



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Menores: Víctimas invisibles de la violencia de género

MINORS: INVISIBLE VICTIMS OF GENDER VIOLENCE

Autor/es

Rebeca Álvarez Ortiz

Director/es

Teresa Picontó Novales

Facultad de Derecho

2017

“Para muchos, permanecer a salvo consiste en cerrar puertas y ventanas, y evitar los lugares peligrosos. Para otros no hay escapatoria, porque la amenaza de la violencia está detrás de esas puertas, oculta a los ojos de los demás.”

Gro Harlem Brundtland, Directora General OMS

RESUMEN

La erradicación y prevención de la violencia de género, se ha centrado durante años en las mujeres como víctimas directas, sin atender, a otras posibles víctimas potencialmente vulnerables que presencian y sufren esa violencia. Son los hijos e hijas que viven en el mismo núcleo familiar, “las víctimas invisibles” de la violencia machista.

En la actualidad, no se discute que vivir en una familia donde la madre es maltratada física o psicológicamente por su pareja o ex pareja, significa la exposición a situaciones de opresión y control y a un modelo de relación basado en el abuso de poder y la desigualdad. Estudios recientes confirman que la exposición a esta violencia tiene un impacto negativo evidente, en la vida, bienestar y desarrollo de estos menores, pudiendo padecer importantes problemas tanto físicos como psicológicos.

Visibilizar este problema, ha permitido dar un paso adelante en nuestro sistema jurídico, considerando a estos menores en todo caso, víctimas directas de la violencia de género y dotándoles de una protección jurídica específica.

Palabras clave: Violencia de género, menores víctimas, infancia, adolescencia, asistencia, protección jurídica.

ABSTRACT

The eradication and prevention of gender-based violence, has been focused for years on women as direct victims, without attending to other potentially vulnerable victims who witness and suffer such violence. They are the sons and daughters living in the same household, "the invisible victims" of male violence.

At present, it is not disputed that living in a family where the mother is physically or psychologically abused by their partner or ex-partner, means being exposed to situations of oppression and control and to a relationship model based on the abuse of power and inequality. Recent studies confirm that exposure to this violence has an obvious negative impact on the life, welfare and development of these children who may suffer significant problems both physical and psychological.

The visibility of this problem has made it possible to take a step forward in our legal system, considering these children in any case, the direct victims of gender violence and giving them a specific legal protection.

Key words: Gender-based violence, child victims, childhood, adolescence, assistance, legal protection.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
I. INTRODUCCIÓN.....	6
II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS MENORES VÍCTIMAS	10
1. Evolución histórica de la violencia de género en nuestro país.....	10
2. Menores: víctimas invisibles de la violencia de género	16
III. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	22
1. Normativa Internacional y Europea.....	23
2. Normativa Nacional: las nuevas reformas legales.....	30
IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DATOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL	41
V. CONCLUSIONES.....	47
REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍAS	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
CAHVIO	Comité ad hoc para impedir y combatir la violencia contra mujeres y violencia doméstica.
CC	Código Civil.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
FFCCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
LOPJM	Ley Orgánica de protección jurídica del menor.
MC	Medida Cautelar.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
OP	Orden de Protección.
PENIA II	II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Vid.	Véase.

I. INTRODUCCIÓN

La erradicación y prevención de la violencia de género, se ha centrado durante años en las mujeres como víctimas directas, sin atender, a otras posibles víctimas potencialmente vulnerables que presencian y sufren esa violencia. Son los hijos e hijas que viven en el mismo núcleo familiar, “las víctimas invisibles” de la violencia machista.

En el ámbito de la relación de pareja, la violencia de género persigue el sometimiento de las mujeres, por ello se dirige hacia ellas. Pero se extiende también hacia los menores que conviven en el mismo núcleo familiar y que de una manera u otra se ven afectados, bien porque están expuestos a la violencia física y/o psicológica que sufren sus madres, por sufrir las agresiones directamente, o por ser utilizados como instrumentos por el agresor para poder continuar ejerciendo violencia sobre sus progenitoras¹.

En los últimos años hemos sido testigos de horribles noticias sobre menores asesinados en casos de violencia de género, por su padre u hombre con el que su madre mantenía o había mantenido una relación sentimental, con el único fin de infligir a la mujer el mayor daño que se le pueda causar a una madre. Otros muchos han quedado huérfanos siendo incluso testigos directos del asesinato de sus progenitoras².

Estos trágicos sucesos no son más que la cara visible de la violencia de género, la realidad que viven muchos menores cada día en su hogar es igualmente dramática y no queda expuesta a los ojos de los demás.

¹ Vid., Reyes Cano, P., “Menores y Violencia de Género” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2015) nº 49, p. 182.

² El 02/01/2016 el periódico *El Mundo* publicaba bajo el titular: “2015: el año con más menores asesinados desde 2008”, un resumen de los nueve niños asesinados por sus padres o por las parejas de sus madres con el fin de hacerle daño a ellas.
<http://www.elmundo.es/sociedad/2016/01/02/5686d564e2704e53078b45e1.html>
(Última fecha de consulta 25/05/2017).

La sociedad se escandaliza ante el caso más grave, el asesinato de niños y niñas a manos de sus padres, pero no se visualiza la antesala a este dramático final (Reyes, 2015, 182).

Estos espantosos acontecimientos sociales si bien han ayudado a sensibilizar al conjunto de la sociedad sobre un problema que prácticamente ha permanecido invisibilizado hasta hace relativamente pocos años, han evidenciado un importante déficit en la protección jurídica de la infancia en nuestro país.

Con la intención de paliar estas deficiencias y garantizar una mayor protección y seguridad a los menores que están expuestos a este tipo de violencia, se han llevado a cabo recientemente importantes reformas legislativas en nuestro ordenamiento jurídico.

Con motivo de mi profesión³, he presenciado en numerosas ocasiones el miedo que sufren mujeres e hijos que son víctimas de esta lacra social. De hecho, en la mayoría de casos son los vecinos alarmados por los fuertes gritos y golpes quienes dan aviso a los servicios de emergencia y no las propias víctimas.

Durante todo este tiempo me he preguntado muchas veces cómo se protege a estos niños una vez que el padre vuelve a quedar en libertad si finalmente la mujer no decide denunciar, o si por el contrario decide ratificarse en la denuncia y poner fin a la relación pero el padre continúa disfrutando de la guarda y custodia o de un amplio régimen de visitas.

La respuesta a estas y otras preguntas, las encontraría al cursar una de las últimas asignaturas del Grado en Derecho, concretamente la optativa de Sociología Jurídica. Durante el curso tuve la oportunidad de leer un interesante libro titulado “La custodia compartida a debate⁴”. En él, Encarna Bodelón en el Capítulo V bajo el título “La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, abordaba el problema de las relaciones paterno-filiales desde una perspectiva de género, explicando muy acertadamente que no es compatible ser un hombre maltratador a la par que un buen padre de familia y poniendo en entredicho algunos mitos que se han creado alrededor de la violencia de género.

³ En el año 2009 ingresé en la Academia de Policía Nacional y desde el año 2011 me encuentro destinada en la Jefatura Superior de Aragón.

⁴ Vid., Picontó Novales, T. (ed.): *La custodia compartida a debate*, Madrid, Dykinson, 2012.

Mi preocupación por este problema y el interés que despertó en mí esta asignatura, me llevaron a participar en las primeras y segundas Jornadas de Violencia de Género celebradas en la Facultad de Derecho en el año 2015 y 2016 respectivamente, presentando en esta última una Comunicación sobre los menores víctimas de la violencia de género.

La Comunicación me permitió un pequeño acercamiento a un tema de actualidad que no deja indiferente a nadie y que no está exento de controversia. Ahora, pretendo ahondar un poco más en la cuestión tratada con la finalidad de conocer mejor esta problemática, profundizar más en las diferentes herramientas jurídicas de las que dispone nuestro ordenamiento para proteger a estos menores y llegar a la conclusión de si realmente tras las recientes reformas legales se constata un verdadero cambio de paradigma en la protección de estas víctimas tan vulnerables.

Para alcanzar los objetivos a los que me he referido, el trabajo se estructurará en torno a los siguientes apartados:

Apartado II: El objetivo de este apartado es conocer la evolución de la violencia de género en España haciendo especial referencia a los menores víctimas de esa violencia. Para ello he creído conveniente dividirlo en dos subapartados. En el primero, realizaré un breve repaso por la reciente historia de la violencia de género en nuestro país, como pasó de ser considerada una cuestión privada a un problema de orden social en el que progresivamente fueron interviniendo los poderes públicos. En el segundo, pretendo dar una visión de cómo en los últimos años, se ha ido reconociendo como una forma de maltrato infantil la exposición a la violencia de género.

Apartado III: Este apartado relativo a la protección jurídica de los menores consta de dos subapartados. En el primero, he considerado oportuno estudiar la normativa internacional y europea de protección de la infancia por la gran influencia que ha tenido en nuestra legislación interna. En el segundo, llevaré a cabo un estudio de la normativa nacional haciendo especial hincapié en las últimas reformas legales que afectan a los menores víctimas de la violencia de género.

Desde el punto de vista normativo, son tres las normas recientes que han supuesto importantes cambios legislativos y que van a ser tratadas en este trabajo: la Ley

Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, y la Ley 4/2015, de 27 de abril, reguladora del Estatuto de la víctima del delito.

Apartado IV: En este apartado examinaré la nueva línea doctrinal que parece vislumbrarse tras las últimas sentencias del Tribunal Supremo con motivo de los cambios normativos ya mencionados y analizaré qué dicen los datos del CGPJ sobre la suspensión de los derechos y/o deberes paterno-filiales, para llegar a la conclusión de si realmente estas reformas legales han supuesto un aumento en las medidas de protección cuando se abre un procedimiento contra el presunto agresor.

Apartado V: Para finalizar, estableceré en este apartado las conclusiones a las que he llegado tras el estudio de este trabajo.

II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS MENORES VÍCTIMAS

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN NUESTRO PAÍS

A pesar de que la violencia hacia la mujer no es en absoluto un fenómeno nuevo, su reconocimiento como un problema de trascendencia social, es relativamente reciente. A lo largo de la historia se ha considerado un fenómeno que debía resolverse en el ámbito privado. Las agresiones que sufrían las mujeres por parte de sus maridos quedaban entre las paredes del hogar y por tanto fuera de la intervención de los poderes públicos.

Es el feminismo del siglo XIX, también conocido como la “primera ola del feminismo”, quien inició la lucha por el reconocimiento de este problema, no obstante, la mayor parte de las reivindicaciones de este movimiento se centró fundamentalmente en luchar por mejorar otros aspectos de la condición femenina, como los derechos civiles, y muy particularmente el derecho al voto, o a la educación.

No es hasta la década de los años 60 del siglo XX cuando se empieza a concebir la violencia de género como un problema social. Son las feministas del siglo XX y principalmente el movimiento de liberación de las mujeres, las que ampliaron su campo de denuncia centrando su atención en la violencia machista, primero en la violencia de tipo sexual y después en la que sucedía en el ámbito privado de la pareja⁵.

En España, la igualdad jurídica entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones familiares no se alcanza hasta fechas muy recientes⁶. Hay que esperar a la

⁵ *Vid.*, Ferrer Pérez, V., y Bosch Fiol, E.: “El papel del movimiento feminista en la consideración social de la violencia de contra las mujeres: el caso de España” en *Revista de Estudios Feministas Labrys* N° 10, 2006, p. 5.

⁶ *Vid.*, Calvo García, M.: “La violencia de género como violación de derechos humanos. El papel de los movimientos sociales en la lucha por los derechos”. Coord. por Francisco Javier Ansuátegui Roig, José Manuel Rodríguez Uribe, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García. *Historia de los Derechos Fundamentales*, Vol. V, Tomo IV, Cap. IV, Madrid, Dykinson, 2013, p. 174.

Ley de 2 de mayo de 1975⁷ para apreciar una evolución significativa (Picontó, 1997, 109 ss.) hacia la igualdad entre ambos sexos. Esta Ley supuso el inicio de un cambio en el panorama social de aquél momento eliminando algunas de las tradicionales restricciones que afectaban a la capacidad de obrar de la mujer casada.

Se suprime el principio del deber de obediencia al marido con el objetivo de equiparar sus posiciones⁸, así como la llamada “licencia marital”, la esposa ya no necesita autorización de su esposo para la administración de sus bienes⁹. En materia de nacionalidad, el matrimonio ya no supone la pérdida automática de la nacionalidad de la mujer (art. 21) y el domicilio es elegido de común acuerdo por ambos cónyuges (art. 58).

Si bien se avanza hacia la equiparación de los derechos de la mujer con los del marido, se mantienen asimetrías en relación a la patria potestad sobre los hijos (art. 154 y ss.) y a la administración de los bienes de la sociedad conyugal (art.59, entre otros)¹⁰.

El inicio de la democracia y la promulgación de la Constitución Española de 1978 supusieron un avance muy significativo para acabar con la discriminación de la mujer en el Código Civil. A partir de su aprobación, surgió una intensa actividad legislativa basada en los principios constitucionales de igualdad y no discriminación¹¹ y la consiguiente consecución de la plena equiparación social y jurídica de la mujer en todos los ámbitos de la sociedad.

Con la entrada en vigor de la Constitución se promulgaron dos leyes de gran importancia para la equiparación efectiva de los derechos de ambos cónyuges dentro del

⁷ *Vid.*, la Ley Orgánica 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. «BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 1975, páginas 9413 a 9419.

⁸ *Vid.*, Lacruz Berdejo, J.L.: “El nuevo derecho civil de la mujer casada”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1977, p. 34.

⁹ *Vid.*, Gómez Laplaza, M.C.: “Supresión de la licencia marital”, Anuario de derecho civil, Vol. 30, Nº 2, 1977, p. 385 y ss.

¹⁰ *Vid.*, Calvo García, M.: “La violencia de género como violación de derechos humanos...”, 2013, op. cit., p. 175-176.

¹¹ El derecho fundamental de igualdad y no discriminación queda redactado en el art. 14 como sigue: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

matrimonio: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Es a partir de este momento –1981– cuando se produce un significativo avance en la equiparación personal, económica y civil de los cónyuges, desapareciendo cualquier tipo de discriminación en la posición jurídica de la mujer dentro del ámbito familiar (Calvo, 2013, 176). En este sentido el vigente art. 66 del Código civil estableció que “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”.

Junto a las reformas legales operadas en el Derecho privado a favor de la igualdad de hombres y mujeres, se suman importantes acciones institucionales y un cambio jurídico global que también afecta al derecho penal¹². Pero a pesar de los importantes cambios jurídicos el legislador tardó prácticamente una década en regular por primera vez un delito específico de violencia familiar en nuestro Código penal (Calvo, 2013, 177).

La primera manifestación la encontramos en la reforma del Código Penal que trajo consigo la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, en virtud de la cual se incluyó en el art. 425 del hoy derogado Código penal de 1973, la violencia habitual en el ámbito familiar, y en el que se sancionaba al que “habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho”.

Si bien la aplicación práctica del art. 425 fue prácticamente nula dada las dificultades hermenéuticas surgidas para hacerlo efectivo (Calvo, 2013, 186), constituyó la base sobre la que se sucederían las siguientes reformas legales y se construiría todo el sistema punitivo actual para proteger de forma más efectiva a las víctimas de violencia de género.

¹² *Vid.*, Picontó Novales, T., “Sociología jurídica de la familia: Cambio legislativo y políticas sociales”, Derecho y sociedad / coord. por María José Añón Roig, 1998, p. 667.

Posteriormente se aprobaría el actual Código penal mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. El art. 153 del nuevo Código penal recoge el delito de violencia habitual dentro del marco de las lesiones habituales sin importantes cambios respecto a la regulación del ya derogado art. 425, pudiendo destacar que amplió el círculo de los posibles sujetos pasivos del delito y llevó a cabo una agravación de la pena.

No obstante, la noción de *habitualidad* continuó siendo un problema para hacer efectivo el tipo penal, siendo estos comportamientos juzgados en la mayoría de los casos como una falta de lesiones o de maltrato de obra del art. 617 y no como delito del art. 153 (Calvo, 2013, 181-182)¹³.

Durante los años siguientes, gracias a los esfuerzos del movimiento feminista, se promovieron importantes cambios legislativos y políticos en la protección de las víctimas de violencia de género. Uno de los elementos clave en la sensibilización de esta problemática vino de la mano del caso de Ana Orantes¹⁴. Este atroz suceso supuso un importante punto de inflexión en el tratamiento de la violencia de género. Debido a la atención mediática de esta noticia y a las acciones del movimiento feminista, la violencia de género pasó a ocupar espacios más relevantes en los medios de comunicación y en las agendas de los políticos de nuestro país¹⁵.

En este contexto se sucedieron importantes reformas legales, pudiendo destacar:

¹³ Al respecto la Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar señala que “tanto el derogado art. 425 como el vigente art. 153 vienen arrastrando una suerte de dificultades de aplicación que han hecho plantearse a grandes sectores de la doctrina su oportunidad, incluso su necesaria modificación, y que merecen específica atención para paliar, en la medida de lo posible, aquellas dudas interpretativas que merman su eficacia y vigencia”. *Vid.*, Circular 1/1998, cit., p. 3.

¹⁴ *El Mundo*, 18/11/1997: “Un hombre mata a su ex mujer prendiéndole fuego tras atarla”. Esta era la noticia del brutal asesinato de Ana Orantes pocos días después de hacer pública a través de una televisión autonómica su dramática historia, Ana Orantes murió a manos de su ex pareja con quien una sentencia judicial la había llevado a compartir vivienda. <http://www.elmundo.es/elmundo/1997/diciembre/18/nacional/malostratos.html> (Última fecha de consulta 23/05/2017).

¹⁵ *Vid.*, Ferrer Pérez, V., y Bosch Fiol, E.: “El papel del movimiento feminista en la consideración social de la violencia de contra las mujeres: el caso de España” cit., p. 10.

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal, relativo a delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las reformas legales de 1999 contemplan entre otras innovaciones, la posibilidad de aplicar medidas cautelares de alejamiento y la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella, se agrava la acción penal sobre las faltas, se flexibilizan los criterios para interpretar la *habitualidad* del delito, se tipifica como delito específico la violencia psíquica, al tiempo que se amplía a los casos en los que la pareja ya no conviva (Calvo, 2013, 188).

La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

Esta Ley tiene como principal fin, la agilización y mejora del procedimiento abreviado, de manera que pueda producirse un enjuiciamiento rápido de determinados delitos y de las faltas, incluso en algunos casos un enjuiciamiento inmediato.

En un primer intento de dar una respuesta integral al problema de la violencia de género, se aprobaría la Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica¹⁶. Concretamente, la Ley reconocía en su Exposición de Motivos que “la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos”.

Esta Ley supuso un hito en las medidas adoptadas por parte de los poderes públicos para la erradicación de este grave problema, y de gran importancia para el tema principal de este trabajo, es que supuso un nuevo punto de partida para la detección y erradicación de la violencia ejercida en el entorno familiar en un sentido amplio respecto de los sujetos protegidos. Como establece la propia Ley se trata de un instrumento diseñado para proteger a las víctimas de violencia doméstica, que son las

¹⁶ El estudio de esta Ley y su implicación en los menores se tratará de forma un poco más detallada en el apartado IV junto con las recientes reformas legales.

recogidas en el art. 173.2 del Código Penal y en este contexto se incluye a los menores de edad¹⁷.

También hay que mencionar la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de reforma del Código Penal. La entrada en vigor de ambas normas supuso en cuanto a los delitos de violencia doméstica un endurecimiento de las penas, se amplió el círculo de sus posibles víctimas, se impuso en todo caso la medida cautelar de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y se estableció la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acordara la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Si bien es cierto que con todas estos cambios normativos se produjo un importante progreso en el ámbito de la violencia de género y un pequeño avance en la protección de los menores víctimas de esta lacra social, no es menos cierto que continuaba siendo necesaria una respuesta clara y firme por parte de los poderes públicos para abordar este problema desde una perspectiva de género, proporcionando una respuesta integral y multidisciplinar al problema y reforzando el marco de asistencia y protección jurídica de sus víctimas.

La respuesta a esta necesidad llegaría en el año 2004 con la tan esperada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta Ley supuso un gran avance por dos motivos, en primer lugar porque por primera vez en la historia una ley reconocía la violencia de género como un problema de Estado y proponía una intervención “integral” abarcando tanto aspectos preventivos, educativos, sociales, como asistenciales, además de la necesaria atención a los casos de violencia ya producidos, y la segunda y más importante para el tema que nos ocupa, porque reconocía que en la violencia de género no hay una sola víctima, sino

¹⁷ *Vid.*, Gómez Pardos, L.: “Menores víctimas y testigos de violencia familiar”. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 2011, p. 224-237.

que la violencia que sufren las mujeres afecta también a los menores que se encuentran en el mismo núcleo familiar, víctimas directas o indirectas de esa violencia.

Este reconocimiento explícito de los menores como víctimas directas o indirectas de la violencia de género, junto con la labor incesable de las asociaciones de mujeres, especialmente del movimiento feminista, el trabajo de algunos organismos gubernamentales y no gubernamentales de ámbito nacional e internacional y de los recientes estudios sobre las consecuencias que para los menores tiene estar expuestos a la violencia que sufren sus madres, se ha podido visibilizar este problema y en consecuencia, como se verá en el siguiente subapartado, conocer más datos relativos a su naturaleza y alcance.

2. MENORES: VÍCTIMAS INVISIBLES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La Organización Mundial de la Salud define el maltrato infantil como “los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil”¹⁸.

La violencia contra los niños ha sido un problema que desde hace años ha preocupado al conjunto de las sociedades, organizaciones e instituciones, sin embargo, el reconocimiento de que los menores expuestos a violencia de género son objeto de violencia psicológica, es un problema que ha permanecido invisibilizado hasta hace relativamente poco tiempo. Este tipo de violencia se relacionaba únicamente con la

¹⁸ Definición acuñada por la OMS. Se puede consultar en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/> (Última fecha de consulta 01/06/2017)

mujer como víctima directa y no con los hijos e hijas a excepción de los casos en que hubiera agresión física directa hacia ellos¹⁹.

Una de las características que definen y diferencian la violencia machista respecto al resto de la violencia interpersonal es que se trata de una “violencia extendida”. El agresor, en su estrategia hacia el control y la sumisión de la mujer, que lo lleva a actuar aislándola de cualquier apoyo emocional y de sus signos de identidad, incluye como objetivo de su violencia a cualquier persona que él interprete que está apoyando o ayudando a su víctima a enfrentarse contra él o a escapar de la relación, por eso familiares, amigos, compañeros, cualquier persona próxima a ella puede ser víctima de sus ataques. Pero los que siempre sufren las consecuencias de esa “extensión de la violencia” son los menores que viven bajo el mismo estado de tensión y alerta que su madre, sufriendo las mismas lesiones psicológicas y en ocasiones también los mismos golpes²⁰.

Tal y como ha señalado M^a Ángeles Sepúlveda, esta violencia reviste especial severidad cuando el agresor es el propio padre, figura central y de referencia y la violencia ocurre en su propio hogar, lugar de refugio y protección. Añade que se produce la destrucción de las bases de su seguridad, quedando el menor a merced de sentimientos como la indefensión, el miedo o la preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática pueda repetirse, todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede ser paralizante. Además, en el caso de la violencia machista, las agresiones a las que están sometidos todos los miembros de la familia no son puntuales sino que constituyen una amenaza continua y por tanto la experiencia traumática se repetirá de forma sistemática en el núcleo familiar²¹.

¹⁹ *Vid.*, Gómez Pardos, L.: “Menores víctimas y testigos de violencia familiar”. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 2011, p. 173.

²⁰ *Vid.*, Lorente Acosta, M.: “El rompecabezas: Anatomía del maltratador”, Barcelona, Ares y Mares, 2004, p. 173-174.

²¹ *Vid.*, Sepúlveda García de la Torre, M. A.: “La violencia de género como causa de maltrato infantil”. Cuadernos Médicos Forenses, 2006, vol. 12 (43-44), p. 160.

Uno de los primeros estudios sobre las consecuencias de la violencia de género en menores es el de Jaffe, Wilson y Wolfe (1986)²², los autores pusieron de relieve la relación existente entre formas intensas de conflicto matrimonial y problemas de conducta en los hijos e hijas, concluyendo que entre el 25 y el 70% de los/as niños/as expuestos a este tipo de violencia presentaban problemas clínicos de conducta.

En la misma línea Aguilar (2009, p.7) señala que los menores expuestos a violencia de género pueden sufrir diversas alteraciones como: problemas físicos (retraso en el crecimiento, problemas con el sueño y en la alimentación...); problemas emocionales (ansiedad, ira, depresión, aislamiento, baja autoestima, estrés post-traumático...); problemas cognitivos (retraso en el lenguaje, en el desarrollo, bajo rendimiento escolar...); problemas conductuales (agresión, inmadurez, delincuencia, déficit de atención-hiperactividad...); y, problemas sociales (escasas habilidades sociales, retraimiento, rechazo, falta de empatía...).

La Organización Save the Children también ha mostrado su preocupación por las consecuencias que este tipo de violencia tiene en los menores, así lo puso de manifiesto en un Informe realizado en el año 2006 en el que se abordaban las graves consecuencias que tenía la exposición de los niños y niñas a la violencia de género en el hogar. La principal conclusión de ese trabajo era que los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género también son víctimas de esta violencia, en ocasiones porque son agredidos físicamente junto a sus madres y en todos los casos porque son testigos de los hechos y como consecuencia sufren el mismo maltrato psicológico que su progenitora²³. Desde entonces Save the Children ha continuado investigando y sensibilizando en relación con este problema²⁴.

²² *Vid.*, Jaffe, Wilson y Wolfe. “The Impact of Experiencing and Witnessing Family Violence during Childhood: Child and Adult Behavioural Outcomes” (1986). Correctional Service Canada. En: <http://www.csc-ccc.gc.ca/publications/index-eng.shtml> (Última fecha de consulta 07/06/2017).

²³ Save the Children. “Atención a los niños y niñas víctimas de la violencia de género: Análisis de la atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en el sistema de protección a la mujer”. Madrid, 2006. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/atencion_violencia_genero_estatal.pdf (Última fecha de consulta 23/05/2017).

²⁴ Save the Children. “En la violencia de género no hay una sola víctima: Atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género”. Madrid, 2011.

La preocupación por los menores que viven expuestos a este tipo de violencia, sería tomada en cuenta por la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016) de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, aprobada al amparo de la LOIVG²⁵. En ella se reserva el tercer objetivo general a la atención a los menores y a las mujeres especialmente vulnerables de la violencia de género, con el fin de evitar victimizaciones secundarias, acabar con este tipo de agresiones y proporcionar una atención integral. Específicamente el texto señala que “los menores que conviven en entornos donde existe violencia de género también son víctimas de esta violencia. En este sentido, la violencia condiciona su bienestar y desarrollo personal y les produce problemas de salud física y psicológica. Además, los menores pueden ser utilizados como un instrumento de violencia y dominio sobre la mujer, y su exposición a estas situaciones coadyuva a perpetuar la transmisión intergeneracional de la violencia. Son por ello, merecedores de especial apoyo y protección y requieren una atención particular”.

De suma importancia sería el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (PENIA), aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013²⁶. El II PENIA señaló como uno de sus objetivos principales la visibilización y protección de los menores que son víctimas de la violencia de género. Además añadió que por primera vez estos menores serían tenidos en cuenta en las estadísticas oficiales.

Recordar que los menores asesinados por violencia de género no han aparecido en las estadísticas oficiales hasta el año 2013 y destacar la labor de la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas que desde el año 1999 recogen estos datos²⁷.

https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia_de_genero_victima.pdf
(Última fecha de consulta 23/05/2017).

²⁵ La Estrategia Nacional (2013-2016) se puede consultar en :
<http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/estrategiaNacional/home.htm>
(Última fecha de consulta 25/05/2017).

²⁶ El II PENIA se puede consultar en:
https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/pdf/II_PLAN ESTRATEGICO INFANCIA.pdf
(Última fecha de consulta 25/05/2017).

²⁷ <http://www.separadasydivorciadas.org/wordpress/estadisticas/> (Última fecha de consulta 25/05/2017).

Las últimas reformas legislativas llevadas a cabo en nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección de menores se han llevado a cabo en el marco del II PENIA.

El resultado de la última Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2015 señala que el 63,6% de las mujeres entrevistadas afirman que sus hijos o hijas presenciaron o escucharon episodios de malos tratos, y de éstas, un 92,5% asegura que tenían menos de 18 años cuando se produjeron los hechos. Dentro de este porcentaje superior al 90%, sobresale el hecho de que el 64,2% de las mujeres víctimas que tenían hijos menores de 18 años manifiestan que los malos tratos también se cometieron sobre ellos²⁸.

Como se constata de la Macroencuesta, la violencia de género incide directamente en los menores. Un alto porcentaje de las mujeres que fueron víctimas de violencia de género manifiestan que sus hijos estaban presentes y en otros muchos casos las agresiones se cometieron directamente contra ellos.

El mayor problema se encuentra en ese porcentaje de menores que si bien no sufren las agresiones físicas directamente, viven expuestos a la violencia que se ejerce de forma sistemática sobre sus madres.

En los casos en que sólo la mujer es víctima directa de la violencia de género los menores son considerados “víctimas olvidadas” ya que el sufrimiento psicológico causado a consecuencia de presenciar esa violencia no emerge en la realidad de los hechos²⁹.

Es cierto que nuestra sociedad ha avanzado progresivamente hacia una mayor sensibilización y concienciación de esta lacra social, pero no es menos cierto que era necesario adoptar medidas adicionales específicas para que los menores que se

²⁸ Macroencuesta de Violencia contra la Mujer. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015.
http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf (Última fecha de consulta 23/05/2017).

²⁹ Vid., Gómez Pardos, L.: “Menores víctimas y testigos de violencia familiar”. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 2011, p. 212.

encuentran en esa situación tengan una adecuada respuesta por parte de todas las Administraciones en general y de la de Justicia en particular³⁰.

En el siguiente apartado, me voy a ocupar de la protección jurídica que reciben estos menores tanto en el plano internacional como nacional, haciendo especial referencia a las últimas novedades legislativas que afectan a los menores víctimas de la violencia de género.

³⁰ *Vid.*, Reyes Cano, P.: “Menores y Violencia de Género”, cit., p. 184.

III. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La infancia no siempre ha sido considerada un colectivo vulnerable necesitado de especial cuidado y protección. La violación de los derechos de los niños a lo largo de la historia, ha sido una práctica habitual en muchas comunidades. Esta violación de derechos ha dado lugar a episodios de abuso, abandono, maltrato, explotación, marginación, infanticidio, etc. Sería deseable afirmar, que en la actualidad estos intolerables comportamientos han sido erradicados completamente, pero lo cierto es que todavía se siguen cometiendo atrocidades en algunos sectores sociales³¹.

Ya en el siglo XVII comienza a generalizarse una concepción moral de la infancia a la que le preocupa la fragilidad y debilidad del niño más que cualquier otro aspecto³². Este cambio de pensamiento desembocará en la concepción de que los niños y adolescentes tienen derechos e intereses dignos de ser protegidos y garantizados³³.

Sin embargo, no es hasta finales del siglo XIX y principios del XX cuando comienza una nueva etapa jurídico-política que desemboca en los primeros textos normativos de protección de la infancia. Las últimas décadas del siglo XX representan una inflexión importante en el discurso práctico de los derechos de la infancia y de la adolescencia que culmina con su pleno reconocimiento y efectividad tanto en el plano internacional como el nacional (Picontó, 2009, 62-63).

A continuación voy a comentar el proceso de reconocimiento de los Derechos de la infancia en el plano internacional y europeo.

³¹ Sobre este tema resulta interesante el informe del Consejo Internacional de ONG sobre la Violencia contra los Niños: “La violación de los derechos de los niños: Prácticas nocivas basadas en la tradición, la cultura, la religión o la superstición”. Octubre de 2012. El documento se puede consultar en: <https://www.crin.org/en/docs/InCo-Report-full-text-translationSP.pdf> (Última fecha de consulta 29/05/2017)

³² *Vid.*, Picontó Novales, T., “Derechos de la infancia: Nuevo contexto y nuevos retos”, en *Derechos y Libertades*, 2009, nº 21, p. 60.

³³ *Vid.*, CAMPOY CERVERA, I., “La fundamentación de los Derechos de los Niños. Modelos de reconocimiento y protección”, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 977-1002.

1. NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA

En el ámbito internacional, los Derechos del Niño fueron formalmente reconocidos por primera vez, en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924. Se trata de un texto histórico adoptado por la Sociedad de Naciones, predecesora de la Organización de Naciones Unidas, cuyo contenido consta de cinco artículos en los que más que recoger un elenco de auténticos derechos de los niños y niñas, la declaración pone su atención en los deberes que los adultos tienen respecto a ellos.

Si bien la Declaración careció de fuerza vinculante para los Estados, representa el momento en que, definitivamente, se toma conciencia de la responsabilidad de la sociedad y el Estado en asegurar mediante las pertinentes disposiciones el futuro de los menores³⁴.

En este sentido, el Preámbulo de la Declaración de Ginebra de 1924 estableció que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba y proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Declaración marcó un hito en la historia de los derechos humanos, por primera vez, un texto reconoce a todos los seres humanos libres, iguales y con los mismos derechos, con independencia de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (art. 2 DUDH).

Aunque los niños son rara vez mencionados en el texto, no cabe duda alguna que la Declaración les afecta de igual manera por su condición de seres humanos³⁵. No obstante, sí se hace una referencia expresa en el art. 25.2, donde se dispone que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

³⁴ *Vid.*, Gómez Pardos, L.: “Menores víctimas y testigos de violencia familiar”. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza (2011), p. 329-347.

³⁵ *Vid.*, Ocón Domingo, J., “Normativa internacional de protección de la infancia”. Cuadernos de Trabajo Social, vol. 19 (2006), p. 115.

Es cierto que esta Declaración también careció de fuerza jurídica vinculante, sin embargo, los esfuerzos de la ONU no quedaron en vano, sino todo lo contrario, la Declaración ha sido un referente ético internacional cuyo peso moral ha sido de gran trascendencia y su influencia ha sido decisiva para posteriores avances legislativos (Gómez, 2011, 331).

Desde que finalizó la segunda guerra mundial y tras la aprobación de la DUDH surgió la necesidad de dotar de una mayor protección a la infancia. Así las cosas el 20 de noviembre de 1959, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por todos los Estados miembros que componían entonces la ONU.

Este tratado internacional tal y como señala en su Preámbulo, está basado tanto en la Declaración de Ginebra como en la DUDH y recoge, en los diez principios que contiene, los derechos que han de disfrutar todos los niños y niñas sin discriminación alguna, resaltando la idea de que los niños por su “falta de madurez física y mental”, necesitan de un cuidado y protección especiales, además de una protección legal adecuada, tanto antes como después del nacimiento.

Además, por primera vez, se tiene en cuenta el interés superior del niño como principio rector del cuidado y protección de esos menores (Principio 7).

El texto internacional al igual que ocurrió con los anteriores, tampoco obligaba a los Estados, sino que únicamente los instaba a reconocer tales derechos y luchar por su observancia, sin incluir mecanismos que verdaderamente obligaran al cumplimiento de su contenido. Es por ello que la ONU empezó a trabajar para crear algún documento que incorporara todos los derechos, pero con mecanismos coercitivos que garantizaran su efectivo cumplimiento por parte de los Estados (Gómez, 2011, 331).

En este sentido, las aportaciones más importantes con fuerza jurídica vinculante fueron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ambos Pactos hacen referencia a los derechos de los niños en algunos de sus artículos, derechos que ya habían sido promulgados en

la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración de Ginebra de 1924 y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Muestra de ello es el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice textualmente que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere”.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recoge en el art. 10 el derecho de los niños a beneficiarse de una protección y asistencia especiales sin sufrir discriminación alguna, protección contra cualquier tipo de explotación económica y social, así como de cualquier trabajo que haga peligrar su vida o perjudique a su desarrollo normal, y la obligación del Estado para fijar una edad mínima para trabajar.

El artículo 12 del mismo Pacto mantiene el derecho de los niños a ser atendidos en caso de enfermedad y reducir así la mortalidad infantil y garantizarles un sano desarrollo.

Por último, el artículo 13 reconoce el derecho a la educación y la gratuidad de la enseñanza primaria universal para todos los niños.

La reafirmación de estos derechos supuso un importante progreso en la protección de la infancia. Ya no se trataban de meros principios programáticos que obligaban moralmente, sino que los Pactos dieron un valor normativo a estos derechos, de manera que todos los Estados que los firmaron quedaron legalmente obligados a respetarlos y garantizarlos (Gómez, 2011, 331).

Estos Pactos influyeron decisivamente en la posterior Convención de los Derechos del Niño de 1989. Sin duda, en la actualidad este Tratado se erige en la normativa más importante que con carácter vinculante para los estados firmantes, vela por los derechos e intereses prioritarios de la infancia (Ocón, 2006, 115).

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue aprobada por Naciones Unidas, el día 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. El texto está compuesto por 54 artículos, que consagran el derecho de los menores de 18 años a tener la protección y cuidados que sean necesarios para su desarrollo y bienestar, y, conmina a los Estados Partes a adoptar todas las medidas que sean oportunas para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas.

Para un adecuado control de los Estados firmantes, se crea el Comité de los Derechos del Niño, cuya finalidad principal es examinar los progresos realizados por los Estados Parte en el cumplimiento de las obligaciones contraídas (art. 43). Para ello, los Estados se comprometen a entregar al Comité un informe sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. El primer informe se emitirá a los dos años de entrar en vigor la Convención y posteriormente cada cinco años (art. 44).

La Convención ha constituido el primer texto jurídico internacional sobre los derechos de la infancia, con fuerza jurídica vinculante para los Estados Parte, más aceptado de la historia. Ha sido ratificada por la práctica totalidad de los Estados con la ausencia significativa de USA³⁶. España firma la Convención el 26 de enero de 1990, la ratifica el 30 de Noviembre de ese mismo año y entra en vigor el día 5 de enero de 1991.

Tras la Convención, comienza una intensa actividad legislativa en la práctica totalidad de los países que ratificaron la norma internacional, para incorporar a sus legislaciones internas los principios recogidos en el tratado³⁷. En España este reconocimiento tuvo lugar en virtud de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de

³⁶ *Vid.*, Piconó Novales, T., “Fisuras en la Protección de los Derechos de la Infancia”. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 2016, nº33, p.137.

³⁷ En este sentido el art. 4 de la Convención de 1989, prescribe: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Protección Jurídica del Menor y de la legislación de las Comunidades Autónomas³⁸ (Picontó, 2016, 139).

Se puede afirmar, que el momento culminante en torno a los derechos de la infancia, se alcanzó con este Tratado, sin embargo algunos autores han cuestionado su verdadera eficacia. En este sentido, Laura Gómez (2011, 343) señala que mientras los mecanismos de garantía de protección de los derechos de la infancia se limiten a “la obligatoriedad moral” de los Estados, la Convención seguirá ocupando la cúspide en la pirámide normativa de la protección de menores pero la base en la eficacia y garantía de los derechos en ella reconocidos.

En el ámbito europeo, destaca la labor del Consejo de Europa por los importantes y numerosos instrumentos jurídicos llevados a cabo en el ámbito del Derecho de familia y especialmente, en el ámbito de la protección jurídica de los menores.

Algunos de estos instrumentos jurídicos, como el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos del Niño, tratan únicamente cuestiones relativas a los niños, mientras que otros, como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, tienen un ámbito de aplicación mucho más amplio (Gómez, 2011, 343-344).

El Consejo de Europa ha dado un paso adelante en la protección de los menores y ha reconocido como una forma específica de maltrato infantil el tema que es objeto de estudio en este trabajo, la exposición a situaciones de violencia de género. En este sentido, destaca la Recomendación 1905 (2010) del Consejo de Europa que, haciendo referencia a su Resolución 1714 (2010) sobre los niños que son testigos de la violencia

³⁸ Dado el sistema de distribución de competencias previsto en el Título VIII de la Constitución Española, las Comunidades Autónomas han aprobado normativa propia en materia de protección de menores, en virtud de las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, al amparo del título competencial de “asistencia social” reconocido en el art.148.1.20º de la Constitución. Esta distribución competencial, hace que contemos en el marco de protección de la infancia, por una parte, con una legislación estatal y, por otra, con las surgidas en las diferentes autonomías. En el caso de Aragón la normativa aplicada es la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, predecesora de la actual Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón. (La normativa autonómica no será objeto de estudio en este trabajo).

doméstica, reitera que la situación de los menores y los peligros a los que son expuestos, son descuidados por las políticas relacionadas con la materia, y considera necesario reforzar la acción específica en todos los niveles políticos, teniendo en cuenta el impacto específico que tiene la violencia de género en el hogar en los niños y niñas³⁹.

También es de destacar, la creación en el seno del Consejo de Europa de un Comité *ad hoc* para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CAHVIO), cuyo objetivo principal fue la elaboración del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica también conocido como Convenio de Estambul⁴⁰.

La importancia del Convenio estriba en que supone el primer instrumento jurídico de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica.

De suma importancia para el tema que nos ocupa, es el reconocimiento que el Convenio de Estambul hace de los niños y niñas como víctimas de violencia doméstica, incluso como testigos de la violencia dentro de la familia. En este sentido, recoge algunas disposiciones cuya finalidad es garantizar una adecuada protección y asistencia a estas víctimas, teniendo en cuenta sus necesidades específicas.

Así, puede verse el artículo 26 del Convenio que establece:

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en la oferta de servicios de protección y apoyo a las víctimas, se tengan en cuenta adecuadamente los derechos y necesidades de los niños testigos

³⁹La Recomendación 1905 (2010) se puede consultar en:

<http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/home.htm> (Última fecha de consulta 29/05/2017).

⁴⁰El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), quedó abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, entrando en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014, una vez alcanzado el número mínimo de diez Estados miembros de la organización que lo han ratificado, tal y como estipula el artículo 75 del Convenio.

<http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/home.htm> (Última fecha de consulta 29/05/2017).

de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

2. Las medidas tomadas con arreglo al presente artículo incluirán los consejos psicosociales adaptados a la edad de los niños testigos de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio y tendrán en cuenta debidamente el interés superior del niño.

Por su parte el artículo 31, en cuanto a la custodia, derecho de visita y seguridad, prescribe:

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

El Convenio de Estambul ha sido de gran influencia en nuestro ordenamiento jurídico, de hecho algunas de las importantes reformas legales llevadas a cabo en el año 2015 de protección de los menores, derivan de los mandatos del citado Convenio.

En el ámbito comunitario, esta necesidad de protección de los niños y niñas, fue compartida por el Parlamento Europeo a través de la Resolución A3-0172/92, que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño. En ella se insta todos los Estados miembros a que se adhieran sin reservas a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y considera necesario contar con instrumentos jurídicos propios de ámbito europeo que garanticen los derechos de la infancia (Ocón, 2006, 127).

En general, los instrumentos adoptados en el seno de la Unión Europea han sido numerosos pero con una fuerza jurídica vinculante escasa. La mayoría han adquirido la forma de Resoluciones emanadas del Parlamento Europeo (Gómez, 2011, 346).

No obstante, no se puede dejar de reconocer el esfuerzo de la UE, como ya ocurría en el seno del Consejo de Europa, en luchar contra esta lacra social y reconocer que la exposición a situaciones de violencia de género es una forma de maltrato infantil.

Con fuerza jurídica vinculante destaca la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Esta Directiva ha sido objeto de transposición en España por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. En este sentido, el Preámbulo del mencionado Estatuto señala que “(...) el presente texto legislativo no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho (...)”.

Sin perjuicio de las críticas que se puedan llevar a cabo sobre la verdadera eficacia de todo este entramado normativo, lo cierto es que no se puede dejar de reconocer los esfuerzos de todos los organismos internacionales en la lucha por los derechos humanos y más específicamente por los derechos de la infancia.

A continuación voy a analizar la legislación española que tiene por objeto la protección de los menores víctimas de la violencia de género, deteniéndome en las últimas reformas legales del año 2015.

2. NORMATIVA NACIONAL: LAS NUEVAS REFORMAS LEGALES

Todos los niños y niñas tienen derecho a recibir una asistencia y protección adecuadas que garantice el pleno desarrollo de su personalidad. En nuestro ordenamiento jurídico, esa responsabilidad recae en primer término sobre sus padres y de forma subsidiaria en los poderes públicos, quienes tienen el deber de colaborar con las familias y velar porque cumplan debidamente con sus obligaciones (art. 39 CE).

En aras del cumplimiento efectivo del mandato constitucional y de las normas de carácter internacional ratificadas por España, se aprobó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil.

Esta Ley supuso un notable avance al constituir un marco jurídico general de protección de los menores. Sin embargo, en los últimos años se imponía una reforma del sistema de protección de la infancia que respondiera a los importantes cambios sociales experimentados en nuestra sociedad y que inciden de forma directa en la situación de los menores en contextos de violencia de género.

La respuesta a esta necesidad, como ya he comentado, vendría de la mano de tres importantes normas: la Ley 4/2015, de 27 de abril, reguladora del Estatuto de la víctima, La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

Estas normas suponen una reforma ambiciosa que afecta a varias leyes de diferentes ámbitos jurídicos. De gran importancia y vinculadas directamente con el tema objeto de estudio se encuentran las reformas legales que se refieren a las medidas civiles que afectan a los hijos, cuando se producen situaciones de violencia de género, cuestiones tales como la privación o la suspensión de la patria potestad, de la guarda y custodia y del régimen de visitas. Además se dota de una mayor concreción al concepto jurídico indeterminado del “interés superior del menor” y se desarrolla el derecho del menor a ser escuchado⁴¹.

Concretamente la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que entró en vigor el 28 de octubre de 2015⁴², garantiza un conjunto de derechos procesales y extraprocesales a todas las víctimas de los delitos e incluye algunas disposiciones específicas que afectan a los menores víctimas de la violencia de género.

En este sentido la Ley, tal y como señala en su Preámbulo “busca visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o

⁴¹ Múrtula Lafuente, V., “El interés superior del menor y las medidas civiles en supuestos de violencia de género, Madrid, Dykinson, 2016.

⁴² Esta Ley se adapta al Convenio de Estambul de 15 de mayo de 2011 del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y traspone además las directivas de la Unión Europea sobre esta materia (en particular, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo).

violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral”. En consecuencia, los menores que se encuentren en un entorno de violencia de género o violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en el Título I y Título III del mencionado Estatuto.

La principal novedad introducida es el reconocimiento como víctimas directas de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género. No supone un reconocimiento expreso, pero así se entiende de la dicción literal del art. 2 que regula el ámbito subjetivo de la Ley y define el concepto de víctima directa e indirecta⁴³.

Según la investigadora Paula Reyes, dentro del concepto de víctima directa se encontrarían los menores que viven en entornos de violencia de género, por todas las alteraciones que la exposición a la misma supone para su desarrollo, superando así el concepto de víctima indirecta que establecía la Ley 1/2004, para los menores que no sufrían agresiones directamente⁴⁴.

Otra modificación llevada a cabo por el Estatuto de la víctima directamente vinculada con el tema objeto de estudio, afecta al apartado 7 del art. 544 ter de la LECrim introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica. Concretamente la Ley 27/2003 mediante el art. 544 ter de la LECrim, unificó los distintos instrumentos de amparo y tutela de las víctimas de violencia doméstica. Es decir, aunó en un único procedimiento y en una misma resolución, tanto la acción cautelar penal cómo la civil. Por tanto, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, se pretende así conseguir a través de un procedimiento judicial rápido y sencillo una misma resolución que incorpore conjuntamente tanto las medidas

⁴³ En el concepto de víctima directa, el art. 2 incluye “a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”. Por otro lado, define como víctimas indirectas a aquellas cuyo perjuicio se corresponde con un delito de resultado de muerte o desaparición de la víctima directa, salvo que sean los responsables de los hechos.

⁴⁴ *Vid.*, Reyes Cano, P., “Menores y Violencia de Género”, cit., p. 195.

restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección para proteger a los menores podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier medida que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

El apartado 7 del art. 544 ter, en su redacción original, señalaba la posibilidad del Juez de adoptar alguna o algunas de las medidas cautelares de naturaleza civil ya mencionadas, en el marco de la orden de protección, cuando lo solicitara la víctima o su representante legal, o, el Ministerio Fiscal cuando hubiera hijos menores o incapaces, es decir, siempre a instancia de parte. La actual redacción dispone que cuando existan menores o personas con la capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de tales medidas.

Por último, el Estatuto de la Víctima introduce un nuevo artículo 544 quinquies en la LECrim, para determinar legalmente, que cuando resulte necesario para la protección de un menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, víctima de un delito del artículo 57 del Código Penal⁴⁵, el Juez pueda adoptar la suspensión de la patria potestad, la tutela, curatela, guarda o acogimiento, o establecer un régimen de supervisión, o la suspensión del régimen de visitas o de comunicación. De esta manera el Juez podrá adoptar alguna o algunas de estas medidas cautelares cuando lo crea necesario sin necesidad de remitir a las partes al juzgado de lo civil.

⁴⁵ Las medidas del art. 57 del CP podrán consistir en: homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. Es decir, en los mismos casos del artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los que cabe dictar cautelarmente una orden de alejamiento o de no comunicación.

Es incuestionable el avance que suponen todas estas modificaciones para la protección de los menores víctimas de la violencia de género. Sin embargo, y a pesar de esta indudable mejora, se echa en falta una distinción conceptual entre menores víctimas de violencia de género y menores víctimas de violencia doméstica, ya que estos conceptos constituyen realidades diferentes, con causas y consecuencias muy distintas (Reyes, 2015, 196).

Interesantes también son las reformas legales llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con el fin de mejorar los instrumentos de protección jurídica de los menores. Tal y como señala el Preámbulo de cada una de estas leyes, el objeto de las mismas es introducir los cambios legislativos necesarios que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

Concretamente, la referida Ley Orgánica 8/2015, modifica varios preceptos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Como ya he comentado, la LOIVG fue la primera norma en nuestro país en considerar que la violencia de género afecta también a los hijos e hijas de las mujeres que la sufren. En este sentido, su Exposición de Motivos dice textualmente que “las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.

El legislador consciente de que en la violencia de género no hay una sola víctima y teniendo en cuenta el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género, les reconoció además la

misma asistencia que a sus madres, llevada a cabo por profesionales con formación adecuada a las especiales características que presentan estas víctimas⁴⁶.

Ahora con la nueva reforma legal se modifican algunos artículos que inciden directamente en la protección de los menores, concretamente se ven afectados el apartado 2 del art. 1 de la LOIVG y los arts. 61, 65 y 66 del mismo cuerpo legal⁴⁷.

El apartado 2 del art.1 se modifica con la finalidad de reconocer como víctimas directas del delito de violencia de género, a los hijos e hijas de las mujeres que sufren el mismo ilícito penal, y, se amplían las situaciones objeto de protección a los menores que estén en situación de acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho y se encuentren a cargo de la mujer.

Con esta reforma legal, se observa un reconocimiento explícito de los menores como víctimas directas de la violencia de género, superando así la regulación originaria, que les reconocía la posibilidad de ser víctimas directas o indirectas y que en ocasiones resultaba un tanto ambigua. Así, el párrafo dos del art. 1 de la LOIVG, tras esta modificación, queda redactado como sigue:

Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

De menor trascendencia ha sido la modificación que ha sufrido el párrafo dos del art. 61 de la LOIVG. Según la exposición de motivos de la Ley 8/2015 “para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las

⁴⁶ *Vid.*, el art. 19.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁴⁷ Se modifica el apartado 2 del art. 1 y los arts. 61, 65 y 66 por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.

medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia”.

En realidad esta modificación no cambia nada, el legislador únicamente recuerda la obligación del juez de pronunciarse en todo caso sobre las medidas cautelares y de aseguramiento reguladas en la Ley, y como novedad, menciona expresamente las medidas recogidas en los artículos 64, 65 y 66 (Reyes, 2015, 196-197).

Más significativa es la modificación del art. 65 de la LOIVG, respecto de las medidas de suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, y la del art. 66 del mismo texto legal respecto de las medidas de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Ambos artículos en su redacción original ya recogían la posibilidad de ordenar alguna o algunas de estas medidas por el órgano judicial competente para el inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él, por tanto, continúa sin haber obligatoriedad al respecto. La novedad reside en la obligación de los jueces cuando no adopten alguna de las medidas de protección, de pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que el progenitor ejercerá sus derechos y obligaciones, adoptando las medidas que sean necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de las víctimas, y, realizando un seguimiento periódico de su evolución (Reyes, 2015, 197).

Estas modificaciones parecen presagiar un plus de seguridad y protección para los menores víctimas de la violencia machista. Pues aunque continúa siendo potestativa la posibilidad de privar al padre investigado por un delito de violencia de género de sus derechos/deberes paterno-filiales, con esta modificación, el Juez queda obligado al menos a detenerse en cada caso concreto y valorar la situación de estos menores para garantizar en la medida de lo posible la seguridad los mismos. No olvidemos, que la mayoría de casos de parricidios ocurridos en nuestro país, han tenido lugar mientras el padre disfrutaba de estos derechos.

Otras modificaciones reseñables por la Ley Orgánica 8/2015 y de gran importancia para el tema que nos ocupa, son las recogidas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la misma, se desarrolla por fin el concepto de interés superior de los menores y se refuerza además, el derecho de éstos a ser escuchados y participar en todos los asuntos que les conciernen.

El principio del interés superior del menor debe entenderse como un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con los menores. En nuestro sistema jurídico, se han realizado constantes alusiones al interés superior del menor⁴⁸, sin embargo, el término se presentaba en nuestro ordenamiento jurídico como un concepto jurídico indeterminado, que necesitaba ser delimitado en cada caso concreto y que ha sido objeto de diversas interpretaciones a lo largo de estos años⁴⁹.

Para dar respuesta a este problema, la citada Ley Orgánica 8/2015 modifica el artículo 2 de la LOPJM y dota de contenido a este concepto, incorporando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

El legislador en la nueva redacción del artículo 2 define el principio rector del interés superior del niño desde una triple dimensión, a saber: como derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las decisiones que le conciernan; como principio general de carácter interpretativo, de manera que si la aplicación de la ley admite varias

⁴⁸ Tal y como ha señalado Isaac Ravetllat Ballesté, así resulta del artículo 39 de la Constitución española, del artículo 2º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de múltiples artículos del Código Civil referidos de manera expresa al beneficio e interés superior de los menores - artículos 92, 154 y 170 entre ellos -, y de la regulación que de los derechos del menor efectúan las diversas legislaciones autonómicas; preceptos todos ellos, en perfecta sintonía y conexión con otros similares contenidos tanto en el Derecho comparado, como en los Convenios, Tratados y Pactos internacionales suscritos por el Estado español, muy en particular con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁹ *Vid.*, Ravetllat Ballesté, I.: “El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012, p. 89-108.

interpretaciones primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y, por último, también como norma de procedimiento⁵⁰.

En cuanto al derecho del menor a ser escuchado, se concibe como necesario en aras de la protección de su verdadero interés. Sin embargo, tal y como ha señalado la profesora M^a José Bernuz, el derecho del niño a ser escuchado es un derecho de fácil enunciado y compleja ejecución. Sobre todo porque para que el derecho se realice efectivamente es necesaria una adecuada preparación tanto de las instituciones que escuchan como del propio menor que tiene que ser informado y debe comprender las implicaciones del ejercicio de este derecho, siempre que sus condiciones de madurez así lo aconsejen⁵¹.

La nueva redacción del art. 9 de la LOPJM desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con las recomendaciones y criterios de los Convenios Internacionales ratificados por España.

Entre las novedades de este artículo destaca la inclusión de criterios para determinar la madurez del menor para ejercitar este derecho, presumiéndose la misma a partir de los 12 años. Valoración que habrá de llevarse a cabo por personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor y su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto.

Para finalizar este apartado, voy a exponer de manera sucinta algunas de las modificaciones llevadas a cabo en virtud de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que afectan al tema objeto de estudio.

En este sentido la Ley 26/2015, introduce en la letra i) del apartado 2 del art. 11 de la LOPJM como principio rector de la actuación administrativa, la protección de los menores contra toda forma de violencia, incluida entre otras, la violencia de género.

⁵⁰ Esta triple dimensión del principio del interés superior del menor viene recogida en el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.

⁵¹ *Vid.*, Bernuz Beneitez, M. J., “El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma”, en *Derecho y Libertades* (2015) nº3, p. 77.

Por su parte el art. 12 del mismo texto legal garantiza el apoyo necesario para que los menores bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica puedan permanecer con la misma.

Interesante es la modificación de la ya derogada Ley General de la Seguridad Social. Con esta reforma legal la Ley impide ser beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia al condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación o la posibilidad de suspensión cautelar mientras no sea firme la sentencia (art. 179 ter y 179 quáter). Además prevé que en estos casos se incremente la pensión de orfandad de los hijos (art. 179 quinquies)⁵².

Hay que señalar que las medidas que ahora reconoce la Ley General de la Seguridad Social ya estaban previstas desde el año 2004 en la LOIVG. Sin embargo, por errores administrativos algún homicida se ha beneficiado de la pensión de viudedad tras el asesinato de su pareja⁵³.

Un paso adelante en este ámbito es la propuesta del Gobierno para que todos los menores huérfanos por un delito de violencia de género tengan derecho a la pensión de orfandad aun cuando sus madres no hayan cotizado lo preceptuado por la Ley General de la Seguridad Social.

Para finalizar, quiero apuntar que desde el año 2005 ya existían normas destinadas a proteger a los menores víctimas de la violencia de género. Cuestión diferente es la escasa aplicación práctica que estas normas han tenido.

En este sentido, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, modificó completamente el art. 92 del CC. estableciendo en el apartado siete que “no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal

⁵² En el actual Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social se mantienen tales prohibiciones en los artículos 231, 232 y 233.

⁵³ A este respecto ver la noticia del periódico El Mundo.
<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/12/08/barcelona/1323346285.html>

iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

En el mismo sentido, 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, introdujo mediante la modificación del art. 55 del CP, “(...) la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido (...)”.

Ahora, con las reformas legales del año 2015 no sólo se constata un importante cambio normativo en la protección de los menores víctimas de la violencia de género, sino que además, tal y como se verá en el siguiente apartado, tras las modificaciones acaecidas en nuestro ordenamiento jurídico, se observa un significativo cambio jurisprudencial que se ha traducido en un aumento de las medidas judiciales que afectan a las relaciones paterno-filiales. Quizá ahora que los menores han sido reconocidos, a nivel legislativo, víctimas directas de esta lacra social, los jueces de nuestro país no tengan tanto reparo en adoptar cualquiera de las medidas de protección que prescriben las leyes.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DATOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En este apartado voy a analizar este cambio jurisprudencial que parece vislumbrarse tras las recientes reformas legales. Concretamente haré referencia a algunas de las sentencias más significativas del Tribunal Supremo tanto del orden penal como del orden civil y su influencia en los últimos datos del CGPJ sobre suspensión del régimen de visitas, suspensión de la patria potestad y suspensión de la guarda y custodia en el marco de la OP y/o MC.

Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

El pasado 30 de septiembre de 2015 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁵⁴ avaló la privación de la patria potestad de un hombre respecto a su hija de tres años, tras intentar matar a su ex mujer acuchillándola en el cuello en presencia de la menor. Además de la privación de la patria potestad, el fallo ordenó el alejamiento de la niña, no pudiendo contactar con ella, ni acercarse a menos de un kilómetro hasta que cumpla la mayoría de edad.

El Tribunal de instancia se pronunciaba en su fundamento jurídico cuarto sobre la falta de nexo causal entre el hecho cometido y el desarrollo integral de la menor en los siguientes términos: “(...) debiendo acreditar, pues así lo exige el derecho sancionador, que los hechos son perjudiciales para el menor, prueba esta que no ha acontecido, y criterio este al que se puede acudir, pero ahora insuficiente por lo antes expuesto, toda vez que no tiene relación directa con el delito cometido”.

⁵⁴ Sentencia nº 568/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sección 1ª, de 30 de noviembre de 2015 (rec.10238/2015).

Por su parte, el Tribunal Supremo replicaba esta opinión manifestando que “(...) la decisión del Tribunal de instancia no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad (...)”.

Como reconoce la propia sentencia, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS ha sido reacia a la adopción de la pena de privación de la patria potestad -sin perjuicio de acudir a la vía civil- por la falta de relación directa entre el delito cometido y la privación de este derecho, pese a que desde el año 2010 la reforma introducida en el art. 55 del Código Penal prevé tal imposición de forma potestativa y con naturaleza accesoria en delitos con penas de prisión igual o superior a diez años siempre y cuando exista relación directa entre el delito cometido y la privación de este derecho.

Son significativas las palabras del TS que dice textualmente “(...) repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre.

El Magistrado Francisco Ruiz-Jarabo señala que “se trata de una sentencia importante en tanto en cuanto se podría decir que marca un antes y un después en el ámbito de la violencia de género y en su afectación a las y los menores. La razón es obvia toda vez que cabe observar una ruptura con ese discurso hasta entonces dominante que ha visto compatible ser un agresor por violencia de género a la par que un buen padre de familia⁵⁵.

⁵⁵ *Vid.*, Ruiz-Jarabo Pelayo, F., Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga. “Patria potestad, custodia y visitas en violencia de género”, (2016), p.16. El trabajo se encuentra disponible en: <http://encuentroavg.icagr.es/Content/Upload/201609269.pdf> (última fecha de consulta 08/06/2017).

Los argumentos jurídicos aducidos para su no adopción pueden encontrarse en sentencias como la STS 780/2000, de 11 de septiembre o la STS 568/2001, de 6 de julio así como en la STS 750/2008, de 12 de noviembre.

Concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo STS 780/2000, de 11 de septiembre⁵⁶, se pronunciaba en sentido contrario en un caso similar al anteriormente visto. La sentencia de instancia acordaba la privación total de la patria potestad del acusado sobre su hijo de siete meses fruto de su relación sentimental con la mujer, víctima del homicidio cometido.

El Tribunal Supremo por su parte admitía el recurso y declinaba la decisión del Tribunal de instancia alegando en su fundamento jurídico cuarto que no procede la privación de la patria potestad del acusado sobre el menor impuesta por el delito de homicidio cometido contra la madre por carecer de fundamento legal en el Código Penal (recordar que la reforma del art. 55 CP es posterior a la sentencia). El Tribunal niega además la posibilidad de aplicar en sede penal las normas del Derecho de familia por no considerar que el art. 170 del CC atribuya a la jurisdicción penal la facultad de aplicar las normas civiles de privación de la patria potestad⁵⁷. Además señala que aun cuando el citado art. 170 pudiera ser interpretado en sentido contrario⁵⁸, no sería posible en este caso concreto porque no hay relación directa entre el hecho cometido y la pena impuesta, considera que falta el nexo causal porque el delito se ha cometido contra el otro progenitor y no directamente contra el menor.

⁵⁶ Sentencia nº 780/2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sección 2ª, de 11 de septiembre de 2000 (rec.897/1999).

⁵⁷ El art. 170 del CC prescribe que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”.

⁵⁸ Recordar que el art. 170 del CC, fue interpretado en sentido contrario en una Sentencia de 20 de diciembre de 1993, es decir, como una remisión al orden jurisdiccional penal justificando la aplicación en él de las normas civiles de privación de la patria potestad por incumplimiento de sus inherentes deberes.

Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

El 26 de noviembre de 2015, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁵⁹ dictó sentencia unificando los criterios para acabar con la discrepancia para determinar las relaciones de los hijos e hijas con padres condenados por malos tratos.

En este caso concreto, el demandante interpuso demanda de solicitud de adopción de medidas paterno-filiales contra su ex mujer respecto de su hija menor. Al momento de interponerse la demanda existía una orden de alejamiento provisional del demandante respecto de la demandada y la hija mayor de ambos, por el contrario, no existía ninguna limitación de comunicación o visitas impuestas judicialmente respecto de la hija menor.

La sentencia de primera instancia acuerda atribuir la guarda y custodia de la hija menor a la madre, con ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. En cuanto al régimen de visitas opta por el establecimiento del mismo en favor del padre. Apunta en cuanto a tal extremo que no existe ninguna condena respecto de su hija menor, no siendo razonable prolongar de forma indefinida esa falta de contacto respecto de la misma.

Por su parte, la Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por la madre de la menor, confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos en ella expuestos.

La sentencia recurrida no tuvo en cuenta que la menor no había convivido prácticamente con su padre, que éste no se había preocupado de ella y que en la actualidad se encontraba en prisión cumpliendo condena por malos tratos a la madre y hermana de la menor, además el informe del Instituto de Medicina Legal desaconsejó las visitas.

⁵⁹ Sentencia nº 680/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sección 1ª, de 26 de noviembre de 2015 (rec. 36/2015).

El Tribunal Supremo en su fundamento jurídico segundo señala que en la sentencia recurrida no se respeta el interés de la menor y cita expresamente el art. 2 de la LO 8/2015 por cuanto señala que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Además recuerda que la concreción de ese derecho exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

Con esta sentencia el TS establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

En la misma línea argumental cabe citar la STS 188/2016, de 4 de febrero en donde la Sala de lo Civil declara incompatible la custodia compartida con la condena por amenazas del padre, haciendo alusión al ya mencionado art. 2 de la Ley 8/20015 y al art. 92.7 del Código Civil , según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

En consonancia con este cambio jurisprudencial se encuentran los datos del CGPJ sobre la adopción de medidas judiciales que afectan a la suspensión de la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen de visitas en casos de violencia de género. En este sentido, el Informe Estadístico del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial⁶⁰, en cuanto a las medidas judiciales de protección civiles derivadas de las órdenes de protección (en adelante OP) y de otras

⁶⁰ Datos estadísticos judiciales en aplicación de la LOIVG.
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/> (Fecha de última consulta 27/05/2017).

medidas cautelares (en adelante MC) solicitadas en los juzgados de violencia sobre la mujer durante los años 2015 y 2016, recoge los siguientes resultados:

		SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS	SUPENSIÓN PATRIA POTESTAD	SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA
2015	OP	728	84	1.223
	MC	60	9	46
2016	OP	948	110	1.397
	MC	87	11	99
% Incremento de las medidas de protección adoptadas		31%	30%	18%

Como se observa en la tabla, durante el año 2016 se incrementaron notablemente respecto al año 2015 las medidas de protección a menores impuestas judicialmente ante situaciones de violencia de género. Un alza que en el caso de la suspensión del régimen de visitas alcanza el 31%, de 788 en 2015 a 1035 en 2016. Similar es el incremento de la medida de suspensión de la patria potestad, en el año 2015 se impusieron 93 medidas de este tipo frente a las 121 del año 2016, lo que supone un aumento del 30%. Por último, la medida de suspensión de la guarda y custodia aunque en un porcentaje menor que las anteriores también se ha visto incrementada en un 18%, de 1269 en 2015 a 1496 en 2016.

Según el CGPJ, el incremento de las medidas judiciales de protección a los menores en el ámbito de la violencia de género obedece a las reformas legales que han sido tratadas en este trabajo. Es cierto que se atisban cambios en la adopción de medidas de protección sobre menores, pero habrá que tener en cuenta el análisis de futuros datos para determinar la verdadera eficacia de las últimas reformas legales a largo plazo.

En el siguiente y último apartado, voy a exponer algunas conclusiones a las que he llegado tras el estudio de este trabajo.

V. CONCLUSIONES

1. El maltrato infantil ya supone un problema social de gran entidad *per se*, pero cuando esa violencia ocurre en el seno familiar por aquellos que por propia naturaleza tienen el deber de protegerte, el problema se acrecienta drásticamente. En la mayoría de los casos, los menores que son víctimas o testigos de un hecho delictivo ocurrido en su hogar, no piden ayuda, y ello hace que estén más desprotegidos y en una situación mucho más vulnerable. A efectos prácticos, son escasos los casos en los que un menor, se persona en dependencias policiales o judiciales sin acompañamiento de un adulto para formular una denuncia.
2. Es un mito dentro de la violencia contra la mujer, que la conducta violenta del agresor a la mujer no es un riesgo para los hijos. Sin embargo, todavía está bastante extendida la idea de que un hombre que maltrata a su mujer, puede seguir cumpliendo adecuadamente con sus obligaciones paternas. En mi opinión, esta absurda creencia, hunde sus raíces en un modelo de familia tradicional patriarcal que forma parte de nuestra historia más reciente y que justifica en cierto modo la violencia masculina.
3. Las secuelas que para los menores puede tener vivir en un hogar donde la madre es maltratada física y/o psicológicamente, pueden resultar gravísimas si no se toman medidas a tiempo. En este sentido, una detección precoz del problema y una rápida intervención de los profesionales, servirá para paliar los efectos y las consecuencias negativas que este tipo de violencia puede desencadenar en estos niños y niñas, para ello, es imprescindible que todas las personas que tienen que afrontar este fenómeno en su quehacer diario (profesionales de la Administración de Justicia, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de los Servicios Sociales y de la Sanidad) dispongan de una adecuada formación específica al respecto.

4. España ha progresado sustancialmente en los últimos tiempos en la lucha contra esta lacra social, adhiriéndose a los convenios internacionales aludidos en este trabajo, y, en el ámbito nacional, es preceptivo anotar las recientes reformas legales llevadas a cabo. En este sentido, las reformas legislativas del año 2015 recogen una reivindicación social que se venía pidiendo desde hace mucho tiempo: considerar a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en las relaciones de pareja o ex pareja, víctimas directas de esta violencia.
5. Las medidas establecidas en las recientes reformas legales han de ser valoradas positivamente, sin embargo, es preciso que junto con la buena voluntad de los poderes públicos, los juzgados y tribunales de nuestro país, condenen taxativamente este tipo de violencia y se conciencien sobre el grave problema que supone para mujeres e hijos seguir manteniendo relación con su maltratador.
6. En mi opinión, la condena por un delito de violencia de género debería llevar aparejada de forma automática la suspensión de las obligaciones paterno-filiales del padre respecto a sus hijos, sin perjuicio de que esta limitación pudiera cambiar en un momento posterior, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Considero que solo así se puede proteger el verdadero interés de estos menores.
7. Con las últimas reformas legales se constata un importante cambio jurisprudencial que ha derivado en un aumento de las medidas de protección a menores impuestas judicialmente ante situaciones de violencia de género. De hecho, ya existen algunas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que se pronuncian en el mismo sentido que el Tribunal Supremo. Llegados a este punto, se observa un cambio discursivo en el marco jurisprudencial, parece que los juzgados y tribunales de nuestro país comienzan a no ver compatible ser un hombre maltratador a la par que un buen padre de familia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍAS

Aguilar Redorta, D.: “La Infancia Víctima de Violencia de Género”. III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, 2009.

Bernuz Beneitez, M. J., “El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma”, en *Derecho y Libertades* (2015) nº3, p. 67-98.

Calvo García, M., “La violencia de género como violación de derechos humanos. El papel de los movimientos sociales en la lucha por los derechos”. Coord. por Francisco Javier Ansuátegui Roig, José Manuel Rodríguez Uribe, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García. *Historia de los Derechos Fundamentales*, Vol. V, Tomo IV, Cap. IV, Madrid, Dykinson, 2013, p. 157-232.

Campoy Cervera I.: “La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección”, Madrid, Dykinson, 2006.

Díaz Velázquez, M.A., Magistrada. “Los menores expuestos a la violencia de género: Medidas civiles de protección”. *BOLETÍN DIGITAL AJFV VIOLENCIA SOBRE LA MUJER JULIO 2016*.

Ferrer Pérez, V. y Bosch Fiol, E.: “El papel del movimiento feminista en la consideración social de la violencia de contra las mujeres: el caso de España” en *Revista de Estudios Feministas Labrys* Nº 10, 2006.

Gómez Laplaza, C.: “Supresión de la licencia marital”, en *ADC*, 1977, p. 337-395.

Gómez Pardos, L.: “Menores víctimas y testigos de violencia familiar”. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza (2011).

Jaffe, Wilson y Wolfe. “The Impact of Experiencing and Witnessing Family Violence during Childhood: Child and Adult Behavioural Outcomes” (1986). Correctional Service Canada.

Lorente Acosta, M.: “El rompecabezas: Anatomía del maltratador”. Barcelona: Ares y Mares, 2004, p. 171-198.

Macroencuesta de Violencia contra la Mujer. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015.

Múrtula Lafuente, V., “El interés superior del menor y las medidas civiles en supuestos de violencia de género, Madrid, Dykinson, 2016.

Ocón Domingo, J., “Normativa internacional de protección de la infancia”. *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 19 (2006), p. 113-131.

Picontó Novales, T.: “Derechos de la infancia: Nuevo contexto y nuevos retos”, en *Derechos y Libertades* (2009) nº 21 p. 57-93. En <http://hdl.handle.net/10016/11919>

Picontó Novales, T.: “Family Law and Family Policy in Spain”, en Mavis Maclean and J. Kurczewski (eds.) “Family Law and Family Policy in the New Europe”, Dartmouth Publishing/Oñati International Series in Law and Society, 1997, p. 109-127.

Picontó Novales, T.: “Fisuras en la Protección de los Derechos de la Infancia”. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (2016) nº33, p. 134-166.

Picontó Novales, T.: “Presupuestos y avance de los mecanismos jurídicos de protección de la infancia en el siglo XIX”, en G. Peces-Barba, edtr., Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo III, Vol. II, Libro I, Cap. XXX, Madrid, Dykinson, 2007, p. 533-568.

Picontó Novales, T., “Sociología jurídica de la familia: Cambio legislativo y políticas sociales”, Derecho y sociedad / coord. por María José Añón Roig, 1998, p. 665-686.

Ravetllat Ballesté, I.: “El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2, 2012, p. 89-108.

Reyes Cano, P., “Menores y Violencia de Género” en Anales de la Cátedra Francisco Suárez (2015) nº 49, p. 181-217.

Ruiz-Jarabo Pelayo, F., Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga. “Patria potestad, custodia y visitas en violencia de género”, (2016).

Save the Children: “Atención a los niños y niñas víctimas de la violencia de género: Análisis de la atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en el sistema de protección a la mujer”. Madrid, 2006.

Save the Children: “En la violencia de género no hay una sola víctima: Atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género”. Madrid, 2011.

Sepúlveda García de la Torre, María Ángeles. “La violencia de género como causa de maltrato infantil”. Cuadernos Médicos Forenses, vol. 12 (43-44): 2006, p. 149-164.