

Menores y violencia de género

Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género

Elena B. Marín de Espinosa
Ceballos

Universidad de Granada

Abstract*

Este trabajo analiza las reformas realizadas en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, por la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Tales cambios persiguen otorgar una mayor protección y seguridad a los menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género. Para ello se pasa a considerar al menor víctima directa, limitando, además, la relación del menor con el agresor mediante la aplicación en el proceso penal de medidas cautelares civiles. Esta última propuesta no supone ninguna novedad, pues ya se contemplaba antes de la reforma, a pesar de constatar su escasa apreciación por los Tribunales. El trabajo examina, a su vez, si en caso de que se produzca una posterior condena por violencia de género, estas medidas preventivas pueden imponerse como penas, determinando así si es posible atribuir al agresor las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, reguladas en el Código penal, aunque la acción prohibida recaiga sobre una persona distinta, que no es otra que la mujer.

Der vorliegende Beitrag analysiert die Reformen, die im Organgesetz 1/2004 vom 28. Dezember über die Maßnahmen zum integralen Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt durch das Organisationsgesetz 8/2015 zur Änderung des Schutzsystems für das Kindes- und Jugendalter durchgeführt wurden. Mit dieser Reform sollen Minderjährige, die mit Frauen leben, die Opfer von Gewalt geworden sind, besser geschützt werden. Konkret wird das minderjährige als unmittelbares Opfer betrachtet; darüber hinaus wird die Beziehung des Minderjährigen zum Angreifer durch die Anwendung zivilrechtlicher Vorsorgemaßnahmen im Strafverfahren beschränkt. Ausserdem untersucht der vorliegende Beitrag, ob bei einer späteren Verurteilung wegen geschlechtsspezifischer Gewalt diese Präventivmaßnahmen als Strafe verhängt werden dürfen. Dadurch wird überprüft, ob es möglich ist, dem Angreifer einen Verlust des Sorgerechts sowie den Verlust der Fähigkeit, das Sorgerecht auszuüben aufzuerlegen, obwohl die strafbare Handlung sich gegen eine unterschiedliche Person nämlich die Frau gerichtet hat.

This paper analyzes the reforms carried out in the Organic Law 1/2004, on Measures of Integral Protection against Gender Violence, introduced by the Organic Law 8/2015 which modifies the system of protection of childhood and adolescence. Such changes seek to grant greater protection and security to minors who live with women who are victims of gender violence. Thus, minors have been considered direct victims of violence. And the relationship between the minor and the aggressor has also been limited through the application in the criminal judicial proceedings of civil precautionary measures. This second proposal does not suppose any novelty, since already it was contemplated before the legislative reform, in spite of verifying its scarce appreciation by the courts of justice. The paper examines, in turn, whether in case of subsequent conviction for gender violence, these preventive measures could be imposed as penalties. The question is whether to determine if it is possible to attribute to the aggressor the penalties of deprivation of parental authority and special disqualification from exercising parental authority, regulated in the Spanish Criminal Code, even though the prohibited action falls on a different person that is none other than the woman.

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto I+D DER2014-56417-C3-1-P: "Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos: caracterización general, conceptualización legal y perspectiva político-criminal", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Titel: Kinder und Geschlechtsgewalt. Analyse der im Jahr 2015 im Umfassenden Gesetz gegen geschlechtsspezifische Gewalt durchgeführten Reform.

Title: Minors and gender violence, according to the reform promoted by the Organic Law 8/2015

Palabras clave: violencia de género, menores, penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

Keywords: Gender violence, minors, penalties of deprivation of parental authority and special disqualification from exercising parental authority.

Stichworte: Gewalt gegen Frauen, Minderjährige, Verlust des Sorgerechts, Verlust der Fähigkeit, das Sorgerecht auszuüben.

Sumario

1. Introducción

2. Las reformas realizadas en la Ley Orgánica contra la violencia de género por la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

2.1. El menor como víctima directa

2.2. El Juez penal que conoce de la violencia de género debe pronunciarse, en todo caso, de oficio o a instancia de parte, sobre la aplicación de medidas cautelares de naturaleza civil para proteger a los menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género

3. La aplicación al condenado por violencia de género de penas o medidas específicas para proteger a los menores que conviven con la mujer

4. Conclusiones

5. Bibliografía

1. Introducción

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha supuesto un avance significativo en la lucha contra esta terrible lacra social¹. Con esta Ley se ha pretendido ofrecer una respuesta global para combatir la violencia de género, aunque se ha evidenciado su insuficiencia², especialmente en lo referente a la defensa que la misma ha de

¹ En este sentido COMAS D'ARGEMIR, «La Ley integral contra la violencia de género, nuevas vías de solución» en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTIN, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, p. 42.

² RUIZ GONZÁLEZ, «Instrumentos jurídicos para la erradicación de la violencia de género en España y sus bases constitucionales», *Letras Jurídicas*, (23), pp. 313-331. Este autor hace referencia a las distintas estrategias nacionales contra la violencia de género y las directrices del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2013, resaltando que pese al avance en la materia todavía queda mucho por hacer en las políticas de igualdad y no discriminación por razón de género. Insistiendo en ello vid. LARRAURI PIJOAN, «Control formal y el derecho penal de las mujeres», en LA MISMA, *Mujeres, Derecho penal y criminología*, 1ª ed., 1994, p. 115, pues hasta ahora "el Estado ha sido relativamente poco eficaz en la prevención de los delitos violentos contra la mujer, y en la disminución del sufrimiento posterior a la victimización."

proporcionar a los menores que conviven con las mujeres maltratadas³. A pesar de ello, la existencia de esta ley ha supuesto un cambio fundamental en el tratamiento de este fenómeno desde su entrada en vigor porque ha logrado conferirle visibilidad al mismo, al tiempo que ha contribuido, de manera muy relevante, a la sensibilización y concienciación tanto a los ciudadanos, como a los poderes públicos⁴. También ha conseguido que las mujeres víctimas de violencia de género obtengan información sobre los derechos que les asisten y sobre las medidas destinadas a su protección. A su vez, ha creado una importante red de centros y servicios destinados a asistir a las mujeres en todos los niveles, tanto sociales como económicos, sanitarios y jurídicos; ha creado instituciones específicas, tal que el Observatorio contra la violencia de género, el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén); al tiempo que ha especializado las existentes, como los juzgados y las fiscalías. Asimismo, la Ley ha propiciado que los agentes implicados (sanitarios, miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o los operadores del Derecho) se formen adecuadamente para prevenir, detectar y tratar a las víctimas de la violencia de género.

A partir de los años setenta del siglo pasado se comenzó a mostrar interés sobre el impacto que este tipo de violencia tiene sobre los menores que viven en estos hogares⁵, evidenciándose que la violencia de género afectaba también, de forma muy directa, a los menores que conviven con la mujer. Todos los estudios venían así a indicar que los niños que “viven en la violencia” sufren secuelas psicológicas negativas, ya que el mero hecho de presenciar esas situaciones les provoca múltiples consecuencias, entre las que cabe destacar el estrés traumático, la depresión o los posibles trastornos de la personalidad⁶. Además, un impacto tan lesivo les lleva frecuentemente a aprender a entender el mundo de una manera inadecuada, hasta el punto de llegar a confundir los modelos y roles sociales. Así, al hallarse esos menores aún en una fase de crecimiento y desarrollo madurativo y, por tanto, de conformación de su personalidad, estando en un entorno de violencia al que toman como referencia, acaban interiorizando los roles de maltratador o maltratada y los patrones de comportamiento violentos. De ese modo, viviendo en ese marco o contexto de violencia, les impide discriminar lo que es adecuado o está bien⁷.

³ Claramente se refleja el clima que existía en España antes de la aprobación de la Ley contra la violencia de género y los pasos previos procediéndose a la aprobación de diferentes Planes de Acción contra la violencia doméstica, informes de la fiscalía y del Poder judicial en MORILLAS CUEVA, «Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de una Ley integral» en JIMÉNEZ DÍAZ (coord.), *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, 2009, pp. 26 ss.

⁴ Recientemente el pleno del Congreso ha aprobado el 28 de septiembre de 2017 el documento para un pacto de Estado contra la violencia de género con la finalidad de reforzar, entre otras medidas dirigidas a la mujer, la protección de los menores. El documento se aprobó por mayoría, sin unanimidad, con 178 votos a favor y la abstención de 65.

⁵ ESPINOSA BAYAL, «Las hijas e hijos de mujeres maltratadas: consecuencias para su desarrollo e integración escolar», *Instituto Vasco de la Mujer*, 2004, que denuncia las dificultades para llevar a cabo estas investigaciones por los escasos estudios que hay sobre la materia. (disponible en: http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/proyecto_nahiko_formacion/es_def/adjuntos/2004.11.30.angeles.espinosa.pdf).

⁶ Sobre la violencia invisible de los hijos/as de las mujeres de la violencia machista y aclarando la diferencia de éste con el maltrato infantil en NIETO MORALES, *La crisis en las familias, infancia y juventud en el siglo XXI. Una mirada desde la experiencia laboral*, 2015, pp. 117-124.

⁷ ASENSI PÉREZ, «Violencia de género. consecuencias en los hijos», *Revista psicológica científica*, (9-4), 2007, pp. 1 ss. (Disponible en: <http://www.psicologiaincientifica.com/violencia-familiar>).

Una evidencia de ello se refleja en el informe del Defensor andaluz del menor referido a “Los menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia”, presentado el 14 de septiembre de 2012, en el Parlamento de Andalucía⁸. En este informe se alude al impacto que generan en los menores las situaciones de maltrato y violencia de género producidas en el ámbito familiar. En él se insiste en que el primer problema que ha de abordarse es, precisamente, el de la carencia de estudios⁹ y datos reales sobre la materia¹⁰, al no existir un seguimiento estadístico de los menores que viven en una situación de violencia. El informe recoge los datos de la Macroencuesta de Violencia de Género de 2011, realizada en base a un Convenio entre la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). A esta Macroencuesta se incorporó por primera vez un módulo relativo a la existencia, o no, de hijos e hijas menores de las mujeres maltratadas. Los resultados del trabajo indicaron que, de las 8.000 mujeres que formaron parte de la muestra representativa analizada, el 76,9% tenía hijos o hijas. Además, a estas víctimas se les preguntó si, en alguna ocasión, esos episodios de violencia de género se habían realizado en presencia de sus hijos. La cifra alcanzada, en este supuesto, ha de reputarse extraordinariamente alarmante, pues el 65% de las mujeres encuestadas respondieron a la misma afirmativamente. El Informe del Centro de Investigaciones Sociológicas concluye así afirmando que, aproximadamente, 517.000 niños sufren malos tratos en el contexto de la violencia de género; y que más de un millón y medio de españoles han padecido maltrato cuando eran pequeños, en el marco de episodios de violencia ejercida contra sus madres. A ello se suma la constatación de que, en España, el 10,9% de la población femenina, esto es, más de 2,15 millones de mujeres, han sufrido malos tratos alguna vez en su vida; y, más de 600.000 lo padecieron al menos durante el último año. De ellas, 7 de cada 10 dijo tener hijos menores de edad, por lo que en el estudio se deduce que unos 800.000 niños se encuentran sufriendo, en la actualidad, la violencia sobre sus madres. Esta cifra significa que el 10% de la población infantil del país convive habitualmente en un ambiente de violencia de género, y que, por tanto, 2,8 millones de españoles han pasado por esta situación cuando eran niños. Finalmente, en el estudio se pone de manifiesto que, en más de la mitad de los casos, los menores, además de ser testigos, han sufrido directamente la violencia. Ello implica, según este estudio, que casi 1,5 millones de españoles han padecido violencia en este contexto, y que unos 517.000 menores, actualmente, han sido maltratados.

En vista de las terribles consecuencias que soporta este colectivo de menores se hizo ineludible la necesidad de protegerlos, también, como víctimas de la violencia de género ejercida contra sus

⁸ Véase en: <http://www.defensordelmenordeandalucia.es/menores-expuestos-a-violencia-de-genero-victimas-con-identidad-propia>.

⁹ Un estudio pionero sobre la violencia contra la mujer en el que se aportan algunos datos de menores que la presencian por convivir con la víctima en JIMÉNEZ DÍAZ/MORILLAS FERNÁNDEZ/GARCÍA ZAFRA, *Sobre el maltrato a la mujer. Una serie de 338 casos*, 2006, p. 119. En este trabajo se analiza una muestra de 338 mujeres que acuden a los diferentes SAVA de Andalucía como consecuencia de sufrir malos tratos por su pareja durante la primavera de 2003 hasta diciembre de 2004. El estudio pone de manifiesto al examinar a las personas sobre las que se produce el maltrato que en el 47,90% de los casos se cometieron en presencia de los hijos.

¹⁰ El estudio indica que los datos existentes proporcionan una información parcial. Los datos oficiales que utilizan las distintas Administraciones y agentes sociales contabilizan sólo los casos de menores expuestos a violencia de género que han llegado al Sistema, bien sea sanitario, educativo, social, judicial o policial, dejando fuera otros muchos supuestos. La mayoría de los casos no son conocidos porque no se han detectado o porque no han sido objeto de intervención. La consecuencia de ello es fácilmente imaginable: la limitación de las cifras no permite conocer con exactitud la incidencia real del problema.

madres. Consciente de ello, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, supuso un importante avance en su defensa. Así, en la Exposición de Motivos ya se venía a indicar que “las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla su protección, no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”. De ahí que, por ejemplo, el art. 19 de esta Ley reconoció el derecho a la asistencia social integral, no sólo para la mujer, sino también para los niños y niñas menores de edad que se encontraban sujetos a la patria potestad o guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género; o en su Título IV, dedicado a la tutela penal, en los denominados delitos de violencia de género, el legislador agravó la pena, entre otros casos, cuando los hechos “se perpetren en presencia de menores” (arts. 153.3; 173.2; 171.5 y 172.2 CP)¹¹. En definitiva, desde la entrada en vigor de la Ley contra la violencia de género los menores también han sido objeto de protección. Sin embargo, en los últimos años, algunos supuestos mediáticos de progenitores que asesinan a sus hijos¹², o que los sustraen del domicilio habitual incumpliendo gravemente una resolución judicial, instrumentalizando así a los menores cuando se rompe la relación de pareja, han provocado gran alarma social y ha evidenciado las carencias del sistema.

En este contexto, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, ha reformado la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La nueva Ley de referencia regula así los derechos fundamentales del menor en situaciones de especial vulnerabilidad y establece medidas protectoras orientadas a combatir los problemas que presenta esta realidad social. En lo que respecta a la modificación operada en la Ley contra la violencia de género, los cambios realizados se destinan a conceder la condición de víctimas directas a los menores que conviven con las mujeres que sufren este tipo de violencia. Y además, refuerza la exigencia de que los jueces de lo penal que conocen de esos hechos de violencia de género se pronuncien necesariamente sobre las medidas civiles que les afecten para salvaguardar su seguridad.

Por tanto, conforme a lo expuesto, el objeto de este trabajo se centra en el análisis de las modificaciones realizadas a la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se examinan así tales reformas con la finalidad de comprobar si con ellas se logra alcanzar el objetivo propuesto, ofreciendo una adecuada protección a los menores que conviven con las mujeres víctimas de violencia de género. Así, se pretende determinar qué ha aportado al menor el nuevo estatus de víctima directa, y se analiza la compatibilidad de las medidas cautelares de naturaleza civil con una posterior condena por violencia de género. En este sentido, se estudiará también, si en caso de que se dicte una sentencia condenatoria, es posible

¹¹ Un estudio sobre los preceptos penales que fueron afectados por la Ley contra la violencia de género en ACALE SÁNCHEZ, «Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», en VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008, p. 111.

¹² Desde el año 2013 el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial registra los datos de niños muertos por sus padres o por las parejas o exparejas de las madres. Desde esa fecha hasta el año 2017 han perdido la vida 23 niños y niñas. (vid. Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o expareja, datos recogidos del epígrafe denominado: casos de crimen múltiple -mujer e hijos).

aplicar al agresor penas privativas de derechos para proteger al menor, en especial, la privación de la patria potestad y la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad pese a que la acción prohibida recaiga sobre un sujeto pasivo distinto, es decir, sobre mujer.

2. Las reformas realizadas en la Ley Orgánica contra la violencia de género por la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Los menores que conviven con las mujeres víctimas de violencia de género se convierten también en víctimas de esa situación al crecer en un entorno familiar dominado por la violencia. El Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia afirma que “cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable”. Entre ellas, como indica este Preámbulo, es especialmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta violencia afecta a los menores de muchas formas; condicionando su bienestar y su desarrollo, causándoles serios problemas de salud y convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Además, la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar favorece la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas.

Por todo lo indicado, el legislador en la Ley contra la violencia de género reconoce a los menores como víctimas directas¹³ de la violencia de género, incorporándolos expresamente en el art. 1 de la Ley, “con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos”¹⁴. Y además, modifica la redacción de los arts. 61, 65 y 66 de la Ley contra la violencia de género, “para lograr una mayor claridad y hacer hincapié”¹⁵ en la obligación que tienen los Jueces de lo penal de pronunciarse sobre las medidas cautelares de naturaleza civil que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.

2.1. El menor como víctima directa

En consecuencia, la reforma legislativa modifica la condición de los menores, que dejan de ser víctimas indirectas para considerarse, en la actualidad, víctimas directas de la violencia de género. Ello se logra modificando el segundo párrafo al art. 1¹⁶ de la Ley Orgánica 1/2004, que adquiere así la siguiente redacción: “por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad

¹³ Un sector de la doctrina ya solicitó que los menores tuvieran la consideración de víctimas directas, vid. SILLERO CROVETTO, «Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer», *Revista de Derecho de Familia*, (54), 2012, p. 31, señalando que se “minimizan las conductas violentas del padre-agresor, tratando a los menores como «víctimas indirectas» de la situación de violencia de género, lo que supone ignorar su afectación directa, de ahí que en contados casos se suspenden las visitas con el maltratador, a pesar de ser una medida prevista expresamente en la Ley Integral como mecanismo para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz a la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de la violencia de género”.

¹⁴ El Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y de la adolescencia.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Sobre el significado del art. 1 de la Ley antes de la reforma, ACALE SÁNCHEZ, «El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género», en FARALDO CABANA (dir.), *Política criminal y reformas penales*, 2007, p. 55.

es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a *las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia*". Por consiguiente, el cambio consiste en sustituir el término genérico de "víctima", presente en la anterior redacción, por la actual enumeración de los sujetos que merecen esa consideración.

En principio, podría interpretarse que se trata de una reforma menor. Sin embargo expresa un cambio esencial, ya que, mediante la misma, la Ley contra la violencia de género viene a equiparar al menor que vive y presencia la violencia con la mujer que la sufre. Realmente su inclusión como víctima directa consigue dar visibilidad a este grave fenómeno, pero este objetivo también se puede alcanzar mediante la concienciación, sensibilización y educación de la sociedad y de las instituciones y, además, con una específica formación de los operadores que intervienen en la lucha contra este tipo de violencia. Este nuevo estatus de víctima directa no tiene ninguna consecuencia jurídica añadida, pues tan solo el legislador se limita a incluir expresamente a los menores en el art. 1, relativo al objeto de la Ley, pero sin añadir cambio alguno. Así, no han sufrido alteración los derechos que la propia Ley les reconocía; ni se han otorgado más prestaciones a aquellos. Tampoco se han incluido nuevas medidas destinadas a su protección. Sin embargo, el que se considere al menor víctima directa o indirecta sí debería tener trascendencia jurídica. Mas lo cierto es que en esta reforma solo ha supuesto un cambio nominal, que deja sin sentido cualquier discusión sobre este tema. El nuevo estatus posee una función simbólica, parece que simplemente se persigue tranquilizar a la sociedad frente a los casos mediáticos de menores asesinados por los padres o parejas de la madre.

El incorrecto concepto de violencia de género que asume la Ley española al limitarlo a la mujer que mantiene o ha mantenido una relación sentimental con el agresor¹⁷ y, por tanto, excluyendo de él aquella violencia que se ejerce en los otros contextos donde se desarrolla la vida de la mujer, queda aún más desfigurado al incorporarse en el art. 1 de la Ley que el objeto de la misma es tanto la protección de la mujer como de los menores.

En realidad, la inclusión de los menores como víctimas directas revela la insistencia del legislador en identificar la violencia de género con la violencia familiar. De ese modo, la violencia que ejerce la pareja o expareja contra la mujer en el contexto familiar inevitablemente afectará a otros miembros de la familia como son los hijos, los abuelos/as, etc., que conviven con el maltratador¹⁸.

¹⁷ La doctrina mayoritaria se manifiesta críticamente: LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en la ley integral. Valoración político criminal», *RECPC*, (7-8), 2005, p. 6.; LA MISMA, «La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo» en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO (coords.), *Género, violencia y derecho*, 2008, p. 330; MAQUEDA ABREU, «La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social», *RECPC*, (8-2), 2006, p. 6; DE LA CUESTA AGUADO, «El concepto de violencia de género de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, (27-3), 2012, pp. 7-8; ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA (dir.), *Política criminal y reformas penales*, 2007, p. 55; BODELÓN GONZÁLEZ, «La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la tradición jurídica del feminismo», en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO (coords.), *Género, violencia y derecho*, 2008, p. 270; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género», en LOS MISMOS (coords.), *La Reforma Penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, p. 34; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en LA MISMA (dir.), *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, 2015, p. 164 ss.

¹⁸ Así ya lo indicó la Circular 4/2003 de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, p. 7: "Ahora bien, determinados actos por su propia dinámica y naturaleza, pese a que

Todos deben estar amparados y protegidos por la Ley, especialmente los menores que son, generalmente, los más vulnerables.

Ha de insistirse en que la violencia de género¹⁹, como es sabido, es la violencia de hombres contra mujeres y las conductas violentas que históricamente se ejercen contra ella se amparan en razones estructurales²⁰, que hacen referencia al papel que, en las sociedades y culturas patriarcales, tradicionalmente se le han asignado a aquélla²¹, a fin de mantenerla sometida, dominada y, por tanto, discriminada por un hombre por su condición de mujer²².

El Consejo de Europa, y los demás organismos internacionales que se han pronunciado sobre la materia²³, han precisado el concepto de violencia de género, diferenciándolo del de violencia familiar²⁴. Así, el Convenio sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, adoptado en Estambul en 2011²⁵, en su art. 3 indica que por “violencia contra

producen un resultado que recae sobre un miembro concreto del grupo familiar, afectan a todos los miembros del mismo que han de ser considerados víctimas del delito en su conjunto. La anterior consideración es importante a efectos de la fijación de la responsabilidad civil y de la adopción de medidas cautelares. Asimismo, esta consideración deviene esencial para impedir que la actitud de retractación (frecuente y humanamente explicable) de determinados denunciadores adquiera eficacia: no sólo se trata de un delito público en el que no cabe ninguna figura de perdón o de renuncia a la acción penal, sino que, además, la víctima frecuentemente no sólo es el sujeto pasivo de la acción violenta que manifiesta la retractación sino todos los restantes integrantes del núcleo de convivencia familiar”.

¹⁹Ampliamente analizando el origen del concepto de género vinculado a la mujer vid. AMORÓS PUENTE, «Conceptualizar es politizar», en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO (coords.), *Género, violencia y derecho*, 2008, pp. 35 ss.; COBO BEDIA, «El género en las ciencias sociales» en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO (coords.), *Género, violencia y derecho*, 2008, pp. 51 ss.; ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 2006, pp. 75 ss.

²⁰ Claramente lo refleja LARRAURI PIJOAN al determinar las percepciones criminológicas de la violencia de los hombres contra las mujeres. En primer lugar señala que estos hombres sólo son agresivos con sus parejas, por lo que la irracionalidad del hombre es difícilmente constatable. En segundo lugar, que la violencia es instrumental, usada para conseguir determinadas prestaciones a las que los hombres creen tener derecho y, finalmente, que siempre las expectativas de obediencia de los hombres con respecto a sus mujeres se han facilitado legalmente, tanto en las leyes civiles como penales. Vid. LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, 2007, p. 17.

²¹ LARRAURI PIJOAN critica que los ideales masculinos y femeninos se basan en las distinciones sobre mujeres y hombres construidas biológicamente, y ello provoca que se inicie “la socialización de las mujeres a esos valores y tareas para finalmente acabar afirmando que la mujer tiene unas “dotes naturales. En el proceso se esfuma el proceso socialmente construido del género y aparece como natural y biológicamente determinado” (LARRAURI PIJOAN, en LA MISMA, *Mujeres, Derecho penal y criminología*, 1ª ed., 1994, p. 115, pp. 11-12).

²² En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la cuestión de inconstitucionalidad planteada al art. 153.1 del Código penal modificado por la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004 de 28 de diciembre. Ampliamente sobre ello en LARRAURI PIJOAN, «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *Indret*, (1), 2009, pp. 1 ss.

²³ Entre otros, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (“CEDCM”, 1979) y su Protocolo facultativo (1999); la Recomendación general nº 19 del Comité de la CEDCM sobre la violencia contra la mujer, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) y sus Protocolos facultativos (2000). La Cuarta de la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing septiembre de 1995, La resolución WHA49.25 sobre Prevención de la violencia: una prioridad de salud pública 49 Asamblea Mundial de la Salud; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/44 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

²⁴ ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 2006, pp. 75 ss.; BODELÓN GONZÁLEZ, en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO (coords.), *Género, violencia y derecho*, 2008, p. 270.

²⁵ Ampliamente sobre este Convenio en VENTURA FRANCH, «El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica», *Revista de Derecho Político*, (97), 2016, pp. 179-208. La autora critica que en el articulado del Convenio se produce una confusión de los términos de violencia de género y violencia doméstica o familiar y de los sujetos activos y pasivos.

las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, designando todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. Y, además, en el mismo precepto se aclara que por “género” se entenderán los roles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres. Y, por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer por el hecho de serlo o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

El Convenio Europeo de los Derechos Humanos, con la finalidad de ofrecer una adecuada protección a las víctimas de la violencia contra la mujer por razón de género, insta a los Estados a que tipifiquen como delito la violencia psicológica, el acoso, la violencia física, la violencia sexual, los matrimonios forzados, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto, la esterilización forzosa y el acoso sexual. Todas estas conductas atentan contra los derechos fundamentales de las mujeres y constituyen expresiones de violencia de género cuando el autor del hecho se ampara en el tradicional papel de subordinación e inferioridad que se le asigna a la mujer, persiguiendo discriminarla, dominarla o someterla. Así, los hechos que se realizan en esas circunstancias de desigualdad estructural se integran bajo la denominada violencia de género, y pueden llevarse a cabo en cualquier contexto (en el ámbito familiar, en el profesional, en el educativo, en el tiempo libre o de ocio, etc.).

Este concepto de violencia de género es el que debe plasmarse en las leyes específicas de violencia contra la mujer, aunque éste, lamentablemente, no es el que se ha trasladado a la Ley española contra la violencia de género. Se trata de una ley incompleta, que sólo concibe la violencia de género como un problema reducido al ámbito privado²⁶, a la violencia ejercida por la pareja o expareja en el contexto familiar, olvidándose de la violencia ejercida en el ámbito público. El legislador español omite así lo establecido en los textos internacionales, excluyendo a las otras víctimas mujeres (hijas, hermanas, madres, vecinas, compañeras de trabajo, etc.), descarta otras formas violentas de agresión que se realizan contra la mujer (matrimonios forzados, mutilaciones genitales, esterilizaciones forzadas, abortos no consentidos, etc.) y no tiene presente otros contextos diferentes al ámbito familiar (el profesional, el educativo, el propio del tiempo libre o de ocio, etc.). Desgraciadamente, el pacto contra la violencia de género ha perdido una ocasión propicia para incorporarlo²⁷.

Así pues, considero que si al limitado alcance que muestra la Ley española, la cual, como se ha subrayado, sólo incorpora a las mujeres que tienen o han tenido una relación sentimental con el agresor, se agregan los menores que conviven con la mujer como víctimas directas, puede ocurrir

²⁶ En este sentido, de que todavía se considera la violencia machista como un problema privado y haciendo referencia al modelo familiar de patriarcado de la sociedad española en GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *RECPC*, (18-20), 2016, pp. 1 ss.

²⁷ El Pleno del Congreso aprueba el pacto contra la violencia de género el 28 de septiembre los votos afirmativos de 278 diputados y 65 abstenciones de los representantes de Unidos Podemos y de algunos diputados del Grupo Mixto, alegando, entre otros motivos, que al pacto le falta un enfoque feminista y un enfoque integral que aborde todas las violencias machistas.

que esta Ley, además, pierda su verdadera entidad y razón de ser, renunciando a ser una Ley contra la violencia de género fundamentada en las desigualdades estructurales y destinada a la protección de la mujer que es discriminada por un hombre por su condición de mujer. La extensión de la categoría de víctima directa a los menores desfigura la Ley de violencia de género, que pasa así a convertirse en una especie de Ley contra la violencia doméstica²⁸ o familiar, aunque parcial, dado que sólo otorga protección a algunas víctimas. En concreto, ampara a aquéllas que el legislador estima que son seres vulnerables, insistiendo, como ya ha criticado de forma constante la doctrina²⁹, en equiparar a la víctima mujer con la víctima vulnerable.

2.2. El Juez penal que conoce de la violencia de género debe pronunciarse, en todo caso, de oficio o a instancia de parte, sobre la aplicación de medidas cautelares de naturaleza civil para proteger a los menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género

Asimismo, la reforma legislativa insiste en ordenar a los jueces que conocen de supuestos de violencia de género que se pronuncien sobre la relación que deben mantener los menores con el agresor de la mujer durante la tramitación del procedimiento. A ese fin les insta a que adopten medidas cautelares para proteger al menor, al abrir las primeras diligencias o durante la fase de instrucción.

Sin embargo, como es sabido, lo cierto es que la Ley integral contra la violencia de género ya incluía algunas medidas preventivas y de protección en los arts. 64, 65 y 66; preceptos éstos en los que se requería al Juez que en los procesos de violencia de género se pronunciara sobre la relación que debía mantener el menor con el agresor de la mujer. En concreto, había de determinar si en interés del menor debían aplicarse medidas cautelares y de aseguramiento que limitaran esa relación. Pues bien, la reforma de 2015 afecta a esta exigencia, viniendo a reforzar el requerimiento hecho al Juez para que se pronuncie expresamente sobre las medidas cautelares aplicables para proteger al menor del agresor, al tiempo que amplía el alcance de las mismas. Así, si el Juez no acuerda ninguna de las medidas cautelares previstas en la Ley para estos casos, y no suspende, por ejemplo, la patria potestad; o el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, también deberá, en todo caso, pronunciarse sobre la forma en la que se desarrollará la relación del menor con el agresor de la mujer.

²⁸ En el debate sobre la denominación que debe emplearse en esta clase de violencia, si el de violencia familiar o el de doméstica se pronuncia CORCOY BIDASOLO para defender este último. Esta autora lo considera oportuno al reflejar que en él no caben todas aquellas violencias que pueden producirse en contra de la mujer y por el contrario, incluye casos en los que la víctima no necesariamente es mujer, además es el término más extendido en España. Vid. CORCOY BIDASOLO, «Tendencias de la política criminal en materia de violencia doméstica y de género», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, pp. 273-313.

²⁹ En este sentido crítico MAQUEDA ABREU, *RECPC*, (8-2), 2006, pp. 9, 10; LA MISMA, «1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la en la pareja», *REDUR*, 2009, pp. 25-35; DE LA CUESTA AGUADO, «El concepto de violencia de género de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, (27-3), 2012, p. 8; AÑÓN ROIG, «Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres», *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, (33), pp. 1 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, «El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad», *RECPC*, (9-12), 2007, pp. 1 ss.

Estas medidas se han aplicado en escasas ocasiones³⁰ lo que ha contribuido a la desprotección de los menores. Efectivamente, las estadísticas realizadas por el observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial evidencia esta afirmación. En concreto, el informe sobre el balance de los de siete años de la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer revela que en se adoptaron desde 2005 hasta 2012 un total de 605.966 medidas penales de protección³¹, mientras que en estos juzgados sólo se acordaron 141.465 medidas civiles cautelares mientras se tramitaba la causa³².

Por ello, la reforma ha incorporado una cláusula abierta que facilita al Juez la aplicación de todo tipo de medidas que puedan proporcionar mayor amparo y seguridad al menor. Dicha cláusula se ubica en el último párrafo de los arts. 65 y 66. En concreto, supone añadir que el Juez “adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer”; al tiempo que se insta a aquél a que realice “un seguimiento periódico de su evolución”.

Los artículos reformados se hallan en el Capítulo IV de la Ley integral contra la violencia de género, relativo a las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas. El art. 61, establece que los jueces que conocen de la violencia de género tienen la obligación de pronunciarse sobre las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a los menores que conviven con la víctima de violencia de género. Esta exigencia ya se establecía previamente en idénticos términos, la reforma de 2015 sólo añade a esa redacción la remisión que efectúa a los artículos que contienen las medidas agregando: “...especialmente sobre las recogidas en los arts. 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas”.

En efecto, el art. 61 se remite a los preceptos que regulan las medidas cautelares para las víctimas de la violencia de género, que también han sido modificados (arts. 65 y 66). De los tres arts. citados, sólo se han visto afectados por la reforma dos de ellos, los arts. 65 y el 66. Realmente, el precepto no alterado (art. 64) contiene medidas cautelares dirigidas principalmente a proteger a la mujer, aunque su aplicación también afecte a la rutina del menor, como la medida que ordena la salida del agresor del domicilio, la que dispone el alejamiento o la que determina la suspensión de las comunicaciones. Los siguientes preceptos, que sí han sufrido cambios, son los que establecen las medidas previstas exclusivamente para los menores o incapaces, teniendo naturaleza civil.

³⁰ Un interesante estudio que refleja la escasa aplicación de estas medidas SILLERO CROVETTO, *Revista de Derecho de Familia*, (54), 2012, p. 30. En concreto, analiza la aplicación de la suspensión de la guarda y custodia durante los años 2005 a 2010, “que en estos cinco años se ha adoptado en 11.052 ocasiones, en el primer semestre del año 2010 en 959 supuestos se ha adoptado esta medida, el 7,2%, porcentaje menor al reflejado en los años 2009 y 2008. Creemos que estos datos nos permiten afirmar que no se está haciendo uso de los mecanismos puestos a disposición del Juez de Violencia sobre la Mujer para erradicar y prevenir este tipo de conductas agresoras.

³¹De ellas, se dictaron 236.686 órdenes de alejamiento; 199.413 prohibiciones de comunicación con la/s víctima; 44.330 prohibiciones de volver al lugar del delito; 42.315 suspensiones de tenencia o uso de armas; 39.885 órdenes de salida del domicilio y 19.066 medidas privativas de libertad.

³²De ellas, 134. 834 medidas civiles se acordaron en la orden de protección. Del total de medidas civiles, destaca la prestación de alimentos (46.775 medidas); la atribución de vivienda (41.961); la suspensión de la guarda y custodia cuando hay una resolución previa civil sobre los hijos comunes menores (14.496); la suspensión del régimen de visitas por el mismo motivo que el anterior (6.932) o la suspensión de la patria potestad (709).

En particular, el art. 65³³ contempla la medida de suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho. A su vez, el art. 66³⁴ regula la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación. Sin duda, la más importante aportación que efectúa la reforma consiste en la exigencia hecha al Juez para que se pronuncie inexcusablemente acerca de la relación que ha de mantener el menor con el agresor de la mujer, ya sea porque aplique algunas de las medidas previstas expresamente en dichos preceptos o ya sea por lo contrario, esto es, que determine que las mismas no son de apreciación. En este último supuesto, se requiere, asimismo, al Juez para se pronuncie sobre la forma en que se ejercerá la patria potestad o el régimen de estancia, relación o comunicación con el menor. Y se otorga al juez la facultad de aplicar “cualquier otra disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”³⁵, lo que puede llevarle, por ejemplo, a pronunciarse sobre el régimen de prestación de alimentos. En estos casos, además, se obliga al órgano judicial a llevar a cabo “un seguimiento periódico de su evolución”.

En todo caso, conviene recordar que las medidas cautelares incorporadas a la Ley contra la violencia de género y reguladas en los arts. 64, 65 y 66, ya se encuentran previstas en otros preceptos. En particular, en el art. 544 *quinquies* LECrim, se contempla expresamente cuando resulte proporcional al fin de protección de la víctima menor de edad o que posea la capacidad judicialmente modificada. Este artículo se incorporó recientemente con ocasión de la entrada en vigor del Estatuto de la víctima del delito³⁶, para los delitos mencionados en el art. 57 del Código penal, que, entre otros, incluyen los considerados por nuestra Ley como delitos cometidos por violencia de género (lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral y el honor). Nuevamente se contienen estas medidas en el art. 544 *bis* LECrim, pero en relación a todas las víctimas de los delitos recogidos en el art. 57 CP. A su vez, el art. 544 *ter* LECrim, regula estas medidas cautelares para los supuestos de aplicación de una orden de protección, que será el caso más habitual. Además, ha de repararse en que el art. 158 CC también establece la posibilidad de imponer medidas cautelares en un proceso civil o penal para “apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”. Así lo reitera la Ley contra la violencia de género, la cual señala que sus medidas “serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales” (art. 61.2).

³³ El art. 65 antes de la reforma solo establecía la suspensión del ejercicio de la patria potestad y de la custodia respecto de los menores que dependan de él. La reforma del 2015 añade también que “si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. 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”.

³⁴ El art. 66 señala que “el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él”. La reforma de 2015 añade que “si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

³⁵ SOLÉ RESINA, «El papel del Derecho Civil en la lucha contra la violencia de género», *LH-Manuel Amorós Guardiola*, t. I, 2006, p. 1799.

³⁶ Art. 544 *quinquies*, introducido por el apartado catorce de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito («B.O.E.» 28 abril), vigente desde el 28 de octubre 2015.

De esta manera, como ya indicó la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten un amplio elenco de medidas judiciales cautelares, de protección y aseguramiento aplicables a las situaciones de violencia de género, contemplando distintos niveles de protección de las víctimas: “uno general, al amparo de los arts. 13 y 544 *bis* LECrim; un segundo nivel de protección reforzada para las víctimas de violencia doméstica, conforme al art. 544 *ter* LECrim; y un tercer nivel de máxima tutela que añade a las anteriores las previsiones de la LO 1/2004”³⁷.

Las medidas cautelares de la Ley contra la violencia de género que se pretenden específicas para proteger a los menores “deberán adoptarse por auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con la intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa” (art. 68). Estas medidas no están llamadas a apreciarse de forma automática³⁸, dado que solo estarán justificadas “cuando resulten estrictamente necesarias para proteger a la víctima, tras ponderar con criterios de proporcionalidad los derechos en juego y los indicios de criminalidad que concurran en el caso concreto, ya que la medida debe estar en relación con el riesgo que se trata de evitar”³⁹. Así, deberá atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso y reservarlas para los supuestos más graves, siempre que guarden conexión con la situación de violencia de género. Además de las dos condiciones explícitamente requeridas, esto es, proporcionalidad y necesidad, a las que se refiere el art 68, para su adopción deberán concurrir los presupuestos generales de cualquier medida cautelar: *fumus boni iuris* (indicios de comisión de un hecho delictivo que pueda ser atribuido a una persona concreta) y el *periculum in mora* (entendido como peligro si se retrasa su adopción por existir una situación objetiva de riesgo para la víctima). Y, en todo caso ha de resultar, además, obligatorio que el juez realice un pronunciamiento sobre ellas, para aplicarlas o descartarlas, atendiendo al interés del menor, analizando cada caso concreto, valorando la gravedad de los hechos y determinando si el agresor debe mantener la relación con el menor o si ello afecta negativamente al mismo.

Esta reforma, a mi juicio, es acertada porque ofrece más herramientas al Juez para proteger a los menores mientras se tramita el procedimiento, sin embargo las estadísticas del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial pone de relieve su escasa trascendencia práctica. El análisis de los datos estadísticos desde el año 2013 hasta la actualidad demuestra que casi no ha variado la cantidad de medidas cautelares civiles aplicadas. Los informes de los años analizados expresamente subrayan que “se mantiene la baja proporción de las medidas cautelares civiles respecto de las penales”.

³⁷ Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado de 18 de julio p. 114.

³⁸ En este sentido SILLERO CROVETTO, *Revista de Derecho de Familia*, (54), 2012, p. 80; TASENDE CALVO, «Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (664), 2005, p. 7; GARCÍA ABURUZA, «La violencia doméstica desde el ámbito civil», *Revista Aranzadi Doctrina*, (11), 2010, p. 122; GUTIÉRREZ ROMERO, «Incidencia de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas», *Diario La Ley*, (7480), 2010, p. 1272; VERDERA IZQUIERDO, «Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género», *Revista de Derecho de Familia*, (47), 2010, pp. 72 ss.

³⁹ Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado de 18 de julio.

En concreto, en el año 2013 se aplicaron 59.597 medidas penales (de ellas han sido acordadas en el ámbito de la Orden de Protección 43.924, el 74%, y 15.673, el 26%, como Medidas Cautelares) y 14.439 medidas civiles (el 96%, han sido acordadas en el ámbito de la OP y el resto, 677 el 4%, como Medidas Cautelares), que se distribuyen de la siguiente forma:

	ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA	PERMUTA VIVIENDA	SUSPENSIÓN REGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDIA Y CUSTODIA	PRESTACIÓN DE ALIMENTOS
OP	3.963	131	590	58	1.295	4.857
MC	238	3	23	11	65	162
% Medidas Civiles adoptadas sobre total	20,5%	0,7%	3,0%	0,3%	6,7%	25,1%

En el año 2014 se dictaron 59.041 medidas penales (de ellas han sido acordadas en el ámbito de la Orden de Protección 44.346, el 75%, y 14.705, el 25%, como Medidas Cautelares) y 13.680 medidas civiles (el 94%, han sido acordadas en el ámbito de la OP y el resto, 845 el 6%, como Medidas Cautelares), distribuidas de esta manera:

	ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA	PERMUTA VIVIENDA	SUSPENSIÓN REGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDIA Y CUSTODIA	PRESTACIÓN DE ALIMENTOS
OP	3.972	64	565	56	1.078	4.703
MC	275	1	58	6	55	263
% Medidas Civiles adoptadas sobre total	21,2%	0,3%	3,0%	0,3%	5,7%	25,0%

En el año 2015 se adoptaron 57.366 medidas penales (de ellas han sido acordadas en el ámbito de la Orden de Protección 41.100, el 72%, y 16.266, el 28%, como Medidas Cautelares) y 15.037 (de ellas 14.138 (94%) se acordaron en el ámbito de la Orden de Protección (OP) y el resto 899 (6%) como medidas cautelares (MC)), que se aplicaron de este modo:

	ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA	PERMUTA VIVIENDA	SUSPENSIÓN REGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDIA Y CUSTODIA	PRESTACIÓN DE ALIMENTOS
OP	4.145	56	728	84	1.223	4.759
MC	267	4	60	9	46	287
% Medidas Civiles adoptadas sobre total	19,9%	0,3%	3,5%	0,4%	5,9%	22,9%

En el año 2016 se acordaron 60.858 (de ellas han sido acordadas en el ámbito de la Orden de Protección 41.581, el 68%, y 19.277, el 32%, como Medidas Cautelares) y 15.363 medidas civiles (el 93%, han sido acordadas en el ámbito de la OP y el resto, 1.122 el 7%, como Medidas Cautelares)

	ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA	PERMUTA VIVIENDA	SUSPENSIÓN REGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PRESTACIÓN DE ALIMENTOS
OP	4.111	47	948	110	1.397	5211
MC	278	12	87	11	99	403
% Medidas Civiles adoptadas sobre total	26,5%	0,3%	5,7%	0,7%	8,4%	31,3%

Finalmente, en el año 2017 se dictaron 61.069 medidas penales (de ellas han sido acordadas en el ámbito de la Orden de Protección 43.290, el 71%, y 17.779, el 29%, como Medidas Cautelares) y 14.455 medidas civiles (el 95%, han sido acordadas en el ámbito de la OP y el resto, 782 el 5%, como Medidas Cautelares), aplicándose de esta manera:

	ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA	PERMUTA VIVIENDA	SUSPENSIÓN REGIMEN DE VISITAS	SUSPENSIÓN POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA	PRESTACIÓN DE ALIMENTOS
OP	4.166	65	749	106	1.263	4.953
MC	216	7	44	10	55	320
% Medidas Civiles adoptadas sobre total	16,0%	0,2%	2,9%	0,4%	4,8%	19,0%

Los datos revelan la escasa influencia de la reforma, ya que prácticamente se mantienen las mismas cifras antes y después del año 2015 en el que se refuerza la obligación que tienen los tribunales de pronunciarse sobre estas medidas. Tan sólo se observa un ligero aumento en la aplicación de medidas civiles en los años 2015 y 2016, que desciende al año siguiente en el que se vuelve a las mismas cifras de los años anteriores a la reforma. Así se refleja en la siguiente tabla que ofrece las cifras globales de aplicación de las medidas penales y civiles durante este periodo de tiempo:

AÑO	MEDIDAS PENALES	MEDIDAS CIVILES
2013	59.597	14.439
2014	59.041	13.680
2015	57.366	15.037
2016	60.858	15.363
2017	61.069	14.455

De todo ello se deduce que la reforma realizada a la Ley integral contra la violencia de género no ha influido en la práctica. Es más, hay un incremento en la aplicación de las medidas cautelares penales y, sin embargo, la adopción de las medidas civiles, prácticamente, se mantiene constante a lo largo de los años. Los operadores del Derecho no han alterado su modo de proceder y continúan apreciando, principalmente, medidas cautelares penales en el ámbito de la orden de protección. Los tribunales aprecian aquellas medidas dirigidas a proteger a la mujer, en particular, la orden de alejamiento y la medida de prohibición de comunicarse con ella y apenas adoptan medidas cautelares para proteger al menor del agresor. En definitiva, los menores que conviven con la mujer

que ha sido maltratada continúan siendo invisibles, por lo que es preciso que, como ya ocurrió con la víctima mujer, concienciar, sensibilizar y formar a los operadores que intervienen en la lucha contra este tipo de violencia.

Además, las medidas cautelares civiles han sido cuestionadas por algunos autores por considerarlas verdaderas sanciones destinadas al progenitor⁴⁰. A ello cabe responder afirmando que, en realidad, no se trata de sanciones, sino de medidas de protección del menor impuestas por el Juez mientras se tramita el procedimiento. La Fiscalía General del Estado, en la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, matiza que estas medidas deben ser, en todo caso, de aplicación limitada a casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconseje; recordando que el legislador ha querido arbitrar medidas cautelares dirigidas a la protección de los menores, y no medidas sancionadoras.

Efectivamente, estas medidas no privan al agresor del ejercicio de estos derechos, ya que para ello sería preciso una condena firme que impusiera una pena, principal o accesoria, de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o de privación de la patria potestad; o bien que se determinara en un proceso civil⁴¹ en el que estuviera expresamente perseguida esa pretensión⁴².

Aunque el art. 69⁴³ de la Ley contra la violencia de género indica que estas medidas se podrán “mantener tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen”, sin embargo, ello no es posible. Este precepto es, ciertamente, perturbador y posee un contenido claramente incompatible con la naturaleza misma de toda medida cautelar. Ello ha necesitado de una aclaración por parte de la Fiscalía General del Estado, que en su Circular 4/2005, de 18 de julio explicaba así que “el plazo máximo de vigencia no trasciende de la fase de recursos, de forma que una vez recaída sentencia firme serán sustituidas por las correspondientes penas o medidas de seguridad previstas en el Código penal y que hayan sido impuestas en dicha sentencia”. Sorprendentemente este artículo no ha sido eliminado en esta reforma legislativa porque la medida cautelar no puede mantenerse en la condena, ya que será el Juez, en el supuesto de que condene por violencia de género, el que deberá pronunciarse, en interés del menor, sobre la necesidad de imponer una pena que permita limitar las relaciones del menor con el agresor de la mujer.

La protección de los menores que conviven con las víctimas de la violencia de género no puede realizarse únicamente en la fase de tramitación del procedimiento mediante la aplicación de medidas cautelares. Posteriormente, si se condena al agresor de la mujer y persiste el riesgo hacia el menor es preciso que el Juez también, en esta otra fase, este dotado de suficientes herramientas para continuar limitando la relación del menor con el agresor de la mujer. El Código penal regula

⁴⁰ MIRALLES GONZÁLEZ, «El Interés del menor y la privación de la patria potestad», *Aranzadi Civil*, (2), 2004, pp. 2003 ss.

⁴¹ Hay que interpretar también la remisión al art. 158 CC, que garantiza un plus de protección. SOLÉ RESINA, *LH-Manuel Amorós Guardiola*, t. I, 2006, p. 1.805.

⁴² VERDERA IZQUIERDO, *Revista de Derecho de Familia*, (47), 2010, p. 78.

⁴³ Sobre las garantías para la adopción de las medidas, vid. SENÉS MOTILLA, «Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género», en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA (coord.), *La violencia de género: aspectos penales y procesales*, 2007, pp. 175-176.

penas privativas de derechos que tienen esta finalidad. Sin embargo, estos supuestos presentan la particularidad de que la víctima, es decir, la persona sobre la que recae la acción prohibida (la lesión, la amenaza, etc.) no es el menor, sino la madre del menor. Por ello, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿sería posible aplicar una pena o medida de seguridad al agresor para proteger al menor que convive con la mujer? Analicemos detenidamente esta cuestión en el siguiente epígrafe.

3. La aplicación al condenado por violencia de género de penas o medidas específicas para proteger a los menores que conviven con la mujer

El Código penal ofrece la posibilidad de aplicar, con carácter general, penas privativas de derechos con la finalidad de limitar la relación de la víctima con el agresor, determinando, por ejemplo, la prohibición de aproximarse, la prohibición de comunicarse o, incluso, cuando se trata de víctimas menores de edad, se han previsto las penas más graves de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela. Estas últimas, como reconoce la famosa Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 2015⁴⁴, apenas han sido apreciadas. Así es, “en general, la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad se pueden señalar, entre otras, las SSTs, 2ª, 06.07.2001, 568/2001 (Gregorio García Ancos); 11.09.2000, 780/2000 (Adolfo Prego de Oliver Tolivar); 12.11.2008, 750/2008 (Francisco Monterde Ferrer) En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el tribunal penal de las normas del derecho de familia, ex art. 170 CC.

El citado art. 170 CC establece la posibilidad de que en un proceso penal se pueda privar, total o parcialmente, de la patria potestad. En concreto, este precepto indica que la privación de la patria potestad puede resolverse tanto en un proceso penal, cuando concurren determinados requisitos, como en un proceso civil, cuando se trate del incumplimiento de los deberes. Por ello, si el juez

⁴⁴ STS, 2ª, 30.09.2015, 568/2015 (Joaquín Giménez García). Esta sentencia estima un único motivo del Ministerio Fiscal por la indebida inaplicación de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad del recurrente en relación a la hija menor, de acuerdo con los arts. 46 y 55 del CP y de la pena de prohibición de aproximación del recurrente a la hija menor, así como de comunicarse con ella en un supuesto en que una menor de tres años presencié el ataque de su progenitor a su madre acuchillándole repetidas veces. El Tribunal de instancia rechazó la imposición de dichas penas por su naturaleza no vinculante y por no aparecer en el hecho probado los datos objetivos que justifique “...la necesidad de su imposición, pues no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado...”. Sin embargo, estima el Tribunal Supremo que “en el factum se recoge expresamente que el acuchillamiento de la madre por el recurrente fue efectuado en presencia de la menor, que a la sazón tenía tres años, dato que el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción, además de un delito contra la madre de la menor, un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado, un dato que acredita suficientemente el nexo entre el delito y el perjuicio para el desarrollo integral de la menor que se vería victimizada del hecho de mantener el padre la patria potestad y del derecho de visitas, por lo que se cumple el requisito de conexión que exige el art. 50 CP.” Un amplio comentario de la sentencia en MAGRO SERVET, «La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal» (disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patria-potestad-medida-aplicable-proceso-penal_11_1061305001.html).

penal “en su procedimiento tiene esta alegación no debe remitirse al proceso civil para que en éste se discuta sobre este tema, sino que debe resolver, hasta incluso de oficio, si comprueba que de la prueba practicada ante el mismo existen evidencias para resolver sobre esta medida”⁴⁵.

Sin embargo, el art. 170 CC no permite que el Juez penal pueda adoptar dicha medida directamente. Así, como ha señalado RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI⁴⁶, esta cuestión quedó zanjada a raíz del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26 de mayo de 2000, que estableció “que no es oportuno que se resuelva en la vía penal sobre la privación de la potestad en los casos en que el Código penal no prevea expresamente dicha posibilidad”. De ahí que la referencia al art. 170 CC deba interpretarse en el sentido de que Código penal tiene que atender “a la figura civil en toda su configuración y tratamiento”⁴⁷.

Por consiguiente, el requisito previo exigido para que en un proceso penal pueda apreciarse esta medida es que la misma se encuentre expresamente regulada en el tipo penal aplicable. En el ámbito penal esta consecuencia jurídica se alcanza con la pena de privación de la patria potestad o con la pena de inhabilitación especial de la patria potestad, que se prevén como pena principal o como accesoria. La primera de ellas, la pena de privación de la patria potestad, fue tardíamente incorporada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. En la exposición de motivos de esta Ley se indica que con esta pena se persigue “completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores”. Pese a ello, la reforma solo la incorpora como pena principal en el art. 192.3 CP, relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; a diferencia de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad tutela, curatela, guarda o acogimiento que, como pena principal, se contempla en un mayor número de delitos. En concreto, se regula en el delito de mutilación genital de menores (art. 149.2 CP), en el delito de lesiones leves en el ámbito familiar (art. 153.2 CP), en el de amenaza leve en el ámbito familiar (art. 171.4 CP), en el de coacción de modo leve a un miembro de la familia (art. 172 CP), en el de violencia habitual (art. 173.2 CP), en el de uso menores para pornografía infantil (art. 189.7 CP); y en la mayoría de los delitos contra las relaciones familiares cuando afectan a menores (arts. 220, 221, 225 bis, 226 y 233 CP). Finalmente, también se prevé para los delitos contra la libertad sexual a través de la disposición común del art. 192.3 CP, alternativamente a la pena de privación de la patria potestad.

La pena de inhabilitación para el ejercicio y la de privación de este derecho tienen consecuencias diferentes. El art. 46 CP señala que la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes, y lo incapacita para obtener nombramiento alguno para dichos cargos durante el tiempo de la condena, por lo que esa pena “está sujeta a una duración determinada, es decir, tiene naturaleza temporal”⁴⁸. Por el

⁴⁵Cfr. MAGRO SERVET, «La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal» (disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patria-potestad-medida-aplicable-proceso-penal_11_1061305001.html).

⁴⁶Vid. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, «Privación de la patria potestad y proceso penal», *InDret*, (4), 2007, p. 14.

⁴⁷ En este sentido DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código penal», *CPC*, (112), 2014, pp. 177-178.

⁴⁸ En este sentido DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», *Revista general de derecho*, (637-638), 1997, pp. 12117-12138; MAGRO SERVET, «La privación de la patria potestad como medida

contrario, la pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad, y su aplicación provoca la extinción definitiva, perdiéndose “la relación de derecho de familia existente entre el condenado y los menores sujetos a estas instituciones”⁴⁹, aunque subsistan los derechos de los que sea titular el hijo⁵⁰ respecto del penado⁵¹. Mas ello no impide que, en un futuro, se pueda recuperar conforme a lo previsto en el Código Civil, ya que “los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación” (art. 170.2 CP).

La finalidad de estas penas no es otra que apartar al sujeto de la actividad delictiva. Por este motivo, como aclara VALEIJE ÁLVAREZ, puede considerarse oportuno evitar que el sujeto que ha delinquirido por primera vez cumpla una pena de prisión relativamente corta, pero que permanezca inhabilitado durante un periodo de tiempo mayor⁵² o, incluso, puede considerarse conveniente que pierda definitivamente su titularidad en el caso de apreciarse que la pena de privación de la patria potestad se considere necesaria. La aplicación de estas penas no es, sin embargo, automática, sino que el juez debe acordarla atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Ambas penas, como se ha señalado, también pueden imponerse como penas accesorias, tanto en los casos en que la pena principal es de prisión igual o superior a diez años (art. 55 CP), como en las penas de prisión iguales o inferiores a diez años (art. 56 CP). En estos supuestos, tampoco su imposición es automática, ya que solo se apreciará cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia⁵³.

En definitiva, el Código penal prevé expresamente la aplicación de la pena de privación de la patria potestad y la de inhabilitación de la patria potestad en los delitos que el legislador considera actos de violencia de género (arts. 153, 171.4, 172 y 173.4, 2 CP). Además, en aquellos otros delitos que no se prevén expresamente estas penas, pero que también se cometen en ese contexto de este tipo de violencia (lesiones graves, femicidios, coacciones graves, etc.) sería posible la aplicación de dichas medidas para limitar la relación del menor con el agresor, si bien como pena accesoria, siempre

civil aplicable en el proceso penal» (disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patria-potestad-medida-aplicable-proceso-penal_11_1061305001.html), p. 3.

⁴⁹ Cfr., DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *CPC*, (112), 2014, p. 177.

⁵⁰ El art. 110 del CC dispone que “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por sus hijos menores y a prestarles alimentos”.

⁵¹ RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *InDret*, (4), 2007, p. 4, que considera que la incorporación de la pena de privación de la patria potestad ha supuesto una mejora. Especialmente, el carácter necesariamente temporal de la pena de inhabilitación, que planteaba situaciones de desprotección a la víctima del delito, pues al transcurrir el tiempo de la condena, el condenado recuperaba automáticamente la patria potestad. En la actualidad el juez penal, al privar de la patria potestad, aplica el Código Civil y ello impide que se vincule la privación de la potestad a la duración de la condena penal, que siempre ha de ser temporal.

⁵² Aunque referido a las penas de inhabilitación en general, pretenden evitar “el ejercicio abusivo o descuidado de las facultades que el ejercicio del derecho en cuestión comporta” (vid. VALEIJE ÁLVAREZ, «La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995», *ADPCP*, (9-1), p. 244).

⁵³ En caso de proceder a su aplicación por tener relación directa con el delito algunos autores se han manifestado críticamente por no contar con el consentimiento de la madre a la hora de apreciarlas. En este sentido LARRAURI PIJOAN señala que en el caso de aplicación de la pena de suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia se debería también consultar a la mujer y dejar la opción de que se articule un régimen más flexible de puntos de encuentro. Vid. LARRAURI PIJOAN, «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», *Cuadernos Penales José María Lidón*, (2), 2005, p. 177.

que tengan relación con el delito cometido. Para establecer esa relación, ante todo, debe prevalecer el bien superior del menor. Recientemente, tras la reforma operada en la LO 1/1996 por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se ha ofrecido una definición en el art. 2 del interés superior del menor, trasladando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. El legislador ha ofrecido un concepto de interés del menor desde “un contenido triple, como derecho (por lo que es exigible), como principio (desarrollando su carácter hermenéutico) y como regla de procedimiento (para lo que ha de tenerse muy presente cuáles son las consecuencias para el menor tras la adopción de cada medida concreta”⁵⁴. La reforma otorga seguridad jurídica al concretar criterios objetivos conforme a los cuáles debe ser valorado este interés, pero es indudable que también habrán de tenerse en cuenta aspectos subjetivos que individualizarán cada caso concreto, “de hecho el apdo. 3 f) del precepto prevé que se tendrán en cuenta aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores”⁵⁵. De ahí, como viene requiriendo la jurisprudencia es necesario exigir una prueba –pericial o de otro tipo– a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor; en consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena (STS 1383/2010, de 15 de diciembre).

Pese a la previsión legal de estas penas privativas de derechos en los delitos de violencia de género, el principal obstáculo que se puede encontrar de cara a su apreciación consiste en que la acción recae sobre la mujer, pues no son casos en que el propio menor es agredido por el maltratador, sino supuestos en que el menor vive en ese clima de violencia. Así, en un principio la jurisprudencia adoptó una interpretación restrictiva y consideró que la pena de inhabilitación de la patria potestad alcanzaba sólo al menor víctima del delito (STS núm. 568/2001, de 6 de julio). Ello provocaba situaciones de desamparo en algunos menores, pues como ha indicado un sector de la doctrina⁵⁶, si con la imposición de esta pena se pretende evitar que el condenado vuelva a reproducir esos hechos, “no tendría sentido limitar el contenido preventivo de esa pena a la persona afectada y no proyectarla a otros menores en idéntica situación. Es, pues, difícilmente argumentable que la persona condenada por abusar sexualmente de una de sus hijas, se vea privada de la patria potestad respecto de ella y la mantenga respecto de sus otras hijas menores de edad”. Este sinsentido se resolvió reformando el art. 46.1 CP por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, al que se añadió la siguiente frase: “el juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso”. De esta manera, en la actualidad, se posibilita que las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación para la patria potestad puedan extender sus efectos a los otros menores que estén a cargo del penado. En efecto, “lo decisivo será si existen elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa, el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades

⁵⁴Cfr. CALZADILLA MEDINA, «Lo que la patria potestad no ampara», *Revista de Derecho de Familia*, (74), 2017, pp. 25 ss.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ AMADEO GADEAS, *Código Penal. Doctrina jurisprudencial*, 1ª ed., 2015, p. 116.

inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor⁵⁷. Pero en el caso de la violencia de género los hechos son distintos porque no se trata víctimas potenciales sobre las que pueden cometerse hechos delictivos similares por los que ha sido condenado el agresor, sino que son menores que al vivir con la madre están en un ambiente de violencia y presencian esos hechos.

Formulado de otra manera, ¿es posible aplicar al agresor de la mujer penas privativas de derechos para proteger a los menores que conviven con ella? La respuesta a este interrogante la brinda, a su vez, la Circular 6/2011⁵⁸, que cita la STS 126/2011, de 31 de enero. Esta sentencia se pronuncia expresamente sobre la posible imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad prevista en el art. 173.2 CP para el delito de maltrato familiar habitual. En este sentido, la resolución judicial señala que “cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor” (...) “evidencia su aplicabilidad, no solo en los casos en que el habitual maltrato recae directamente sobre el menor, supuesto en que no tendría sentido el condicionante por ser evidente la afectación del interés del menor, sino también cuando recae el maltrato sobre otras personas, como la madre en este caso, en cuanto podría tal conducta afectar negativamente sobre los hijos sometidos a la patria potestad de ambos”. Para imponer esta pena a los menores que conviven con la víctima de violencia de género, como indica la mencionada Circular de la Fiscalía, “la gravedad del hecho y el superior interés del menor serán los parámetros a los que haya que atender para la solicitud de la imposición de las penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o su privación como penas accesorias, o principales cuando su previsión es facultativa. En aquellos supuestos más graves en los que el progenitor ha atentado contra la vida del otro, el sentido común lleva a considerar adecuada al interés del menor y a su protección la petición de tales penas pues, con tal actuar, se les ha privado o se les ha podido privar, en el caso de intentos fallidos, de uno de sus progenitores, de su formación, asistencia, cariño y cuidado, en definitiva, de uno de los referentes fundamentales para el desarrollo de su personalidad, lo que les producirá, sin duda, enormes perjuicios en todas las esferas”.

Además, la reforma del art. 46 CP, en su segundo párrafo, efectuada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha extendido esta posibilidad a todos los hijos que conviven con el agresor al incluir expresamente la patria potestad prorrogada⁵⁹. De esta manera, la pena de privación de la patria potestad y la de inhabilitación para el ejercicio de aquella puede aplicarse también a los hijos mayores de edad sometidos a esta patria potestad.

En definitiva, las reglas generales de determinación de la pena, antes de que la reforma de la Ley contra la violencia de género haya considerado al menor como víctima directa, permiten apreciar las penas privativas de derechos. En concreto, es posible aplicar la pena privativa de la patria

⁵⁷ En este sentido HERNÁNDEZ GUILLÉN, «Privación de patria potestad al condenado por delito sexual», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), 2017, pp. 187 ss.

⁵⁸ Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

⁵⁹ SEISDEDOS MUIÑO, «La regulación de la patria potestad prorrogada en el Código Civil y en las legislaciones autonómicas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (10), 2012, pp. 97 ss.

potestad y la de inhabilitación de la patria potestad a los menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género.

4. Conclusiones

La Ley integral contra la violencia de género se ha modificado con el propósito manifiesto de otorgar una mayor protección a los menores que conviven con la mujer víctima de la violencia. A tal fin, el menor ha pasado de ser considerado víctima indirecta a víctima directa. Y aunque ello, ciertamente, ha proporcionado visibilidad a este grave fenómeno, lo cierto es que dicho objetivo también cabe alcanzarlo mediante la concienciación, sensibilización y educación de la sociedad y de las instituciones, al tiempo que a través de una específica formación de los operadores que intervienen en la lucha contra este tipo de violencia. Sin embargo, la principal objeción que a esta nueva regulación cabe oponer proviene de la constatación de que este nuevo estatus de víctima directa no lleva aparejado ningún cambio efectivo, no se han modificado los derechos que la propia ley le reconoce, ni se le han conferido mayores prestaciones, ni se le ha hecho destinatario de nuevas medidas dirigidas a su mejor protección. Por el contrario, viene a desvirtuar el tenor de la Ley violencia de género, ya que las razones estructurales que fundamentan a aquella quedan desvirtuadas mediante la incorporación de otras víctimas.

Asimismo, la reforma afecta a otros preceptos, que mejoran de ese modo su redacción, al reforzar la obligación contraída por el juez que conoce de los hechos constitutivos de violencia de género, durante la tramitación del procedimiento, de pronunciarse expresamente acerca de la necesidad de aplicar, o no, medidas cautelares de carácter civil para determinar la relación que debe mantener el menor con el agresor de la mujer. Este imperativo legal ya se contemplaba en el texto original, aunque apenas se había aplicado más allá de las órdenes de protección. De tal forma, los cambios incorporados a esos otros preceptos (arts. 61, 65 y 66) cabe valorarlos como beneficiosos, ya que conllevan una mayor seguridad jurídica, al tiempo que logran el objetivo propuesto de proteger a los menores desde el momento en que se tiene conocimiento de los hechos. No obstante, las estadísticas del observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial ponen de relieve que esta reforma apenas ha tenido trascendencia práctica. El análisis de los datos estadísticos demuestra que se continúa aplicando medidas penales dirigidas a la protección de la mujer y que apenas se adoptan medidas cautelares para proteger al menor del agresor. La reforma no ha conseguido dar visibilidad a los menores que conviven con la mujer que ha sido maltratada, por lo que es preciso que, como ya ocurrió con la víctima mujer, concienciar, sensibilizar y formar a los operadores que intervienen en la lucha contra este tipo de violencia.

Además, en caso de dictarse sentencia condenatoria se posibilita el mantenimiento de la protección del menor aplicando la pena, ya sea como principal o como accesoria, de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, aun recayendo la acción prohibida en otra persona distinta, esto es, en la mujer. En efecto, cuando las conductas violentas se cometen contra otras personas, como en los supuestos de violencia de género que suponen agresiones contra la madre, aunque éstas también afectan negativamente a los hijos sometidos a la patria potestad tanto de la madre como del agresor, el Código penal permite imponer penas

privativas de derechos de naturaleza civil encaminadas a la protección del menor. Para ello el Juez deberá atender a la gravedad del hecho y al superior interés del menor.

En definitiva, se puede concluir afirmando que nuestro ordenamiento se ha dotado de recursos legales suficientes para otorgarle una adecuada protección al menor que convive con la mujer que sufre violencia de género. Así, la Ley contra la violencia de género y la Ley de Enjuiciamiento Criminal contemplan medidas cautelares específicas para estos casos; y, a su vez, el Código penal también prevé expresamente penas que permiten mantener dicha protección. Sin embargo, en la práctica apenas se hace uso de las mismas. Por tanto, ha de insistirse en la necesidad de que se utilice efectivamente el amplio conjunto de herramientas puestas a disposición de los operadores del derecho, habida cuenta de la infrutilización que se viene haciendo de las mismas. Ello redundará en beneficio de todas las víctimas de violencia de género, garantizando su más completa y eficaz protección.

5. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ (2008), «Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», en VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 87 ss.

————— (2007), «El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género», en FARALDO CABANA (dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 35 ss.

————— (2006) *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, REUS, Madrid.

AMADEO GADEA (2015), *Código Penal. Doctrina jurisprudencial*, 1ª ed., Vlex, Madrid.

AMORÓS PUENTE (2008), «Conceptualizar es politizar», en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 15 ss.

AÑÓN ROIG (2016), «Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres», *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, (33), pp. 1 ss.

ASENSI PÉREZ (2007), «Violencia de género: consecuencias en los hijos», *Revista psicológica científica*, (9-4), pp. 1 ss. (disponible en: <http://www.psicologiacientifica.com/violencia-familiar>).

BODELÓN GONZÁLEZ (2008), «La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la tradición jurídica del feminismo», en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 275 ss.

BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (2006), «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género», en la LOS MISMOS (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, pp. 13 ss.

CALZADILLA MEDINA (2017), «Lo que la patria potestad no ampara», *Revista de Derecho de Familia*, (74), pp. 25 ss.

COBO BEDIA (2008), «El género en las ciencias sociales», en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 49 ss.

COMAS D' ARGEMIR CENDRA (2006), «La Ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución», en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTIN, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, pp. 35 ss.

CORCOY BIDASOLO (2007), «Tendencias de la política criminal en materia de violencia doméstica y de género», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, pp. 273 ss.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANALUCÍA (2012), «Menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia» (informe presentado en el Parlamento de Andalucía, disponible en: (<http://www.defensordelmenordeandalucia.es/menores-expuestos-a-violencia-de-genero-victimas-con-identidad-propia>)).

DE LA CUESTA AGUADO (2012), «El concepto de violencia de género de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, (27-3), pp. 37 ss.

DE LAMO RUBIO (1997), «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», *Revista general de derecho*, (636-638), pp. 12117 ss.

RODRÍGUEZ IZQUIERDO (2014), «Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (112), pp. 137 ss.

ESPINOSA BAYAL (2004), «Las hijas e hijos de mujeres maltratadas: consecuencias para su desarrollo e integración escolar», *Instituto Vasco de la Mujer* (disponible en: http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/proyecto_nahiko_formacion/es_def/adjuntos/2004.11.30.angeles.espinosa.pdf)

GARCÍA ABURUZA (2010) «La violencia doméstica desde el ámbito civil», *Revista Aranzadi Doctrina*, (11), pp. 101 ss.

GÓMEZ MARTÍN (2016), «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-20), pp. 1 ss.

GUTIÉRREZ ROMERO (2010), «Incidencia de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas», *Diario La Ley*, (7480), pp. 1 ss.

HERNÁNDEZ GUILLÉN (2017), «Privación de patria potestad al condenado por delito sexual», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), pp. 187 ss.

JIMÉNEZ DÍAZ/MORILLAS FERNÁNDEZ/GARCÍA ZAFRA (2006), *Sobre el maltrato a la mujer. Una serie de 338 casos*, Dykinson, Madrid.

LARRAURI PIJOAN (2009), «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

————— (2007), *Criminología Crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid.

- (2005), «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», *Cuadernos Penales José María Lidón*, (2), pp. 157 ss.
- (1994), «Control formal y el derecho penal de las mujeres», en LA MISMA, *Mujeres, Derecho penal y criminología*, 1ª ed., Siglo XXI de España Editores, Madrid, pp. 93 ss.
- LAURENZO COPELLO (2008), «La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo», en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO CASTRO (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 329 ss.
- (2005), «La violencia de género en la ley integral. Valoración político criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7-8), pp. 1 ss.
- MAGRO SERVET (2017), «La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal» (artículo disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patria-potestad-medida-aplicable-proceso-penal_11_1061305001.html).
- MAQUEDA ABREU (2009), «1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la en la pareja», *Revista electrónica del Departamento de la Universidad de La Rioja*, (9), pp. 25 ss.
- (2006), «La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (8-2), pp. 1 ss.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (2015), «España. La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en LA MISMA (dir.), *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España. Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, Aranzadi, Navarra, pp. 159 ss.
- MIRALLES GONZÁLEZ (2004), «El Interés del menor y la privación de la patria potestad», *Aranzadi Civil: revista quincenal*, (2), pp. 2003 ss.
- MORILLAS CUEVA (2009), «Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de una Ley integral», en JIMÉNEZ DÍAZ (coord.), *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, pp. 19 ss.
- NIETO MORALES, *La crisis en las familias, infancia y juventud en el siglo XXI. Una mirada desde la experiencia laboral*, Dykinson, 2015.
- RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (2009), «La privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.
- (2007), «Privación de la patria potestad y proceso penal», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.
- RUIZ GONZÁLEZ (2016), «Instrumentos jurídicos para la erradicación de la violencia de género en España y sus bases constitucionales», *Letras Jurídicas*, (23), pp. 1 ss.
- SEISDEDOS MUIÑO (2012), «La regulación de la patria potestad prorrogada en el Código Civil y en las legislaciones autonómicas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (10), pp. 97 ss.

SENÉS MOTILLA (2007), «Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género», en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA (coord.), *La violencia de género: aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, pp. 165 ss.

SILLERO CROVETTO (2012), «Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer», *Revista de Derecho de Familia*, (54), pp. 57 ss.

SOLÉ RESINA (2006), «El papel del Derecho Civil en la lucha contra la violencia de género», en AAVV *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 1797 ss.

TASENDE CALVO (2005), «Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (664), pp. 1 ss.

VALEIJE ÁLVAREZ (2007), «La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (9-1), pp. 243 ss.

VENTURA FRANCH (2016), «El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica», *Revista de Derecho Político*, (97), pp. 179 ss.

VERDERA IZQUIERDO (2010), «Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género», *Revista de Derecho de Familia*, (47), pp. 49 ss.

VILLACAMPA ESTIARTE (2007), «El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (9-12), pp. 1 ss.