ley”.

La norma autonómica expresamente dice que no es necesaria la presentación de denuncia para que pueda hablarse de violencia de género o de la existencia de víctimas de violencia de género, a efectos de poder aplicar los mecanismos protectores establecidos en la misma, pero se refuerzan los organismos administrativos de control, asistencia y la formación de funcionarios.

Deberá acreditarse la situación mediante certificación o informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la Administración competente, o certificación de los servicios de atención a la víctima o servicios de acogida, informe de la Inspección de Trabajo o de la Seguridad Social, resoluciones judiciales, atestados policiales, o informe del Ministerio Fiscal.

Hay una fuerte conciencia social de la gravedad de este problema y de la necesaria intervención pública sobre el mismo. Sin embargo, resulta muy discutido todo el ámbito penal en relación a la violencia de género. La doctrina penalista se muestra muy crítica en lo atinente a las reformas penales que se venían realizando antes del 2004 y que la Ley del 2004 ha terminado por perpetrar. Como en todas las normas penales, en relación a la violencia de género aparece la función punitiva del mandato legal, y aquí está la principal crítica a la regulación sobre violencia de

género en la actualidad, la que supone modificación de los preceptos de nuestro Código Penal hacia la idea de una mayor punición.

Aunque ciertas reformas penales antes de la ley de 2004 LOVG perfilaron los conceptos de habitualidad, para mejorar la redacción de los tipos penales, por los problemas que en la aplicación práctica estaban presentando, la línea represiva fue cobrando fuerza ya en 2003, y tras la Ley de 2004, los criterios de desigualdad, abuso de la situación de poder y discriminación no aparecieron en la aplicación de los tipos penales. Sobre la constitucionalidad de esta materia, el TC¹⁹ se pronunció defendiendo un desvalor de resultado, que por sí mismo era merecedor de la aplicación de las penas con independencia de la culpabilidad o de la prueba exacta de los criterios para cada caso, sin necesidad de acreditar por tanto el elemento subjetivo; mientras tanto, pasó a ser delito lo que antes era falta, en las agresiones y maltratos leves o menores²⁰.

Este fenómeno expansivo penal no se ha visto con buenos ojos. Se habla por ello de una diferencia de trato a nivel penal entre hombre y mujer que conlleva discriminación, haciendo recaer toda la carga penal castigando al agresor. La importancia de los delitos graves quedaría disfrazada en las amenazas, coacciones o delitos leves, incluso podrían incluirse comportamientos que más que amenazas o malos tratos fueran indicadores de una estructura social sexista como la existente, criminalizando todos los enfrentamientos e invadiendo la vía penal, en perjuicio de los casos de mayor gravedad²¹.

La discriminación positiva no se acepta en el ámbito penal, ya que este ámbito requiere, no un simple juicio de razonabilidad, sino un estricto juicio de proporcionalidad de la medida, de idoneidad de la misma, intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto²².

La seguridad de las víctimas parece servir para justificar esta honda represiva, pudiendo dar lugar a que penas de prisión y medidas cautelares se apliquen ante un episodio único de maltrato ocasional, condenando la violencia habitual que era la base de la protección legal a nivel penal²³.

19 CABRERA MARTÍN, M.: "Menores Víctimas de Violencia de Género", cit., pp. 335 y 336, citando SSTC 59/2008 14 mayo, 41/2010 22 julio, 45/2010 28 julio.

20 Sobre la culpabilidad en este ámbito vid. MATA MARTÍN, R.: "Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género", cit., p. 120. TORRES ROSELL, N.: "Violencia de género y Derecho Penal.", cit., p. 305, menciona la discrepancia entre el contenido del art. 1 de la LOVG y la previsión finalista de los tipos penales.

21 MAQUEDA ABREU, M. L.: "1989-2009: Veinte años de "Desencuentros", cit., p. 47, habla de avalancha judicial. LAURENZO COPELLO, P.: "La Violencia de Género en la Ley Integral", cit., p. 23 "La sanción desproporcionada por hechos de escasa significación se convierte en una medida ejemplarizante que acaba por presentar al varón como receptor de una sanción injusta, y en esa medida, como víctima de un sistema represor extremo".

22 REY MARTÍNEZ, F.: "La Ley contra la violencia de Género y la igualdad constitucional", cit., p. 38.

23 MAQUEDA ABREU, M. L.: "1989-2009: Veinte años de "Desencuentros", cit., p. 47.

LAURENZO COPELLO, P.: "La Violencia de Género en la Ley Integral", cit., p. 8.22, habla de función

Habría que estudiar bien si el principio de culpabilidad resulta respetado, en cuanto se puede aplicar la agravante sin necesidad de probar la situación de desigualdad o discriminación. No se cuestionan, sin embargo, las acciones positivas, que otorgan derechos a las mujeres. El TC defiende la idea de la no discriminación, en cuanto que entiende que la finalidad justifica la medida, que es prevenir las agresiones, que son normas adecuadas a esa finalidad y la diferencia de trato en la aplicación de las penas entre hombre y mujer es mínima, pues pasa de 3 a 6 meses de prisión. Hay que mirar el problema desde la óptica del mayor desvalor del resultado, desde la protección penal de la igualdad real y no desde la óptica de la mayor culpabilidad o mayor vulnerabilidad²⁴.

El Tribunal Supremo (en adelante TS) determinó después la necesidad de acreditar, en cada caso concreto, la intencionalidad de dominación en la conducta violenta del hombre hacia la mujer, para que tales hechos pudieran ser considerados de violencia de género. La declaración del TC tuvo como consecuencia que el TS asumiera en algunas de sus sentencias la interpretación literal de los tipos penales de género, pero tras la STS 8 junio 2009²⁵, vino a exigir de nuevo el contexto machista para la aplicación de los tipos de violencia de género, pese a las discrepancias que ello ocasionó en la doctrina y jurisprudencia; la postura mayoritaria iba en la línea de exigir la discriminación, menosprecio o dominación sobre la mujer²⁶.

2. Orden de alejamiento y orden de protección art. 544 bis, art. 544 ter y art. 544 quinquies LECRM.

La crítica a la aplicación de agravantes y tipos penales por violencia de género en el Código Penal, contrasta con la idea de oportunidad defendida para medidas como la Orden de Alejamiento o la Orden de Protección, pues pretenden amparar a la víctima más que castigar. Estas son las medidas recogidas en la LECRM y en la LOVG, arts. 544 bis, ter y quinquies, y arts. 61 y ss. LOVG respectivamente. Por ello, la Orden de Protección permite desplegar un abanico de medidas tuitivas en función de cada situación, concediendo a la víctima un Estatuto Especial de Protección. La Orden de Protección, por tanto, consiste en una resolución judicial que permite la adopción de medidas cautelares diversas, pudiendo ser estas de naturaleza civil o de naturaleza penal, siendo conjugadas desde una mayor efectividad con la competencia que asumen los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer, al conocer de la Instrucción y del Fallo, así como de otras medidas provisionales civiles, y ello desde el punto de vista de ayuda a la mujer como víctima y también desde el punto de

ejemplificante o "pedagógica" del derecho penal, para transmitir a la sociedad de manera tajante que todo acto de violencia contra las mujeres está prohibido.

24 REY MARTÍNEZ, F.: "La Ley contra la Violencia de Género y la igualdad constitucional", cit., p. 37.

25 Vid. <https://app.vlex.com/#vid/76467605>

26 TORRES ROSELL, N.: "Violencia de género y Derecho Penal: de la Ley 1/2004 a la reforma penal de 2015", cit., p. 310.

vista del menor, víctima también en estos casos de la situación de violencia, pues las medidas cautelares de naturaleza civil hacen precisamente referencia a limitaciones de funciones parentales con el propósito de evitar peligros para éste.

No obstante, se critica el tratamiento secundario que la LOVG da al menor, pues pese a los cambios legislativos realizados, sobre todo a partir de 2015, este menor se sigue presentado con un tratamiento residual y accesorio y con poca eficacia en la práctica debido al escaso estudio del tema²⁷.

Existen diferencias de ámbito, pues la orden de protección al amparo de la LECRM es de aplicación general común, para supuestos de violencia doméstica, circunscrito a las relaciones de violencia realizadas en el entorno familiar; mientras que las del la LOVG tiene un ámbito de aplicación específico para las situaciones de violencia de género. También existen diferencias procedimentales entre ellas, aunque se confunden y en ocasiones se solapan, pudiendo resultar redundantes.

El art. 544 bis de la LECRM recoge la llamada Orden Alejamiento, al señalar como medida para delitos del art. 57 CP, la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia, entidad local o Comunidad Autónoma, el juez o Tribunal podrá imponer esta medida cautelar cuando lo considere estrictamente necesario para la protección de “la víctima”, víctima en general, según su sentido literal. Incluye la posibilidad de ordenar la prohibición de acudir a determinados lugares, municipio, provincia...de aproximarse o comunicarse. De la misma manera, el art. 64 LOVG habla de la obligación de salir del domicilio en el que hubiera estado residiendo con la pareja o tenga su residencia la unidad familiar, en lugar de la prohibición de residir en general, y la prohibición de volver al mismo (arts. 64.I LOVG). La orden de alejamiento conlleva la prohibición de aproximarse a la persona protegida, lo que impide acercarse a la misma en cualquier lugar en el que se encuentre, domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar frecuentado por ella (art. 64.3 LOVG). También podrá incluir la prohibición de comunicación con la víctima por cualquier medio. El contenido varía en su dicción literal, pero parece ser repetitivo, aun así, se plantea la posibilidad de que ambas medidas puedan actuar de forma complementaria, pues las entienden compatibles. El art. 61 LOVG ya expresa la necesaria complementariedad de estas medidas con cualesquiera otras civiles y penales que puedan adoptarse.

Es el art. 544 ter LECRM el que hace referencia concreta a la llamada Orden de Protección a favor de la víctima. Este artículo fue introducido en la LECRM por la

27 CORTADA CORTIJO, N.: “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la Lo 1 /2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”, en *La protección de la Víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, Navarra, 2016, p. 363.

Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la Orden de Protección, posteriormente ampliada y modificada con la LOVG. Dicho precepto tiene connotaciones literales de mayor imperatividad, en cuanto muestra que el Juez “dictará” esta Orden ante una situación objetiva de riesgo para la víctima. Resulta estar inspirada en principios como el de protección a la víctima y a la familia, para que recupere la sensación de seguridad frente a posibles amenazas o represalias de aquel, principio de urgencia para que la Orden se ejecute con la mayor celeridad mediante un procedimiento sencillo, principio de integralidad, para que la Orden concrete de una sola vez el estatuto de protección, concentrando todas las medidas cautelares necesarias, principio de accesibilidad, para que se inicie de forma sencilla y accesible a todas las víctimas y principio de utilidad procesal, para favorecer la instrucción de la causa y la recogida, tratamiento y conservación de pruebas²⁸.

Nos planteamos qué significa la mención a la situación objetiva de riesgo, pues en el Estudio de sentencias realizado por el Observatorio contra la Violencia doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) se ha constatado que, precisamente, el anuncio de la separación o ruptura de la pareja por parte de la víctima es un factor de riesgo de la violencia más extrema²⁹. Debemos pues atender, para valorar esta situación objetiva de riesgo, a elementos objetivos que aporten indicadores del mismo, por ejemplo, el medio empleado, los antecedentes delictuales del agresor, antigüedad y contenido, la probabilidad de que se repitan los hechos, las posibles alteraciones psíquicas o toxicológicas, el informe forense, unido a las declaraciones del denunciante y del denunciado y al resultado de la acción cuando éste sea exteriormente constatable³⁰. Debe conllevar una situación de riesgo inminente; por ello, la SAP Madrid 7 febrero 2013, entiende que las medidas cautelares del art. 544 ter número 6 se adoptarán por el juez de Instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima, la SAP Madrid (Sección 26ª) Auto 7 febrero 2013, afirma que la situación objetiva de riesgo no significa otra cosa que constatación objetiva de posibilidad de advenimiento de una acción lesiva para la integridad física o psíquica de la víctima, SAP Sevilla 18 diciembre 2012, no resuelve concediendo la Orden de Protección en un supuesto de violencia verbal continuada, porque manifiesta, no se dieron actos violentos en los siete meses posteriores. No procede la misma, por tanto, sin agresiones físicas y ante una situación de bajo riesgo³¹.

28 SOTORRA CAMPODARVE, M. C.: “Protección en el ámbito penal” en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense* (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 494 y 495.

29 VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: “Orden de alejamiento” en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014, p. 1419.

30 SOTORRA CAMPODARVE, M. C.: “Protección en el ámbito penal”, cit., p. 529.

31 Sentencias recogidas en VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: “Orden de alejamiento”, cit., pp. 1417 y 1418.

El art. 62 LOVG referido a la Orden de Protección, remite totalmente al art. 544 ter LECRM. El precepto indica, en primer lugar, la posibilidad de que esta Orden de protección se inicie de oficio o a instancia de parte y arbitra un procedimiento sencillo de tramitación. Puede conllevar la adopción de cualquier medida cautelar penal que se estime necesaria, (art. 544 ter 6 LECRM). Pero a nivel civil, especifica que las medidas deben ser solicitadas por la víctima o su representante o el Ministerio Fiscal, si hubiera hijos menores, pero con obligación de pronunciarse por el juez incluso de oficio sobre la pertinencia de estas medidas solicitadas. A continuación, detalla las medidas cautelares como lista abierta, al disponer: la atribución de uso de la vivienda, régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación o estancia con los menores o personas con capacidad judicialmente modificada, prestación de alimentos, así como cualquier otra disposición que considere necesaria a fin de evitar perjuicio para el menor. Estas medidas tienen una vigencia temporal de 30 días ampliables a otros 30 días si se presenta demanda civil. El apartado II del art. 544 ter LECRM también hace referencia a la posibilidad de acordar la Orden de protección una vez iniciado el proceso penal, cuando surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas al encausado.

Es el art. 544 quinquies LECRM el que trata específicamente de las medidas cautelares para proteger a los menores, pues se conjugan difícilmente las órdenes de protección o de alejamiento si no hay disposición normativa sobre qué medidas adoptar sobre los hijos. Ambas estarán directamente relacionadas, pues no se entiende una Orden de Alejamiento en relación a la persona y no al espacio físico, o una prohibición de comunicación con la madre, si no se fija la recogida de visitas del menor por terceros o en Punto de Encuentro Familiar. Los derechos y responsabilidades parentales del padre permiten el mantenimiento pleno de dichas facultades/responsabilidades, salvo que las mismas resulten restringidas judicialmente, aunque se haga de forma provisional³².

Es aquí donde la protección del menor para situaciones de violencia de género adquiere virtualidad propia. Dichas medidas restrictivas tienen que ver con la suspensión de la patria potestad, con fijación, si procede para este caso, de régimen de visitas y comunicación, suspensión del régimen de visitas y o comunicación, establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, supervisión del régimen de visitas, modificación del mismo; el juez adoptará algunas de estas medidas motivadamente, como medidas protectoras hacia el menor. Esta limitación de las funciones parentales no está sometida a plazo. Al final la norma recoge que el juez o Tribunal ratificará o alzará las medidas adoptadas en interés exclusivamente del menor.

32 La patria potestad se configura derecho-deber de los padres, conllevando facultades siempre en beneficio o interés del menor. Se discute si el derecho de visita es un derecho del progenitor o del menor. Sobre la naturaleza del derecho de visita. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Editor J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 389.

La LVOG en sus arts. 65 y 66 recoge las medidas cautelares civiles de protección a los menores. Habla igualmente de suspensión del ejercicio de la patria potestad, suspensión de la guarda y custodia. Si no acordara la suspensión el juez debe pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá la patria potestad o la guarda y custodia. Entendemos que sigue reflejando un sistema abierto de protección, en cuanto que al final del precepto, art. 65 LOVG, establece que "Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución". Igualmente podrá suspender el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con el menor. Si no acordara la suspensión deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación con los hijos, con la mención final a "Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución" (art. 66 LOVG). La suspensión de las visitas no tiene que ser absoluta, pues puede conllevar que se eviten las pernoctas y estancias prolongadas, o que intervengan en las visitas terceros o el Punto de Encuentro Familiar³³.

La naturaleza jurídica de estas figuras, Orden de Alejamiento, Orden de Protección con fijación de medidas penales y civiles, ha sido cuestionada, pues más que asegurar la efectividad del resultado del proceso, la intención que persigue es mantener la paz familiar durante el procedimiento y la seguridad de la víctima, en parecidos términos a los arts. 102 y 103 CC. Son más bien unas medidas procedimentales instrumentales. Al ser análogas a las recogidas en el art. 771 LEC no cabe recurso alguno. La extrapolación de este criterio ha sido adoptado por el SAP Alicante (Sección 1ª) 13 febrero 2004, con la finalidad de dotar del mismo régimen de recursos a las medidas de idéntica naturaleza, sin perjuicio de la revisión de las mismas en vía civil³⁴.

Igualmente entendemos que, si estas medidas civiles están fundadas en el interés del menor y no en el interés de la madre, en base sólo a ello habrá de justificarse su adopción. El Interés Superior del Menor se convierte en principio garante en la aplicación de las mismas, deberá valorarse cada situación mediante las pruebas aportadas y prevalecerá éste frente al interés de los progenitores³⁵. Pero no podemos olvidar que en vía civil tenemos la puerta abierta para la adopción de medidas de este tipo a través del cauce del art. 158 CC, o en sede de crisis matrimonial, a través del art. 94 CC y 103 CC, preceptos estos que sirven igualmente de fundamento para limitar las funciones parentales.

33 VILLEN A CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: "Régimen de visitas y suspensión", cit., p. 1463.

34 Sentencia recogida en VILLEN A CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: "Régimen de visitas y suspensión", cit., p. 1465.

35 CORTADA CORTIJO, N.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I)", cit., p. 370, recoge en este sentido la STC 176/2008, 22 diciembre.

De la misma manera, la doctrina penalista manifiesta la necesidad de que se cumpla en su aplicación el principio de culpabilidad y proporcionalidad, pues limitan derechos fundamentales, así como exigen que se cumpla el principio de audiencia, contradicción y necesidad³⁶.

IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 2015.

Aunque la LOVG ya mencionaba en su Exposición de Motivos la necesidad de proteger al menor en supuestos de violencia de género, esta normativa estaba pensada para la protección de la mujer y no del menor.

Es en el año 2015 cuando empezamos a advertir un cambio de tendencia del legislador hacia el refuerzo de “los grandes olvidados”, estos menores que en algunos casos están presenciando la situación de violencia hacia su madre, sobre todo cuando la prensa se empieza a hacer eco, cada vez más, de los casos más dramáticos de muertes de menores a manos de sus progenitores. Son los llamados casos de violencia vicaria, la violencia hacia el menor como una forma de hacerle daño a la mujer³⁷.

Existen datos estadísticos de las muertes de menores a manos de sus padres, pero no de los menores que se ven afectados por la violencia de género; estos datos no se encuentran recogidos³⁸.

Los avances normativos advierten también prudencia correctora, con el propósito de no criminalizar en todos los casos la situación del padre, cuando aún no ha sido condenado en virtud de sentencia firme, el problema de las denuncias falsas, la crítica ya expuesta a una herramienta punitiva de marcado calado, debe enfrentarse a una toma en consideración cuando menos bastante cautelosa en lo que a la restricción de los derechos parentales se refiere.

La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la adolescencia, modificó la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM), recogiendo la ampliación que ya se venía haciendo a nivel internacional del concepto de Interés Superior del Menor. En su art. 1 recoge las tres dimensiones de este principio: desde su consideración como

36 CORTADA CORTIJO, N.: “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I)”, cit., p. 370 “La naturaleza limitativa de dichas medidas va a requerir que su adopción deba realizarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y “en todo caso con intervención del Ministerio Fiscal y respeto a los principios de contradicción, audiencia y reserva”. Vid también VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: “Orden de alejamiento”, cit., p. 1469.

37 Vid. sobre este tema el estudio reciente realizado por PERAL LÓPEZ, M. C.: *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre sus hijas e hijos*, UMA editorial, Málaga, 2018.

38 CORTADA CORTIJO, N.: “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas”, cit., p. 373. Esta autora recoge la idea de los escasos datos existentes al respecto y aboga por una suspensión automática de todas las relaciones del menor con el agresor, como cambio legislativo, pues la ley actual no admite esta suspensión automática.

derecho sustantivo, como criterio interpretativo y como criterio procedimental. El art. 2.2 LOPJM en su apartado c) señala como pauta general para fijar el interés superior del menor; entre otros muchos, el que este menor viva en un entorno adecuado libre de violencia. El art. 2.4 LOPJM hace referencia al criterio interpretativo, afirmando que se tendrán en cuenta como interés prioritario el del menor; pero “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados”.

El Preámbulo de la LO 8/2015 de 22 de julio afirma que los menores que viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género son víctimas de la misma. La victimización se manifiesta porque al estar expuestos a esa clase de violencia su bienestar y desarrollo personal se ve afectado negativamente, y pelagra su salud, se les convierte en un mero instrumento para ejercer el dominio y violencia sobre la mujer y son el medio a través del cual se inocula a las generaciones siguientes el veneno de la violencia de género³⁹.

Esta Ley 8/2015 de 22 de julio, modificó también la LOVG a los efectos de disponer que las medidas de protección integral en ellas previstas, no están pensadas sólo para las mujeres sino también para sus hijos menores (art. 1.2 LOVG), dotando de mayor claridad al contenido del art. 61, ya que impone la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en especial sobre las civiles que afectan a menores que dependen de la mujer víctima de violencia de género.

De esta manera, el anterior art. 65 LOVG sólo hacía referencia a que el Juez “podrá suspender” para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o la guarda y custodia, y ahora se redacta de manera más imperativa para establecer que el Juez “podrá suspender”, pero “deberá pronunciarse en todo caso” sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad o la guarda y custodia. Adoptará las medidas de seguridad necesarias para la mujer y los menores y realizará un seguimiento periódico de su evolución. El art. 66 anterior hacía referencia igual a que el Juez “podrá suspender” el régimen de visitas y comunicación, pero ahora presenta la coletilla de que “deberá pronunciarse en todo caso” sobre la forma en que se ejercerá el mismo y adoptará las medidas necesarias para asegurar la integridad, seguridad y recuperación de los menores y de la mujer y realizará un

39 SERRANO MASIP, M.: “Víctimas de violencia de género y derechos de participación en el proceso penal”, en *La Protección a la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir., por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016, p. 337.

seguimiento periódico de su evolución. Aunque se trata de una potestad discrecional judicial, con esta redacción se hace más visible a nivel normativo la necesidad de proteger al menor:

El art. 61.2 incide en que las medidas antes expuestas pueden ser pedidas a instancia de la víctima o ser tomadas de oficio, manifestando la pertinencia de las mismas, el plazo y el régimen de cumplimiento, así como las medidas complementarias si fuera el caso.

La Ley 26/2015 de 28 de julio de Protección a la Infancia y la Adolescencia, modificó el art. 158 CC. Los nuevos apartados 4 y 5 de este precepto recogen, como medida judicial civil general, el establecimiento de la prohibición de aproximarse al menor por parte de sus progenitores, al domicilio, centro educativo u otros lugares que frecuente, la prohibición de comunicarse o mantener contacto escrito, verbal o visual, en virtud de cualquier medio, respetando siempre en ambos casos el principio de proporcionalidad.

Igualmente, esta Ley 26/2015 modificó el art. 11 y 12 de la LOPJM para establecer como principios rectores de la actuación pública “La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar; sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar; así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso (art. 11.2 i) LOPJM)”. “Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación” (art. 12.3 LOPJM).

Como contrapartida advertir que esta Ley 26/2015 también modificó el art. 160 CC, para recoger el derecho de visita del progenitor aún estando en prisión al establecer que “Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo, la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor”.

El art. 544 quinquies, al igual que el art. 544 ter apartado 7 LECRM antes explicado, fue fruto de otra reforma de 2015, en concreto, de la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, precepto centrado en la protección del menor.

No obstante lo anterior, para la asistencia psicológica se ha reformado el artículo 156 del Código Civil, que tras el Real Decreto-Ley 9/2018 de 3 de agosto, dispone que "Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos".

Como podemos observar, se ha constatado a nivel legal una mayor exigencia de protección hacia el menor para situaciones de violencia de género. Sin embargo, por el poco tiempo de la reforma y comprobando datos estadísticos, son muy pocos los casos en los que a nivel práctico judicial se establecen restricciones por parte de los órganos judiciales. Por ejemplo, entre los años 2005-2010 sólo se suspendió la guarda y custodia en un 8% de los casos y el régimen de visitas en un 4%, en el año 2011 un 7,1% y un 3,4% las visitas, en 2012 un 7,1% la custodia y un 3,1% las visitas, en el año 2013 un 6,7% las visitas y un 3% las visitas, en el año 2014 un 5,7% y las visitas un 3%. La protección en general del menor por la vía del art. 158 CC para evitarle un perjuicio a penas supera este período el 1%⁴⁰. Datos más recientes publicados por el Consejo General del Poder Judicial, Observatorio contra la Violencia de Género y Doméstica, muestran en el año 2016 una suspensión de la patria potestad del 1,5 % y del derecho de visitas de 1,3 %, y en 2015 de 1,7% y de un 1,1% respectivamente. La protección del menor para evitarle un perjuicio no supera la cifra el 0,4%, y la suspensión de la patria potestad que en años anteriores se visibiliza en el 0,4%, en el año 2015 y 2016 no supera el 0,1%⁴¹. Los datos de los años 2016 y 2017 muestran un aumento muy moderado desde la entrada en vigor de las reformas de 2015⁴².

40 TOLDRA ROCA, D.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (II). La protección de menores: encrucijada judicial", en *La Protección a la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, Navarra, 2016, p. 391.

41 Datos extraídos de PERAL LÓPEZ, M. C.: *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre sus hijas e hijos*, cit., pp. 148 y 149.

42 Vid. PERAL LÓPEZ, M. C.: *Madres maltratadas*, cit., pp. 190 y 191.

Respecto a esta propensión, podemos ver situaciones en la práctica judicial como las que ahora planteamos:

- La SAP Albacete (Sección 1ª) 27 octubre 2015⁴³, revoca la resolución dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Albacete, por la que se priva al padre de la patria potestad, considerando la sala que la privación es una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva, sustituyendo la privación por la atribución del ejercicio exclusivo a la madre, al ser condenado el padre a una pena de prisión de 5 años y prohibición de aproximación y comunicación durante ocho, por la comisión de un delito de lesiones y de detención ilegal en presencia del menor:

- La SAP Madrid (Sección 22ª) 7 diciembre 2015⁴⁴, confirma la dictada por el Juzgado de Violencia, en la que se suspende del ejercicio de la patria potestad al padre en materia de educación y salud, ya que este se encontraba privado de libertad por delitos de violencia de género, aunque añade como razón para ello, la imposibilidad de contacto con la figura materna, por la prohibición de comunicación con ella. En el mismo sentido la SAP Barcelona (Sección 12ª) 21 octubre 2015⁴⁵, declara el ejercicio exclusivo de las funciones derivadas de la patria potestad a favor de la madre, por privación de libertad del progenitor por delitos relacionados con la violencia de género, existiendo prohibición de aproximación hacia la madre y menores.

- La STS (Sala 1ª) 13 mayo 2016⁴⁶, confirma la dictada por la SAP Madrid, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad por la imposibilidad del ejercicio efectivo, por encontrarse el padre privado de libertad por delitos de violencia de género.

- En sentido contrario se pronuncia la STS (Sala 1ª) 26 noviembre 2015⁴⁷. Se confirma la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad, y se suspende el régimen de visitas, al progenitor ingresado en prisión por delitos de violencia de género. De la misma forma, la SAP Almería (Sección 1ª) 19 febrero 2015⁴⁸, confirma la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Almería, suspendiendo el régimen de visitas al padre por encontrarse privado de libertad, y otorgando el ejercicio conjunto de la patria potestad.

43 SAP Albacete (Sección 1ª) 27 octubre 2015 (SAP, B, 9738, 2015, ECLI, ES, APB, 2015, 9738)

44 SAP Madrid (Sección 22ª) 7 diciembre 2015 (ROJ AAP M 3992, 2018, ECLI: ES, APM, 2018, 3992A)

45 SAP Barcelona (Sección 12ª) 21 octubre 2015 (ROJ AAP B 4248, 2017, ECLI: ES, APB, 2017, 4248A).

46 STS (Sala 1ª) 13 mayo 2016 (ROJ STS 2129, 2016, ECLI, ES, TS, 2016, 2129).

47 STS (Sala 1ª) 26 noviembre 2015 (ROJ STS 4900, 2015, ECLI, ES, TS, 2015, 490).

48 SAP Almería (Sección 1ª) 19 febrero 2015 (JUR 2015, 16874).

- En esta dirección también se manifiestan las siguientes resoluciones: La SAP Cáceres (Sección 1ª) 15 junio 2015⁴⁹, SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 25 marzo 2015⁵⁰, en las que se ratifica la suspensión del régimen de visitas por la privación de libertad por violencia de género y el ejercicio conjunto de la patria potestad. SAP Madrid 20 noviembre 2015⁵¹, en la que se confirma la suspensión del régimen de visitas, por la existencia de procedimiento penal por violencia de género, acordándose la prohibición de aproximación y comunicación hacia la madre y los hijos, manteniéndose la patria potestad compartida. SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 14 enero 2016⁵² y SAP Lérida (Sección 2ª) 30 junio 2016⁵³, en las que se acuerda la suspensión del régimen de visitas por encontrarse el padre en prisión, sin especificar el motivo de la privación de libertad, otorgando la patria potestad compartida.

A diferencia de otros extremos, que sí resultan de imperativa aplicación, y no quedan a disposición de los Tribunales, sorprende que el legislador no se haya planteado la privación de la patria potestad de forma automática para todos los supuestos de muerte dolosa de la madre como consecuencia de la actuación del padre, sino que se mantiene la fórmula de valoración judicial del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, cuando no parece que pueda existir mayor atentado a estos hijos que privarles de por vida de su madre. En este sentido se pronuncia también Teresa SAN SEGUNDO MANUEL, que ha hecho un estudio de las diversas sentencias en las que se priva al padre de la patria potestad por este motivo⁵⁴.

En el ámbito de los Tribunales, en supuestos de homicidios/asesinatos consumados e intentados, consta la imposición de pena de privación de patria potestad asociada al artículo 55 del CP, sobre todo desde STS 30 septiembre 2015⁵⁵, que revoca la resolución dictada por la Audiencia Provincial y priva de la patria potestad al procesado afirmando que “Ciertamente, repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencia el severo intento del padre de asesinar a su madre”, y añade que “es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto

49 SAP Cáceres (Sección 1ª) 15 junio 2015 (JUR 2015, 174756).

50 SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 25 marzo 2015 (JUR 2015, 214832).

51 SAP Madrid 20 noviembre 2015 (JUR 2015, 307924).

52 SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 14 enero 2016 (JUR 2016, 240640).

53 SAP Lérida (Sección 2ª) 30 junio 2016 (JUR 2016, 214655).

54 “Uno de los atentados más graves que pueden cometerse contra el bienestar del menor es privarle de su madre por haberla matado”. SAN SEGUNDO MANUEL, T.: “Incidencia de la violencia de género en el ámbito civil de la familia y los menores. Intercambio de experiencias y unificación de criterios”, CGPJ, *Cuadernos digitales de formación*, núm. 25, Año 2010.

55 STS 30 septiembre 2015, (STS 4122,2015, ECLI, ES, TS, 2015, 4122)

negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad". Desde esta sentencia, suele ser pacífica su imposición por los tribunales y así la vemos aplicada en la STS 9 mayo 2017⁵⁶.

Sorprende la SAP Lleida (Sección 2ª) 17 noviembre 2014⁵⁷, donde se concede la guarda y custodia en exclusiva al progenitor en primera y segunda instancia⁵⁸. Entiende el Juzgador que no es suficiente la tramitación de la causa penal por violencia de género, sino que se exige un conjunto de hechos que permitan valorar que el menor ha sido víctima directa o indirecta. Sobre la duda del término víctima directa o víctima indirecta, la de considerar si el menor se encuentra en esta situación siempre que en el entorno familiar se haya producido un acto de violencia sobre la madre, pues ello constituye una causa suficiente para apreciar el perjuicio hacia el menor, por la agresión al entorno familiar, o bien la de entender que el menor es víctima cuando no ha sufrido el ataque directo, pero ha podido padecer de alguna forma la agresión a la madre. O la sentencia que determina que no es procedente la guarda y custodia compartida de un menor ante un supuesto de violencia de género dictada en primera y segunda instancia STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 14 abril 2014⁵⁹.

La SAP Almería 6 marzo 2018⁶⁰, atribuye la custodia a la madre por la existencia de indicios fundados de violencia de género del padre contra los menores. Debemos fijarnos en que la sentencia trata de presuntos atentados físicos y psíquicos contra la madre, pero se alega la consideración a los menores como víctimas de la situación del maltrato, tras la reforma de 2015 (la sentencia habla de esta reforma como argumento en apoyo de su valoración), una vez valorados los informes psicosociales. Se fija un régimen de visitas para el padre.

Por otro lado, la SAP Almería 15 mayo 2018⁶¹, suspende el ejercicio de la patria potestad al padre condenado por violencia de género y otorga ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, en tanto no varíen las circunstancias y el entorno de violencia. En primera instancia se había suspendido el régimen de visitas, pero no el ejercicio de la patria potestad.

56 STS 9 mayo 2017 (STS 2092, 2017, ECLI, ES, TS, 2017, 2092). Datos jurisprudenciales extraídos del TFM de BOMBÍN PALOMAR, G., dirigido por CASADO CASADO, B., cit., pp. 22 y ss., denominado "La Conexión entre el Derecho de Familia y la Violencia de Género. La protección de los menores de edad".

57 SAP Lleida (Sección 2ª) 17 noviembre 2014 (JUR 2015, 43383)

58 Vid. comentario al respecto en TOLDRÁ ROCA, D.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos", cit., pp. 385 y ss.

59 STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 14 abril 2014 (JUR 2014, 172308). Vid. comentario al respecto en TOLDRÁ ROCA, D.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos, cit., pp. 395 y ss.

60 SAP Almería 6 marzo 2018 (JUR 2018, 242716).

61 SAP Almería 15 mayo 2018 (JUR 2018, 241965).

V. CONCLUSIONES.

Entendemos que se desconoce cómo deben ser aplicadas estas limitaciones a las funciones parentales.

Los estadísticas de violencia de género apenas disminuyen con los años o incluso aumentan⁶². Pese a ello, la protección al menor en estos casos muestra unos datos muy bajos, algo que resulta totalmente contradictorio con la idea anterior:

Debemos evaluar la aplicación de medidas en función del interés del menor, teniendo en cuenta que es preferente al interés de los progenitores en caso de colisión.

También debemos tener en cuenta que los criterios a considerar en estas limitaciones no deben ser los mismos, en función de si estamos hablando de una pena como tal dispuesta por el Código Penal, una medida cautelar, o una restricción de funciones parentales en virtud de un procedimiento civil.

La problemática resulta extremadamente compleja. No se trata de limitar más ni de forma automática las funciones parentales, sino de vertebrar a nivel legal en qué casos pueden aplicarse todas estas medidas para situaciones concretas de violencia de género.

Se hace totalmente necesario, para avanzar en la protección del menor, el estudio pormenorizado de cada una de las medidas protectoras, configurando parámetros de aplicación para cada una de ellas.

62 Vid. https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informe_magnitudes_10_01_2019_0.pdf, donde se pueden comparar mediante diferentes gráficos y ver su evolución.

BIBLIOGRAFÍA

CABRERA MARTÍN, M.: "Menores Víctimas de Violencia de Género", en *Protección Jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia* (coord. por C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Navarra, 2017.

CALERO FERNÁNDEZ, M. A.: "Manifestaciones lingüísticas de la violencia de género y su tratamiento lexicográfico y jurídico", en *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.

CORTADA CORTIJO, N.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la Lo 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género", en *La protección de la Víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.

LAURENZO COPELLO, P.: "La Violencia de Género en la Ley Integral", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, publicada en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, disponible en línea, núm. 07/08, 2005.

MAQUEDA ABREU, M. L.: "1989-2009: Veinte años de "Desencuentros" entre la ley penal y la realidad de la violencia en pareja", en AA.VV.: *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009.

PERAL LÓPEZ, M. C.: *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre sus hijas e hijos*, Uma editorial, Málaga, 2018.

REY MARTÍNEZ, F.: "La Ley contra la violencia de Género y la igualdad constitucional", en *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. por M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Barcelona, Editor J. M. Bosch, 1997.

SAN SEGUNDO MANUEL, T.: "Incidencia de la violencia de género en el ámbito civil de la familia y los menores. Intercambio de experiencias y unificación de criterios", CGPJ, *Cuadernos digitales de formación*, núm. 25, Año 2010.

SERRANO MASIP, M.: "Víctimas de violencia de género y derechos de participación en el proceso penal", en *La Protección a la víctima de Violencia de Género, Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.

SOTORRA CAMPODARVE, M. C.: "Protección en el ámbito penal" en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense* (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014.

TOLDRÁ ROCA, D.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (II). La protección de menores: encrucijada judicial", en *La Protección a la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.

TORRES ROSELL, N.: "Violencia de género y Derecho Penal: de la Ley 1/2004 a la reforma penal de 2015", en *La protección a la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.

USHKOVA, T., ROBLES CARRILLO, M., GOÑI URRIZA, N.: "Cuestiones Internacionales", en *Violencia de Género. Perspectiva Internacional y Práctica Forense*, (coord. por SERRANO FALCÓN, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: "Régimen de visitas y suspensión", en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014.

VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: "Orden de alejamiento" en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014.