

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LAS RELACIONES DE LOS AGRESORES CON SUS HIJOS*

THE RIGHTS OF VICTIMS OF GENDER VIOLENCE: THE AGGRESSOR'S RELATIONSHIPS WITH THEIR CHILDREN

TERESA PICONTÓ NOVALES
Universidad de Zaragoza

Fecha de recepción: 7-9-17

Fecha de aceptación: 15-2-18

Resumen: *En España, se está avanzando en restringir el contacto y comunicación a los padres en los supuestos en los que hay violencia de género pero todavía se siguen concediendo visitas y comunicación e incluso custodia compartida en los casos de divorcio o ruptura con respecto a los hijos a pesar de estar prohibido desde 2005 por el art. 92.7 del Código Civil español. A partir de las reformas legales de 2015, los menores son considerados víctimas directas de la violencia de género y su protección se ha convertido en un principio de actuación de los poderes públicos con medidas como, la suspensión de la responsabilidad parental, la custodia, el régimen de visitas, estancia y/o comunicación.*

Abstract: *In Spain, progress is being made to restrict contact between aggressors and their children in cases of gender violence. However, visits and communication, even shared custody, are still granted by judges despite shared custody being prohibited in such cases by law since 2005. Under recent legal reforms, children are now considered victims of gender-based violence and their protection has become a principle of primary action by the public authorities in relation with measures such as the suspension of parental responsibility or custody or visits.*

* Este trabajo se ha realizado dentro del marco del Proyecto DER2014-55400-R (“El Tratamiento de la Violencia de Género en la Administración de Justicia. Implementación y eficacia de la LO 1/2004”).

Palabras clave: violencia de género, custodia compartida, superior interés del menor, derechos de la infancia

Keywords: gender violence, shared custody, the best interest of the child, children's rights

1. INTRODUCCIÓN

Algunos casos recientes han puesto sobre la mesa la trascendencia y la necesidad de reflexionar sobre el conflicto de los derechos de paternidad con los derechos de las víctimas de violencia de género¹. Ciertamente, todos los derechos son atendibles y, por supuesto, que en el camino hacia una sociedad más igualitaria los derechos de paternidad son especialmente relevantes. Ahora bien, en contextos de violencia de género los derechos de paternidad pueden enmascarar la violación de los derechos de las víctimas –de las mujeres y de sus hijos e hijas. En este artículo vamos a tratar de dar claridad a la interpretación de las normas jurídicas respecto de estos casos, prestando especial atención a las decisiones judiciales y a la jurisprudencia; así como subrayar que cuando hablamos de los derechos de la mujer y de sus hijas e hijos a una vida libre de violencia de género estamos hablando de derechos². Como así lo ha reconocido recientemente el Convenio de Estambul al señalar que “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”³.

¹ Uno de esos casos, de gran relevancia por su trascendencia mediática, es el caso de “Juana Rivas”. En realidad estamos ante un caso que además de otras cuestiones de gran complejidad, también pone sobre la mesa el conflicto entre los derechos de las víctimas de violencia de género –incluidos los hijos y las hijas– y los agresores. Pero hay muchos otros, más dramáticos incluso, como el alto número de niños y niñas muertos o que sufren agresiones graves a manos de sus padres. Los agresores de la violencia de género han matado a 44 niños y niñas desde la entrada en vigor de la L.O. 1/2004 hasta finales de 2014. En 23 casos lo han hecho durante la visita o como consecuencia de un régimen de custodia compartida [<http://www.elmundo.es/espana/2015/08/02/55bd3087e2704eae318b4597.html>].

² Sobre la importancia y la adecuación de abordar la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos y fundar así las obligaciones del Estado para atacar sus causas y prevenirlas, puede verse, entre otros: M. J. AÑÓN ROIG, “Violencia de género. A propósito del concepto y de la violencia contra las mujeres”, *CEFD*, num. 33, 2016.

³ Art. 31.2 del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica* (Estambul, 11 de mayo de 2011). En el BOE de 6 de junio de 2014, se publicaba la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (que entraba en vigor el 1 de agosto de 2014).

A pesar de los avances que se han producido en los últimos años, lo cierto es que sigue siendo muy difícil suministrar un ámbito seguro a las mujeres y a los hijos que se encuentran en un contexto de violencia de género. Más aún, la realidad social de estos últimos años nos muestra una escalada en las acciones violentas dirigidas ya no sólo contra las mujeres parejas o ex-parejas, sino también contra los hijos de éstas que en algunos casos son utilizados como un mero instrumento de dominación y castigo contra las mujeres. Por ello, además de las medidas de protección de la mujer como víctima directa de la violencia de género, deben existir instrumentos que permitan proteger a los hijos que viven con ella. Hasta las últimas reformas legales de 2015, la violencia de género no ha sido un factor determinante a la hora de conceder o denegar un régimen de visitas y comunicación con entregas y recogidas de los hijos por parte del progenitor agresor. E incluso y a pesar de la prohibición del art. 92.7 del Código Civil, se han concedido custodias compartidas de los hijos al padre agresor en casos de violencia de género⁴.

Más específicamente, para una buena parte de la doctrina española una orden de alejamiento no implica automáticamente la prohibición del régimen de visitas. Incluso, aunque a tenor del artículo 92.7 del Código Civil no se conceda la custodia compartida, se suele atribuir un régimen de vistas a los agresores. De la misma manera, no son pocas las decisiones judiciales que defienden el derecho de los hijos e hijas a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres incluso en supuestos de violencia de género. Y ello, incluso, aunque medie una decisión judicial que establezca la orden de alejamiento o condena penal⁵. Pero hay una cara de la realidad que no se

⁴ En este sentido, Encarna Bodelón considera alarmante que la jurisprudencia “sostenga la interpretación del art. 92.7 del Cód. Civil, según la cual la custodia compartida (...) deba considerarse lo más normal en estos casos de violencia y estar fundada en el interés de los menores. (...) Esta interpretación no tiene en cuenta los esfuerzos que ha realizado nuestro ordenamiento jurídico por conectar los efectos de la violencia de género con la protección de los derechos de las personas menores”; vid. E. Bodelón, “La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en T. PICONTO NOVALES (ed.), *La custodia compartida a debate*, Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2012, p. 138-139.

⁵ De hecho, como veremos con más detalle más adelante, según cifras del CGPJ, un promedio del 95% de los hombres con orden de alejamiento obtiene el régimen de visitas de sus hijos. Y también son muchos los casos (por encima del 90%) en los que se concede custodia compartida a pesar de que exista condena penal o indicios fehacientes de haberse cometido un delito de violencia de género. A nuestro entender es una cifra excesiva que procede del automatismo a la hora de aplicar consideraciones sobre los beneficios para las niñas y los niños del “contacto” con ambos progenitores con el fin, se dice, de “garantizar el mejor desarrollo personal y afectivo del menor”.

puede eludir: muchas de las muertes de hijos e hijas menores (más del 50 por ciento) se producen cuando estaban a solas con el agresor durante la visita o como consecuencia de un régimen de custodia compartida⁶. Este dato nos pone sobre la pista de que las decisiones judiciales no debieran ser sólo una cuestión de interpretación formal, dogmática. En ese sentido, cabe preguntarse por qué si el artículo 92.7 del Cód. Civil lo prohíbe expresamente se siguen concediendo custodias compartidas cuando hay condenas por violencia de género, forzando la interpretación de la legislación en vigor. Y en segundo lugar, por qué no se entiende, como lo hace un sector de la doctrina y la práctica judicial, que este artículo 92.7 del Código Civil debería interpretarse para ampliar la prohibición a la exclusión del régimen de comunicación y visitas cuando existan indicios fundados de violencia de género y, sobre todo, condenas por violencia de género.

En los últimos años, como hemos comentado, se han producido avances tanto en lo que respecta a la protección y mejora de la información a las víctimas en el ámbito procesal como en lo que se refiere a la protección de los menores. Han sido, sobre todo, 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*, las que han supuesto un avance considerable en la cuestión que aquí tratamos⁷.

Ahora bien, pese a esos cambios legislativos, los menores siguen siendo los grandes olvidados de la violencia de género. Y ello a pesar de que en 4 años, desde 2013 a 2016, 160 menores de edad han perdido a su madre como consecuencia de un crimen de violencia de género⁸. Y muchísimos más han presenciado actos de violencia de género hacia sus madres, siendo por lo tanto víctimas de una violencia terrible y de indudables consecuencias en su desarrollo.

⁶ Vid. *supra* nota 1.

⁷ Es significativa en este sentido la Exposición de Motivos (VI), de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, al señalar que si bien “cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género”. Concretamente, continúa el legislador, “esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas, (...) condicionando su bienestar y su desarrollo; (...) causándoles serios problemas de salud; (...), convirtiéndolos en instrumento para ejercer violencia y dominio sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia, los convierte también en víctimas de la misma”.

⁸ I Informe anual del fondo de becas “Fiscal Soledad Cazorla Prieto”. Año 2017, pag. 9 ss. [http://www.fundacionmujeres.es/becassoledadcazorla/wp-content/uploads/Informe_V_Jornada.pdf].

Todo ello obliga a reflexionar sobre la praxis judicial e institucional en relación con la custodia compartida y el mantenimiento del régimen de comunicación y visitas en contextos de violencia de género. Más concretamente, en este trabajo se van a analizar los argumentos sobre los que descansan las sentencias judiciales, las cuales de alguna manera “ignoran” la violencia de género cuando establecen las comunicaciones y visitas de los hijos e hijas con los padres que judicialmente ya han sido condenados por delitos de violencia de género o respecto de los cuales existirían indicios fundados de violencia. Además prescinden de los cambios jurisprudenciales y legislativos que se han ido produciendo al respecto. En relación con estos temas habría muchas otras cuestiones a las que apenas se hará una breve alusión y que exigen quizá un abordaje específico que desbordaría los límites de este trabajo. Cuestiones como, por ejemplo, el funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar o la necesidad de seguir perfeccionando los protocolos para la detección del riesgo tanto en los ámbitos policiales como forenses.

2. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

En España, estamos avanzando en restringir el “contacto” y comunicación a los padres en los supuestos en los que hay violencia de género pero todavía se sigue concediendo un régimen de visitas y comunicación e, incluso, custodia compartida con respecto a los hijos e hijas en casos de divorcio o ruptura en contextos de violencia de género o cuando el agresor tenga una condena al respecto. La custodia compartida está prohibida desde 2005 por el Código Civil español en supuestos de violencia de género⁹.

En la práctica judicial nos encontramos con que hasta hace poco tiempo el Tribunal Supremo al recoger en sus sentencias las causas para acordar o no la custodia compartida no se ha referido expresamente a la violencia de género como causa de exclusión de la medida de custodia compartida a

⁹ Una prohibición similar ha sido recogida con mayor o menor amplitud en las distintas leyes autonómicas. Así, en el art. 80.6 del Código del Derecho Foral Aragonés, en el artículo 233-11.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, *del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, en el art. 3.8 de la Ley Foral de Navarra 3/2011, del 17 de marzo, *sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*, en el art. 5.6 de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, *de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, en el art. 11.3 de Ley Vasca 7/2015, de 30 de junio, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*.

pesar del tenor del artículo 92.7 del Código Civil¹⁰. Más específicamente, el artículo 92 del Código Civil, en su apartado 7 establece que:

“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal 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 [o de género, tras la reforma de 2004]”.

Según este artículo, queda claro que en el derecho español es causa legal de exclusión de la custodia compartida “que cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos que convivan con ambos”. Concretamente, el art. 92.7 Cód. Civil se refiere a los delitos de los arts. 138 y ss., 147 y ss., 163 y ss., 173 y ss., y otros delitos leves del Cód. Penal, pudiendo ser sujetos pasivos tanto el cónyuge como los hijos que convivan con ambos.

“Estar incurso” era equivalente a estar “imputado” o, después de las últimas reformas procesales de 2015, tener la condición de “investigado” o “encausado”¹¹. En este sentido, desde 2005 son muchas las decisiones de la práctica judicial en las que aparecer en un proceso como “imputado” tras la presentación de denuncia o querrela y posterior incoación del correspondiente procedimiento penal, mediante resolución judicial (Providencia o Auto), sería suficiente para rechazar la medida de custodia compartida por los jueces de familia¹². En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Asturias 4ª, de 15 de febrero de 2013, ha establecido que:

“el artículo 92 del Código Civil prevé expresamente que no procederá la guarda conjunta cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia de género. Exigencia lógica pues la interrelación que requiere entre

¹⁰ Vid. V. MÚRTULA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 164.

¹¹ Artículo único, apartado 21, de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

¹² Así, entre otras, cabe mencionar las sentencias (SAP Barcelona 12ª, de 24 de mayo de 2007; Las Palmas 3ª, de 27 de noviembre de 2007; SAP Badajoz 2ª, de 17 de abril de 2013; SAP Murcia 5ª, de 29 de junio de 2006; SAP Barcelona 12ª, de 9 de marzo de 2007, SAP Toledo 2ª, de 22 de diciembre de 2006, SAP Baleares 3ª, de 13 de junio de 2008).

ambos padres el desarrollo en la práctica de una guarda y custodia compartida difícilmente podría llevarse a cabo, sin perjudicar al menor cuyo interés es prioritario, en casos como el presente de continua y acusada conflictividad entre litigantes" (FJ2º).

Esta corriente jurisprudencial es la mayoritaria¹³ y, como se ha visto, entiende que la violencia de género es circunstancia determinante para rechazar la guarda compartida. Sin embargo, se han dado también otras interpretaciones en sentido contrario del art. 92.7 CC en la práctica judicial.

Así, se ha considerado no ser suficiente para rechazar la medida de la custodia compartida que el padre esté incurso (o incluso haya sido condenado) en un procedimiento de violencia de género a no ser que dicha conducta penalmente perseguible "comporte un riesgo para los hijos o para el otro progenitor". En este sentido, la SAP Castellón 2ª, de 24 de octubre de 2014 argumenta:

"No basta con el hecho de que esté abierto un procedimiento por presuntas amenazas y maltrato psicológico, promovido por la madre del menor contra el padre de éste. (...) para que se pueda excluir a uno de los progenitores de la convivencia con el menor, que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y que a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer un riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Nada se ha acreditado ni razonado sobre que concurra dicho riesgo en el caso que nos ocupa" (FJ 3º).

Con la misma orientación, la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (SJM) nº1 de Denia, de 13 de diciembre de 2012 establece:

"en el presente caso, si bien es cierto que el padre ha sido condenado por un delito de violencia de género, este Tribunal estima que, de las pruebas practicadas, no se ha acreditado que exista un riesgo objetivo para el menor ni para la actora que aconseje la exclusión de la atribución compartida del régimen de convivencia. A juicio de este Tribunal, no basta con que un progenitor esté incurso en un proceso penal por violencia doméstica o de género para que se le prive de la posibilidad de obtener un régimen individual o compartido de convivencia con sus hijos, sino que es necesario, además, que su conducta pe-

¹³ Vid. C. PINTO, *La custodia compartida en la práctica judicial. ¿Qué valoran los jueces para atribuir la custodia compartida?*, 1ª ed., diciembre de 2014 (edición por el propio autor), p. 36.

nalmente relevante comporte un riesgo para los hijos o para el otro progenitor, pues debe siempre tenerse presente el principio superior de protección del interés del menor ya que, en caso contrario, el castigo al progenitor derivaría en un perjuicio para los hijos que se verían privados de una relación normalizada con uno de sus progenitores sin causa objetiva para ello". (FJ 2º).

Posteriormente, la SAP de Alicante 4ª, de 15 de octubre de 2013, confirmó la sentencia antes citada del Juzgado de Violencia de Género de Denia que establecía el sistema de guarda compartida con alternancia semanal a pesar de que el padre era "autor penalmente responsable de un delito de lesiones leves en el ámbito de violencia de género". Y, como éstas, muchas otras: SAP de Granada 5ª, de 5 de diciembre de 2014; SAP de Barcelona 12ª, de 25 de julio de 2014.

También es reseñable, por último, el argumento de la SAP de La Coruña 3ª, de 27 de mayo de 2015, que confirma la resolución de instancia en la que se otorga la custodia compartida, a pesar de haberse acreditado que el padre estaba incurso en un proceso penal por delito contra la madre y las nefastas relaciones entre ellos. Esta sentencia establece en su FJ 3º:

"En el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del nº 7 del art. 92 del Código Civil –pues el padre en el trámite del proceso de divorcio ha quedado incurso en un proceso penal por delito contra la libertad de la madre, coacciones–, siendo preciso recordar ... que las malas relaciones existentes entre los padres no pueden ser determinantes para la no concesión de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida (sic, énfasis añadido)".

Es decir, aun reconociéndose que, en este caso, los hechos podrían encajar en el art. 92.7 del Cód. Civil no se aplica la prohibición que el mismo establece¹⁴. En el fondo, estas decisiones, aunque se basan en un pretendido "interés del menor", están reproduciendo un cliché muy extendido en la sociedad española: los niños y las niñas "necesitan un papá y una mamá". Una mentalidad muy arraigada que es exponente de una concepción tradicional de la

¹⁴ Un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia puede verse en R. M. ÁGUEDA RODRÍGUEZ, *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*, Hispalex, Sevilla, 2016, p. 305 ss.

familia y que lo mismo sirve para ir contra las adopciones por familias homosexuales como para justificar que un maltratador puede ser un buen padre¹⁵.

También en el ámbito anglosajón, algunas investigaciones señalan como los juzgados de familia tienden a dar una mínima relevancia a la violencia de género y/o doméstica a la hora de dictar medidas con respecto de los hijos y como ésta es eclipsada por los discursos hegemónicos “sobre la presunción del “contacto” y del enfoque futuro de las relaciones de los hijos con respecto a su padre”¹⁶. En el mismo sentido, cuestionan la presión judicial para llegar a acuerdos sobre los hijos que, en muchos casos, sufren las mujeres en contextos de violencia. Todo lo cual tiene como efecto, entre otros, el de ocultar o, al menos, minimizar la naturaleza del abuso o de la violencia¹⁷.

Volviendo a nuestros tribunales, poco a poco se va imponiendo un criterio tendente a destacar que el verdadero interés del menor sería el que debe primar en última instancia. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 2, de 30 de marzo de 2016, rectifica la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Santander (de 19 de octubre de 2015) que atribuía inicialmente la guarda y custodia compartida a ambos progenitores. Esta sentencia, argumentando con base en el art. 92.7, recuerda que

“una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. En consecuencia y pese al informe psicosocial procede atribuir la guarda y custodia sobre los hijos menores a la madre” (FJº 2).

¹⁵ J. GRACIA Y D. JIMÉNEZ (coords.) *Tristes tópicos. Representaciones Sociales desenfocadas*, Laboratorio de Sociología Jurídica-Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 173-192. [versión electrónica: <http://sociologiajuridica.unizar.es/publicaciones>]

¹⁶ Vid. M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, *British Journal of Social Work*, núm. 41, 2011, p. 848; también L. TRINDER, A. FIRTH AND C. JENKS, “‘So presumably things have moved on since then?’ The management of risk allegations in child contact dispute resolution”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 24 vol. 1, 2010, p. 32.

¹⁷ M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, cit., p. 849-850.

Por tanto, para proteger el interés del menor se debiera valorar, en primer lugar, la seguridad física y emocional del menor en contextos o circunstancias de violencia de género e incluir también la seguridad, bienestar y capacidad de protección del cuidador principal, en este tipo de casos la madre, por encima de establecer a cualquier precio el “contacto” con el progenitor agresor (visitas, comunicación, guarda y custodia compartida)¹⁸. Lo que significa que las medidas que se tomen en relación con los menores no pueden suponer en ningún caso que éstos vayan a estar expuestos a una violencia continua, abuso u otra forma de inseguridad.

Además de todo lo apuntado, de la lectura atenta del art. 92.7, *in fine*, del Cód. Civil también se infiere que será causa legal de exclusión de la custodia compartida el hecho de que “el juez civil advierta que existen indicios fundados de violencia de doméstica [o de género tras la reforma de 2004]. Es decir, aunque no exista un proceso penal abierto, el juez civil que tramita la separación, divorcio o medidas paterno-filiales, a la vista de las alegaciones y pruebas practicadas en dicho proceso, puede constatar indicios de violencia. Advertido de ellos, el juez civil está obligado a deducir testimonio para su remisión al Juzgado de Instrucción de Guardia. Por otro lado, si esta violencia que advierte es de género, el juez no solamente no debe adoptar la custodia compartida sino que debe inhibirse a favor del Juzgado de Violencia contra la Mujer, remitiéndole los autos en el estado en que se hallen si ya se ha iniciado el proceso penal por tales hechos (art. 49 bis 1 LEC.). Si no se ha iniciado proceso alguno en el Juzgado de Violencia contra la Mujer por los citados hechos, ha de citar a comparecencia al Fiscal y a las partes y continuar tramitando el proceso civil hasta recibir la respuesta a su solicitud de inhibición del Juzgado de Violencia contra la Mujer (art. 49 bis 2 LEC).

3. COMUNICACIÓN Y VISITAS EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La mayoría de los conflictos que llegan a los tribunales españoles respecto a las medidas civiles en circunstancias de violencia de género se refieren precisamente al régimen de comunicación, relación y visitas. En este sentido, es preciso señalar que en estos supuestos la violencia de género no resulta un factor determinante a la hora de conceder o denegar el régimen de visitas

¹⁸ Vid. A. BARLOW, R. HUNTER, J. SMITHSON, J. EWING, *Mapping Paths to Family Justice. Resolving family disputes in neoliberal times*, 1ª ed., Palgrave, London, 2017. p. 10.

y comunicación al agresor en los juzgados de primera instancia, salvo que se trate de agresiones directamente cometidas sobre los hijos. Si bien, es un factor que en algunos supuestos es tenido en consideración para limitar esta medida y adecuarla a la evolución de la relación paterno-filial¹⁹. En este sentido, los tribunales españoles han sido reacios a no conceder el derecho de comunicación y visitas a los padres agresores. Así, el denominado *régimen progresivo de comunicación y estancia con el progenitor no custodio* en la práctica judicial se valora como el más recomendable de cara a la normalización de las relaciones parentales bajo supervisión de especialistas y del propio juez, al permitir fijar un régimen más o menos amplio o incluso su suspensión. Normalmente, como se analizará críticamente más adelante, las visitas supervisadas en los denominados Puntos de Encuentro constituyen la primera fase de este régimen progresivo. De forma que no es infrecuente encontrarlos con sentencias tanto de los Juzgados de Violencia de Género como de los Juzgados de Familia que establecen un régimen de visitas y comunicación a favor del padre agresor. Así, por ejemplo, resulta de especial interés la STS 319, Sala 1ª, de 13 de mayo de 2016 (JUR 2016m 117485), en la que el TS considera adecuados tanto la suspensión de la patria potestad como el régimen de relación establecido por la Audiencia Provincial de Madrid que, revocando en este punto a la sentencia de la primera instancia, había decidido un régimen de visitas restringido entre el padre, condenado por un delito de maltrato habitual y en prisión, y sus hijos, debiendo ir los menores acompañados por una tercera persona al centro penitenciario²⁰. El TS considera que una vez que el padre agresor consiga el tercer grado o la libertad condicional podrá instar la modificación del régimen de visitas y comunicación.

En su interesante estudio de sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales sobre el ejercicio de la patria potestad en supuestos de violencia de género, P. Reyes Cano²¹ observa que se atribuye el ejercicio exclusivo de

¹⁹ Vid. V. MÚRTULA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, cit., p.183.

²⁰ La Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia ha dado una nueva redacción al artículo 160.1 del Cód. Civil: "En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés del menor recomiende visitas a aquéllos, la administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor para dicha visita. Asimismo, la visita a centro penitenciario se deberá de realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor".

²¹ Vid. P. REYES CANO, "La patria potestad a examen ante la violencia de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017, p. 348.

la patria potestad a la madre en muy pocas ocasiones, siendo una de ellas precisamente la de que el padre se encuentra privado de la libertad por delitos de violencia de género, como la aquí comentada. No obstante, según esta investigadora, tampoco éste es un criterio unánime en la jurisprudencia, en la cual a pesar de esta grave circunstancia se concede el ejercicio compartido de la patria potestad. Así, por ejemplo, la STS 680/2015, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre²², confirma la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad y suspende el régimen de comunicación y visitas al progenitor ingresado en prisión por delitos de violencia de género.

Más recientemente, las SSTIS 118/2017, de 23 de febrero, y 477/2017, de 26 de junio, (Sala 2ª), privan del ejercicio de la patria potestad al padre agresor con respecto a su hija menor respectivamente por haber presenciado los episodios de violencia de género contra la madre. En la Sentencia 118/2017, el TS recuerda que

“los deberes y obligaciones que implica el ejercicio de la patria potestad ... difícilmente es compatible que la persona que ha intentado acabar con la vida de la madre de su hija pueda ser apto para educar y procurar una formación integral a la menor ... En este caso, repugna legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones que resultan absolutamente incompatibles en quien, de forma alevosa, ha intentado matar a la madre de la menor... daño irreparable en la integridad moral y desarrollo de la personalidad de la menor” (FJº 6º).

Siguiendo la jurisprudencia de la sentencia antes citada (STS 118/2017, de 23 de febrero) y de la STS 1083/2010, de 15 de diciembre, el TS en la Sentencia 477/2017, de 26 de junio, recuerda que

“la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta inhabilitación especial es la protección del bien superior del menor, ... En el caso, resulta que el recurrente ejecutó los actos de agresión a la madre de la menor en presencia de ésta... habiendo sufrido lesiones causadas por el trauma psíquico que le provocaron No consta ningún dato que aconseje mantener la relación entre el recurrente y la menor dentro de los términos propios de la relación característica de la patria potestad. ... La privación de la patria potestad se acomoda a la protección más correcta de los intereses de la menor” (FJº 9).

Profundizando un poco más podríamos decir que, en cuanto a la concesión del régimen de visitas y comunicación entre padres e hijos, aunque las

²² Esta STS 680/2015, de 26 de noviembre, de la Sala 1ª, se va analizar en profundidad más adelante (vid. *infra* 10).

cosas van cambiando poco a poco, hay un sentir general en el ámbito judicial según el cual a pesar de que exista violencia de género no por ello debe suprimirse el régimen de visitas y comunicación entre padres e hijos²³. En relación con ello, críticamente consideramos que el artículo 92.7 del Código civil puede y debe interpretarse en determinados supuestos para ampliar la exclusión a la comunicación y visitas e incluso llevar a la suspensión de las mismas con respecto al progenitor incurso en el proceso penal o en el caso de que hubiera contra él indicios fundados de violencia doméstica o de género; máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil. En este artículo, al tiempo que se establece el derecho de visitas del progenitor que no tenga consigo a los hijos e hijas menores, se señala también que el Juez “podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen” el referido derecho de visitas.

Los tribunales españoles han sido reacios a no conceder el derecho de comunicación y visitas a los padres agresores. Las medidas cautelares de tipo civil impuestas dentro del marco de protección de las víctimas de violencia de género afectan por regla general a la atribución de vivienda y a la prestación de alimentos, pero suelen mantener la custodia compartida y el régimen de visitas.

Como se puede observar en las estadísticas facilitadas por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial²⁴, si atendemos a los datos sobre las medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares entre los años 2006 y 2016, es cierto que en unos pocos casos se suspende la guarda y custodia (entre el 7,2% y el 11,3%), en muchos menos el régimen de visitas (ente el 6,3% y el 3,9%, según los años) y en muy pocos se suspende la patria potestad²⁵

²³ Vid. V. MÚRTULA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, cit., p. 190.

²⁴ Datos estadísticos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

²⁵ Concretamente Paula Reyes Cano en su estudio de sentencias del TS y de A.Provinciales (85) provenientes de recursos interpuestos ante decisiones de los Juzgados de Violencia de Género señala que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad en reducidas ocasiones, entre otras, al estar el padre privado de libertad por delitos de violencia de género (pero no es un criterio unánime); en los supuestos en los que la prohibición de aproximación y comunicación (medida de alejamiento) se extendía también a los hijos; y la ausencia del padre en la vida de los hijos/hijas: Vid. P. REYES CANO, “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, cit., p. 348-353.

(entre el 0,7% y el 0,4%, según los años). Dicho de otra manera, en apenas un 5% (como promedio, sobre el total de medidas impuestas) de las órdenes de protección u otras medidas cautelares civiles impuestas de oficio se suspenden el derecho de visitas de los agresores²⁶.

Los datos anteriores ponen de manifiesto la escasa aplicación del artículo 94 del CC en relación con el 92.7 del CC a la hora de suspender el régimen de visitas en contextos de violencia de género en los que existe una orden de protección e incluso condenas. Esta situación ya fue denunciada por la ONG *Save The Children* en su *Informe de 2011 sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas en España*²⁷.

En este *Informe* se señalaba que “la violencia de género no resulta un factor determinante en las sentencias de los juzgados de instancia sobre régimen de visitas”. Esto es, la violencia de género no es determinante en la concesión o denegación de régimen de visitas, sigue diciendo. Y subraya que en las decisiones de suspender el régimen de visitas, por parte de los jueces españoles, tienen más peso las adiciones y conductas desordenadas del padre que la violencia de género –salvo que se trate de agresiones directamente cometidas contra hijos e hijas–. Así, por ejemplo, la sentencia 321/2015, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª, de 18 de septiembre (Rec. 266/2015), que confirma la suspensión de las visitas del padre con respecto a su hijo por los problemas de alcoholismo y drogadicción que tiene el progenitor.

Establecer a cualquier precio un régimen de comunicación y visitas de los hijos con el padre agresor para Marianne Hester²⁸ tiene que ver, entre otras cosas, con que en el ámbito de los juzgados de familia y de los juzgados de violencia doméstica la preocupación fundamental de los tribunales es lograr que las mujeres, en circunstancias de violencia, se centren en superar sus miedos al abuso de sus ex-parejas. Además, señala esta investigadora, hay una brecha conceptual a la hora de contemplar la persona del agresor en el contexto institucional. Concretamente, el mismo agresor en unos ámbitos

²⁶ Más adelante re-analizaremos estos datos para reparar en la inflexión que se ha producido a raíz de los cambios legislativos operados en 2015 (vid *infra* 4).

²⁷ *Save The Children. Informe de 2011 sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas*. Versión electrónica: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/eu/profesionalesInvestigacion/juridico/estudios/pdf/Decision_Judicial_Guarda_Custodia.pdf

²⁸ Vid. M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, cit., p. 849.

es visto como “el hombre violento” y, en otros, es contemplado principalmente como el padre.

A las mujeres, se les está exigiendo que permitan la relación, contacto y comunicación de sus hijos con su ex-pareja violenta. Esto no sólo las confunde y desconcierta sino que lo que es peor, son ellas las que tienen que manejarse con la violencia de su ex-pareja y la falta de seguridad de sus hijos. Para poder dar una respuesta integrada a la seguridad tanto de las madres como a los hijos hay que dejar de considerar a las mujeres, opina Marianne Hester, como “víctimas culpables”.

Tal y como hemos visto, nos encontramos con una mayor parte de resoluciones judiciales que han adoptado el régimen de custodia compartida o comunicación y visitas con los hijos, incluso a pesar de existir sentencia condenatoria del padre por delitos de violencia de género. En estos casos, se justifica dicha decisión en el forzado y artificial argumento de que el menor no ha sido víctima de la violencia al no alcanzarle los efectos del trauma causado a la madre.

Un caso paradigmático, en este sentido, es el referido en una importante Sentencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sala Primera de 26 noviembre 2015. Un padre agresor, condenado por la Sentencia de 2 de diciembre de 2011 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Algeciras, por un delito de malos tratos habituales contra su ex-esposa, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor y un delito de amenazas a las penas de dos años y ocho meses, seis meses y seis meses de prisión y accesorias. Existiendo, además, una orden de alejamiento provisional respecto a su ex-esposa y la hija mayor, Elisabeth.

En un momento determinado, el agresor solicita mediante demanda que respecto de la otra hija, la de menor de edad, Sofía, se fije un régimen de visitas. La madre se opuso a la demanda:

“solicitando la desestimación de cualquier medida que pudiera suponer un régimen de visitas del progenitor con su hija. Apoya tal petición en que debido a la situación de maltrato que ella y su hija Elisabeth han sufrido el demandante no es una persona apta para atender y cuidar a su hija, existiendo el riesgo de que el actor pueda ocasionarle algún daño a una niña de tan solo tres años de edad.”

La sentencia de primera instancia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Algeciras estimó parcialmente la demanda, atribuyendo la guarda

y custodia de la menor, Sofía, a la madre. En cuanto al régimen de visitas opta por el establecimiento del mismo en favor del padre. Advirtiendo que

“aun cuando es cierto que existe una desvinculación total entre padre e hija, también lo es que ninguna condena entre el padre y Sofía existe, no siendo razonable prolongar de forma indefinida esa falta de contacto respecto de la menor. Ahora bien, en atención a las circunstancias concurrentes dicho régimen de visitas deberá tener un carácter restrictivo, a saber, un día a la semana, durante dos horas, de 17,00 a 19,00 horas, a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras de forma tutelada.”

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la madre, dictándose sentencia de segunda instancia por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 18 de septiembre de 2014, la cual desestimó el recurso interpuesto, confirmando lo dispuesto por la Sentencia de primera instancia.

Esta sentencia de la Audiencia provincial fue recurrida ante el Tribunal Supremo, que rectifica contundentemente esa línea argumental:

“Esta Sala ha de declarar que en la sentencia recurrida no se respeta el interés de la menor ... por lo que de acuerdo con el art. 94 del C. Civil y art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija Sofía”.

El TS entiende que

“A la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa”.

Esta sentencia del TS se produce en 2015, cuando el panorama legislativo ha cambiado sustancialmente con las reformas legales que analizaremos en el apartado siguiente –aunque la normativa que tiene en cuenta el TS es la que estaba en vigor en el momento de producirse los hechos y entablarse la demanda–. Quizá estamos ante un caso límite, pero que un Juzgado de Violencia sobre la Mujer atribuya un derecho de visitas, aunque sea limitado, al agresor de la madre y de una de las dos hijas y que trate de enmascararse tras el interés de la menor y el mantenimiento de los lazos familiares, cuando

menos llama la atención. Más específicamente, el TS en esta misma sentencia entiende que “el concepto del interés del menor ha sido desarrollado en la L.O. 8/2015 de 22 de julio, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que ‘se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares’, se protegerá ‘la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas; se ponderará ‘el irreversible efecto del transcurso del tiempo en desarrollo’, ‘la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...’ y que ‘la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos de los que ampara” (FJ 2º).

Además, que dicha decisión fuese ratificada por una Audiencia provincial pone en evidencia que en la sociedad española no se visibilizaba plenamente la incidencia de la violencia de género en la infancia y adolescencia²⁹. Ni tampoco los riesgos que el régimen de visitas puede implicar para los hijos e hijas menores y para sus madres víctimas de violencia de género.

En el caso del Estado español, esta realidad ya fue denunciada por el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su sesión nº 61³⁰. En este Informe, el Comité manifestó su preocupación por el número de casos de niños y niñas asesinados por “padres violentos durante el ejercicio de su derecho de visita”. Una preocupación agravada por el injustificado incumplimiento por parte del Estado español de la decisión de la CEDAW de 16 de julio de 2014, en la que se condenaba al Estado por no proteger a Ángela González y su hija, a la que el maltratador asesinó en 2003 en una de las visitas establecidas. A pesar de las denuncias de la víctima a su ex-marido en 30 ocasiones por amenazas y agresiones, las visitas y comunicación con la hija por parte de su agresor no se habían interrumpido (CEDAW/C/58/D/47/2012, Comunicación nº 47/2012). Más concretamente, durante el tiempo que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente las autori-

²⁹ La L.O.1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género inicialmente no contemplaba a los menores como víctimas de la violencia de género, los consideraba como “meros testigos”; vid. L. GÓMEZ PARDOS, *Menores víctimas y testigos de violencia familiar*, Zaragoza, PUZ, 2011, ISBN: 978-84-694-7166-1 [publicación electrónica: <https://zaguan.unizar.es/record/6208/files/TESIS-2011-051.pdf>]. Como mucho se hablaba de víctimas indirectas. Tras la reforma de la L.O. operada en 2015, ya son consideradas víctimas directas.

³⁰ Sobre la lucha por el reconocimiento del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género, puede verse M. CALVO GARCÍA, “The Role of Social Movements in the Recognition of Gender Violence as a Violation of Human Rights: From Legal Reform to the Language of Rights”, *The Age of Human Rights Journal*, num. 6, 2016, pp. 60-82. [<http://dx.doi.org/10.17561/tahrj.v0i6.2930>].

dades tanto judiciales como los servicios sociales y lo expertos (psicólogos) tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre el padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento del padre (...) Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita, que en el presente caso otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad (apartado 9.4). Asimismo el Comité formuló al Estado Español varias recomendaciones generales como la de tomar las medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos para que su ejercicio no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos (apartado 11).

Desgraciadamente éste no ha sido el único caso conocido, hay otros casos de niños y niñas asesinados en similares circunstancias en España. Así, el caso de Leonor de 6 años, que fue asesinada por su padre, condenado por violencia de género justo el día que tenía que devolver a la niña a su madre, de la que estaba separándose. O el de los hermanos Ruth y José Breton; hechos a los que habría que añadir otros muchos casos de niños y niñas anónimos también asesinados por sus padres, cuando su madre decidió separarse del agresor o mientras disfrutaban del régimen de visitas. Sobre este tema, se ha apuntado³¹ en algunos de los informes (*Informes del Fiscal General del Estado y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad*), que en los años 2013, 2014 y 2015 fueron asesinados 6 niños, 4 niños y 4 niños respectivamente. Según los datos de la Delegación del Gobierno para la violencia de género³², han sido 8 el número de menores asesinados por violencia de género en 2017. Ahora bien, conviene apuntar que sólo desde fechas muy recientes se están recogiendo estos datos y pensamos que no son fidedignos precisamente por la propia invisibilidad del maltrato de los menores en contextos de violencia de género.

Es difícil saber cuántos niños y niñas están realmente afectados por la violencia contra sus madres, tampoco conocemos datos sobre las consecuen-

³¹ V. MÚRTULLA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, cit., p. 17-18.

³² http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VM_Menores_2016_Anuar2.pdf; http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/Vmenores_2017_11_14.pdf.

cias que las decisiones judiciales de los procesos en los que se han visto inmersos han tenido en ellos. También nos preocupa la situación de los niños y niñas que se quedan sin madres por causa de la violencia de género³³. O quienes tienen que vivir en un ambiente de conflictividad y tensión permanente, donde hacen de correa de transmisión de la violencia hacia sus madres³⁴ y son muchas veces instrumentalizados por el agresor como forma de maltrato a ésta, hasta llegar incluso a perder la vida a manos de sus padres para hacer daño a sus madres, “donde más les duele”³⁵.

Por tanto, es crucial dar visibilidad a las violencias a las que los hijos e hijas han estado y están expuestos en los contextos de violencia de género vividos por sus madres³⁶. De esta forma se podrá conocer el impacto tan negativo que estas vivencias de violencia suponen en el bienestar y desarrollo de los niños y las niñas; e igualmente facilitará un cambio en las sensibilidades sociales y, a la larga, permitirá obtener respuestas desde las políticas públicas, la administración y la justicia. En este sentido, la investigadora P. Reyes

³³ Como ya apuntábamos en la presentación, en 4 años desde 2013 a 2016, 160 menores de edad han perdido a su madre como consecuencia de un crimen de violencia de género. Vid. Fundación Mujeres, *I Informe anual del fondo de becas “Fiscal Soledad Cazorla Prieto”*. Año 2017, pag. 9 ss. [http://www.fundacionmujeres.es/becassoledadcazorla/wp-content/uploads/Informe_V_Jornada.pdf].

³⁴ Algunas de las investigaciones en U.K apuntan que en un 60% de los casos en los que el hombre comete violencia contra la mujer comete además violencia contra los niños; vid. K. RUMMERY, “Partnership Working and Tackling Violence Against Women”, en N. LOMBARD y L. MCMILLAN (eds.), *Violence Against Women. Current Theory and Practice in Domestic Abuse, Sexual Violence and Exploitation*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2013, p. 225-227.

³⁵ El Mundo 03/02/2017: “Un padre con antecedentes policiales por violencia machista ha matado a su hija de un año al lanzarse al vacío con ella desde un cuarto piso en el madrileño hospital de La Paz. ... La madre y el padre habían discutido en la habitación. Entonces, el hombre, de 27 años, le ha espetado a la mujer: ‘Te voy a dar donde más te duele’. Después, ha cogido a la niña, ha abierto la ventana de la habitación y se ha lanzado al vacío a una altura de cuatro pisos (unos 12 metros de altura), según aseguraron a EL MUNDO fuentes policiales.” <http://www.elmundo.es/madrid/2017/02/03/5894454a268e3ee7348b4730.html>.- Reflexionando sobre este caso, Miguel Lorente, médico forense, experto en violencia de género, añade: “el maltratador utiliza a los hijos e hijas para conseguir su objetivo de controlar y dominar a la mujer sin necesidad de agredirla físicamente. Los agresores saben que es lo que más les duele y lo usan de manera egoísta para sus intereses. Por eso, a pesar del intento de muchos de separar el ejercicio de la paternidad de la violencia, un maltratador siempre es un mal padre, porque utiliza la violencia en contra de la mujer y contra sus hijos e hijas para causar dolor y daño más allá de los golpes”. http://elpais.com/elpais/2017/02/04/mujeres/1486201498_722077.html.

³⁶ Vid. P. REYES CANO, “Menores y Violencia de Género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* núm. 49, 2015, p. 184.

Cano subraya con acierto que “se trata de una ‘violencia extendida’ y que los que siempre acaban sufriendo de esa extensión de la violencia son los hijos e hijas, que viven bajo el mismo estado de tensión y de alerta que su madre”³⁷.

4. AVANCES LEGISLATIVOS EN LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUS HIJAS E HIJOS

En los últimos años se han producido en nuestro país avances tanto en lo que respecta a la protección y mejora de la información a las víctimas en el ámbito procesal como en lo que se refiere a la protección de los menores.

Una de estas respuestas legislativas ha sido sin duda la Ley 4/2015, de 27 de abril, *reguladora del Estatuto de la víctima* (que entró en vigor el 28 de octubre de 2015)³⁸. Concretamente, el Estatuto de las víctimas del delito garantiza derechos procesales y extra-procesales de las víctimas, incluyendo algunas disposiciones específicas que afectan a las víctimas de violencia de género.

Pero han sido, sobre todo, 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*, las que han supuesto un avance considerable en la cuestión que aquí tratamos.

La modificación más importante operada por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, ha consistido en considerar víctimas de la violencia de género a los hijos y a los menores sujetos a la guarda y custodia de las mujeres maltratadas y ya no meramente testigos de la violencia de género, como eran considerados antes. Por tanto, se podrán adoptar por parte del juez civil o penal medidas judiciales que conlleven la prohibición de aproximación y de comunicación del agresor con el menor.

Más específicamente, dentro del concepto de “víctima” se encuadran los y las menores que viven en entornos de violencia de género, por todas las alteraciones que la exposición a la violencia supone para su desarrollo. A

³⁷ *Ibidem.*, p. 182. Puede consultarse también: *Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género*, aprobado por el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (8 de noviembre de 2011).

³⁸ Ley que 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 también traspone las directivas de la Unión Europea sobre esta materia. En particular, la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre -DOUE-L-2012-82192.

pesar de esta indudable mejora, hubiera sido muy clarificador que la Ley 4/2015 hubiera establecido una distinción conceptual entre, por un lado, los menores víctimas de violencia doméstica y, por otro, los menores víctimas de violencia de género³⁹. Y ello porque, como es sabido, constituyen realidades muy distintas, con causas y consecuencias también diferentes.

De entrada, la Disposición Final 3ª.1 de la L.O. 8/2015, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, cambió el art. 1.2 de la L.O.1/2004, donde se fija el objeto de la misma:

“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 tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

Esta nueva disposición acaba con todas las elucubraciones existentes en la doctrina y la praxis judicial. Los menores pasan a tener la consideración de *víctimas directas* de la violencia de género ejercida contra ellos mismos y contra sus madres y no meras víctimas indirectas o testigos de la violencia sufrida por sus madres.

Volviendo al tema que nos ocupa, el artículo 7 de la Ley 26/2015 modifica el art.12 de la L.O. 1/1996 y establece que

“cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación”.

En este sentido, es importante la modificación que la referida D.F. 3ª de la L.O. 8/2015, ha hecho de los artículos 65 y 66 de la L.O.1/2004. Así, en el caso de que el juez no adopte alguna de las medidas de suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en las que se ejercerá, adoptando las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer y teniendo que realizar un seguimiento periódico de su evolución. Si bien esta modificación no constituye una protección extra⁴⁰, al menos se está obligando en todos los ca-

³⁹ Vid. REYES CANO, “Menores y Violencia de Género”, cit., p. 196.

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 197.

sos a los jueces a analizar la situación del menor víctima y a estudiar cómo se van a ejercer las funciones de la patria potestad por el inculpado de violencia de género, admitiendo la posibilidad de llevar a cabo un seguimiento sobre su evolución. Por último, la consideración de los menores como víctimas directas de la violencia de género propiciará la asunción por parte de los juzgados de violencia sobre la mujer de “competencias directas” con respecto a los hijos que vivan en circunstancias de violencia de género.

En definitiva, con estas reformas legales de 2015 se ha entendido que efectivamente los menores que viven y crecen en un entorno donde está presente la violencia de género resultan afectados de muchas maneras⁴¹: en su bienestar, desarrollo, problemas de salud, etc. Además de facilitar la transmisión intergeneracional de las conductas violentas.

En los supuestos en los que la acción agresora no va dirigida al menor sino a la mujer, normalmente hacia su madre, también en este caso, son merecedores de una especial protección por el ordenamiento jurídico. En otros supuestos, el menor puede ser víctima directa de la agresión, si bien preferentemente hace referencia a los supuestos en los que el menor se interpone o se halla en el lugar en el que el agresor está atentando contra la mujer, esto es, se encuentra en el propio contexto de los episodios de la violencia.

Por ello, el actual artículo 1 de la Ley de protección integral contra la violencia de género ya no sólo tiene por objeto la protección directa a las mujeres víctimas de la misma, sino que extiende su protección especial a los hijos y a los menores sujetos a tutela, guarda o custodia de las víctimas. Con ello además de dar visibilidad a la magnitud familiar del problema de la violencia se permite adoptar medidas de protección integral a cualquier menor, sean o no hijos del agresor. En este sentido, el artículo 65 de la L.O. 1/2004 (también reformado por la L.O. 8/2015) tiene por finalidad ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género. Así, las medidas de protección son aplicables a aquellos menores a cargo de la mujer que no se hallen asimismo a cargo del agresor.

Por su parte, los artículos 61.2 y 55 de la L.O. 1/2004, reformados también por la L.O. 8/2015, reconocen la posibilidad de pedir medidas cautela-

⁴¹ En este sentido, puede consultarse, entre otros: L. RADFORD y M. HESTER, “More than a Mirage? Safe contact for Children and Young People Who have been exposed to Domestic Violence”, en N. STANLEY y C. HUMPHREYS (eds.), *Domestic Violence and Protecting Children. New Thinking Approaches*, London, Jessica Kingsley Publishers, 1ª ed., 2015, p. 123-124.

res de protección a las víctimas menores de violencia de género, directas o indirectas, incluso pedidas por las Administraciones públicas que los puedan acoger; así como, la posibilidad de suspender la responsabilidad parental o la custodia de los menores para el progenitor, custodio o tutor de los mismos en el caso en que éste se halle inculcado en un procedimiento de violencia doméstica. Por otro lado, que la medida se refiera al inculcado determina que puede adoptarse simplemente como medida cautelar, antes de existir una condena firme por un acto de violencia de género, sin perjuicio de las penas que pudieran finalmente recaer o las decisiones que se tomen finalmente en el procedimiento civil que regule la responsabilidad parental o guarda y custodia del menor⁴².

5. REPERCUSIONES DEL CAMBIO LEGISLATIVO EN LA PRAXIS JUDICIAL E INSTITUCIONAL

Estas reformas legales han tenido una repercusión importante en la praxis judicial sobre las medidas relacionadas con la custodia compartida y el derecho de comunicación y visitas en contextos de violencia de género. Como se ha comentado más arriba, ya existía en el ordenamiento jurídico español la posibilidad de suspender el régimen de visitas, estancia o relación y comunicación con los menores al sujeto agresor. Pero a partir de las reformas legales de 2015, el juez que adopte una de estas medidas debe realizar un seguimiento periódico de la evolución de las medidas adoptadas en protección de las mujeres y de los menores a su cargo.

También cobra relevancia, en la nueva regulación jurídica, la posibilidad de adoptar estas medidas en aquellos casos en los que existiendo una ruptura de la relación de pareja y medidas de protección respecto de la mujer, puedan adoptarse también medidas con respecto a los hijos, aunque hasta el momento no se haya producido ningún episodio violento hacia ellos, siempre y cuando existan indicios que hagan sospechar que el imputado pudiera actuar de algún modo contra estos menores como represalia. Es decir, aunque el agresor sólo esté inculcado por actuar contra la mujer, si existe una duda fundada de que pueda continuar o ampliar su acción lesiva contra su ex-pareja a través de los/las hijos, como una forma de perpetuar su conducta dañosa hacia ella, a la que ya no puede controlar o simplemente a la que desea infligir un mayor dolor.

⁴² Vid. REYES CANO, "Menores y Violencia de Género", cit., p. 218.

Por tanto, el juez puede acordar medidas de alejamiento y comunicación no sólo con respecto a la mujer sino también con respecto a los hijos, aunque no se realicen actos directamente violentos contra ellos y sólo se enjuicie el maltrato hacia la mujer. Por otra parte, las leyes de las Comunidades Autónomas garantizan que el menor que se ve afectado por un cambio de lugar de residencia como consecuencia de una situación de violencia de género/doméstica sea escolarizado de manera inmediata en otro centro educativo, respetando la confidencialidad de dicha situación. Igualmente, las situaciones de violencia de género también son tenidas en cuenta a la hora de facilitar ayudas escolares y acceso a la vivienda de las mujeres y sus hijos.

Como se ha apuntado, las reformas legales a las que nos hemos referido en el apartado anterior están teniendo un claro impacto en la praxis judicial. Ya han sido varias las sentencias judiciales del Tribunal Supremo que han decidido en las nuevas sendas marcadas por las reformas de 2015. Este sentido, la STS de 26 de noviembre de 2015, a la que nos hemos referido más arriba, avanzaba tajantemente un *nuevo criterio jurisprudencial* al establecer 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 con otros de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes” (F. 2º).

La medida a adoptar en interés del menor –sea la custodia compartida o el régimen de visitas– nunca podrá restringir o limitar más derechos de los que ampara. En cualquier caso, nunca podrá obviarse la valoración de los factores de riesgo existentes.

Por su parte, la importante STS de 4 de febrero de 2016 (JUR 2016 30008), establece:

“Es doctrina de esta Sala que (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio

compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El art. 2 de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno 'libre de violencia' y 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'; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil ..." (F. Jº 2º).

En el mismo sentido, el TS en la sentencia antes referida (sentencia 680/2015 de 26 de noviembre), entiende que "el concepto del interés del menor ha sido desarrollado en la L.O. 8/2015 de 22 de julio, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que 'se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares', se protegerá 'la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas; se ponderará 'el irreversible efecto del transcurso del tiempo en desarrollo', 'la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...' y que 'la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos de los que ampara" (FJ 2º).

Por tanto, a partir de las reformas legales de 2015, y auspiciado por el giro jurisprudencial establecido el Tribunal Supremo, se está produciendo un cambio a favor de la protección del superior interés del menor por parte de jueces y tribunales, con medidas como las de no conceder la custodia compartida, limitar o suspender el régimen de visitas, estancia y comunicación de los hijos con el progenitor agresor tras el divorcio de sus padres.

Esta tendencia coincide con la reivindicación de numerosas instituciones. Así, por ejemplo, la STS de 26 de noviembre de 2015 fue acogida expresamente "con satisfacción" por el Defensor del Pueblo en un comunicado de 11/12/2015, en el que recuerda que esta Institución ya "recomendó en noviembre de 2014 procurar la supresión de visitas y comunicaciones de imputados por malos tratos con sus hijos a fin de prevenir riesgos". Los argumentos de la sentencia coincidirían con el criterio del Defensor del Pueblo, que ha recomendado que se garantice por ley "un examen individualizado del régimen de visitas de cada menor afectado por una situación familiar de violencia de género."⁴³

⁴³ <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/satisfaccion-por-la-sentencia-del-supremo-que-restringe-el-regimen-de-visitas-de-los-maltratadores-a-sus-hijos/>

Por su parte, el Pleno del Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 2017 aprobó el llamado *Pacto de Estado contra la Violencia de Género*⁴⁴ que supone un compromiso importante ya que ha sido aprobado por todos los partidos políticos. Concretamente, el Pacto de Estado parte de la consideración de los menores como víctimas de la violencia de género y dentro de sus 231 medidas y propuestas, algunas son de especial relevancia para los asuntos que se tratan en este artículo. Más específicamente, se propone que se adopten las medidas necesarias para que la custodia compartida no se conceda en casos de violencia de género y que tampoco se adopte la custodia compartida provisionalmente si está en curso un procedimiento por violencia de género y orden de protección (Propuesta 144). Asimismo, se deberá suspender el régimen de visitas en todos los casos en que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia (Propuesta 145). Por otro lado, propone que se deben poner en marcha Puntos de Encuentro Familiar exclusivos y especializados para los casos en que hay violencia de género (Propuesta 151).

A pesar del acierto de estas propuestas del Pacto contra la violencia de género, es preciso señalar que el despliegue de su eficacia está siendo ampliamente cuestionado por muchos de los profesionales que trabajan en este ámbito de la violencia de género (jueces y magistrados, fiscales, trabajadores sociales, psicólogos, etc.). Asimismo el movimiento feminista ha alertado en numerosas ocasiones de que el Pacto contra la violencia de género no tiene la suficiente concreción para ser efectivo y que se ha llevado a cabo sin haber contado con los colectivos feministas y de mujeres. Por otro lado, críticamente se ha señalado que si no se logra un acuerdo político y una dotación presupuestaria real para llevarlo a efecto se va a quedar en un catálogo de buenas intenciones.

Como se ha comentado, en los últimos años en nuestro país nos estamos encontrando cada vez con más supuestos en los que los menores se convierten en objetos de la violencia instrumentalizada hacia sus madres por parte de los agresores. Así, han pasado a ser primera página de los medios de comunicación algunos actos terribles de violencia contra la vida de los

⁴⁴ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie D, núm 225, de 9 de octubre de 2017, pp. 96 y ss.: "Aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 28 de septiembre de 2017, con modificaciones respecto del Acuerdo de la Comisión de Igualdad, relativo al Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género".

menores por parte de su padre con el claro propósito de dañar a la madre, especialmente en casos de separación y divorcio, y precisamente aprovechando el régimen de visitas del padre establecido por sentencia judicial. Hechos todos ellos que han generado una gran alarma social y que han desencadenado las reformas legales antes reseñadas. En este sentido, todo ello está determinando el auge de una nueva sensibilidad de la sociedad española, que como hemos visto empieza a tener reflejo en la praxis de la Administración de Justicia y en la reacción de las Instituciones.

Esta nueva sensibilidad se estaría proyectando tímidamente sobre la praxis judicial. Desde un punto de vista jurisprudencial, la posición del Tribunal Supremo español al respecto es clara. Pero desde el punto de vista de las órdenes de protección, a pesar de lo que afirman los titulares de prensa⁴⁵, se avanza muy lentamente. Si ampliamos la perspectiva cronológica y atendemos a las suspensiones de la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en decisiones de los juzgados de violencia sobre la mujer entre los años 2006 y 2016, el análisis de las medidas cautelares civiles impuestas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer permite apreciar que, por lo que se refiere a la suspensión de la custodia compartida, falta mucho todavía para alcanzar el número de casos, bajo si tenemos en cuenta el número de órdenes de protección dictadas. En el año 2008 se llegó a 2514 casos, mientras que en 2016 a pesar del ligero aumento se alcanzó la cifra de 1496⁴⁶. Donde sí se aprecia un pequeño repunte es en relación a las medidas de suspensión de la patria potestad y, más claramente, en lo que se refiere al régimen de comunicación y vistas de hijos e hijas con los padres incurso en un procedimiento penal de agresión⁴⁷. En cualquier caso, se ha constatado que a lo largo de los años las medidas suspensión de la custodia compartida y el régimen

⁴⁵ Los titulares de prensa hablan por sí solos. Así, en el diario *El País* se puede leer: "Las medidas de protección a los hijos de víctimas de violencia machista se multiplican con la nueva ley" [http://politica.elpais.com/politica/2016/06/29/actualidad/1467192817_223020.html]. Y en *El Mundo*: "El Supremo restringe aún más el régimen de visitas de los padres maltratadores" [<http://www.elmundo.es/sociedad/2015/12/07/56657a0922601d9c248b45ac.html>] Por su parte en el diario de difusión gratuita *20 Minutos* se recogía: "Los jueces suspenden más visitas de maltratadores a sus hijos con el fin de protegerlos". [<http://www.20minutos.es/noticia/2682650/0/vistias-maltratadores/menores-victimas/violencia-machista/#xtor=AD-15&xts=467263>].

⁴⁶ Datos estadísticos. Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

⁴⁷ Vid. *Memoria del Fiscal General del Estado de 2017*, Vol. I, Cap. III, p. 478-479; <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/Inicio.html>

de visitas habían ido descendiendo; siendo significativo el aumento de estas medidas en 2016 con respecto a las de 2014. En cuanto a las medidas que suspenden la patria potestad pasan de 62 a 121; las medidas de suspensión del régimen de custodia compartida se incrementan de 1133 a 1496; y las suspensiones del régimen de visitas, donde se produce el incremento más significativo, pasando de 623 a 1035⁴⁸.

Ahora bien, si comparamos estos datos con los de la totalidad de las medidas adoptadas por estos órganos judiciales, podemos comprobar como la medida de suspensión de la patria potestad apenas si pasa del 0,4% en 2014 al 0,7% en 2016; por lo que se refiere a la medida de suspensión de la custodia compartida, el porcentaje sobre el total de medidas solo se incrementa del 7,8%, en 2014, al 9,1% en 2016; y en el caso de las medidas de suspensión del régimen de comunicaciones y visitas, el aumento es del 4,3 en 2014 al 6,3 en 2016⁴⁹.

Una interpretación fácil de estos datos consistiría simplemente en achacar la lentitud en el cambio a la mentalidad de los jueces⁵⁰, que según algunas opiniones sigue anquilosada en estereotipos tradicionales. Ciertamente, algo de eso puede haber, pero también es cierto es que decidir sobre el “riesgo” implica una gran complejidad. Tanto si hay que decidir, en general, sobre el riesgo que el contexto de violencia de género conlleva para los hijos y las hijas; como, en particular, sobre el “riesgo” de que los hijos e hijas sean “instrumentalizados” por parte del agresor como una forma de agredir a las madres. Esta complejidad determina la necesidad de que cuenten con el auxilio de mecanismos adecuados⁵¹.

En este sentido, hay que reseñar que la nueva edición de la *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, aprobada por el grupo de expertas y expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ, en la reunión celebrada el día 13

⁴⁸ Datos estadísticos. Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Sobre la resistencia al cambio y el reto que ello supone para los jueces en el ámbito de Reino Unido, puede consultarse: L. RADFORD, “Domestic Violence, Safety and Child Contact in England. Hiding Violent Men in the Shadows of Parenting”, en N. LOMBARD y L. MCMILLAN (eds.), *Violence Against Women. Current Theory and Practice in Domestic Abuse, Sexual Violence and Exploitation*, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2013, p. 64-65.

⁵¹ Vid STS de 26 de noviembre de 2015, ya citada.

de octubre de 2016, empieza a prestar atención a una problemática que sólo era contemplada de una forma muy somera en la primera edición de esta guía en 2005.

“En todo caso la fijación de regímenes de visitas, estancia y de comunicación a favor del progenitor no custodio ha de preservar y garantizar la integridad física y psíquica del menor. ... Estos presupuestos y perspectiva justifican, en los casos en los que existen indicios de la comisión de hechos encuadrables en el concepto de violencia de género o, incluso una condena, la solicitud de informe pericial sobre la idoneidad, en el caso concreto, del establecimiento de régimen de visitas con el progenitor sobre el que recaigan los referidos indicios de criminalidad o la condena siendo determinante, como se ha dicho, el interés superior, no de los progenitores sino del niño/a⁵².

Por tanto, es fundamental contar con mecanismos de apoyo en la evaluación del riesgo en el momento de tomar cualquier decisión. Este es otro de los puntos en los que han incidido las reformas legislativas de 2015 y las nuevas tendencias jurisprudenciales. Más específicamente, hay que mejorar mucho en relación con la valoración policial del riesgo para las madres, pero también para los hijos y las hijas que han de ser contemplados como víctimas directas en los contextos de violencia de género⁵³.

Por otra parte, la *Instrucción 7/2016*, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (*Ley Orgánica 1/2004*) y de gestión de la seguridad de las víctimas⁵⁴, avanza en la protección de los hijos y de las hijas en contextos de violencia de género pero quedaría por concretar cómo se va a evaluar el riesgo para estos menores y si los nuevos indicadores van a ser operativos en este sentido. Al respecto, en la presentación de este nuevo

⁵² CGPJ, *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Madrid, CGPJ, 2016 [versión electrónica: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Guias-practicas/>]. La edición de 2005 de la *Guía*, también se puede consultar en la página anterior.

⁵³ A partir del 22 de julio de 2016 comenzaron a aplicarse los nuevos VPR y VPER para medir el riesgo aprobados por la *Instrucción 7/2016*, de la Secretaría de Estado de Seguridad. Una revisión necesaria, solicitado desde numerosas asociaciones y por personas expertas en el tema y cuya aplicación deberá ser evaluada cuidadosamente.

⁵⁴ Vid. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Instruccion-7-2016-de-la-Secretaria-de-Estado-de-Seguridad--por-la-que-se-establece-un-nuevo-protocolo-para-la-valoracion-policial-del-nivel-de-riesgo-de-violencia-de-genero--Ley-Organica-1-2004--y-de-gestion-de-la-seguridad-de-las-victimas>

protocolo, el secretario de Estado de Seguridad ya destacaba “el complejo abordaje de la seguridad de los menores de edad a cargo de las víctimas”⁵⁵. Hay que proteger la seguridad de los menores que son víctimas directas o indirectas de violencia de género porque así lo determina la ley. Pero además hay que tener en cuenta en la valoración de riesgos la utilización instrumental de los hijos e hijas para hacer daño a sus madres o, directamente, para saltarse las barreras preventivas y consumir las agresiones contra las mismas.

Además, la nueva edición de la *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial destaca la necesidad de contar con los Puntos de Encuentro de cara a la protección de las víctimas. En este sentido se señala que:

*“La creación de puntos neutrales y transitorios para el desarrollo de las visitas es el recurso que se viene implantando a fin de dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que afectan a la comunicación de los menores con el progenitor no custodio en casos de relaciones familiares en crisis y, desde luego, en los supuestos de que existan indicios de violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja.”*⁵⁶

Ahora bien, hay que preguntarse hasta dónde los Puntos de Encuentro constituyen la solución o el problema. De entrada, estos instrumentos fueron creados con otras finalidades y desde luego no con la finalidad específica de la protección de las víctimas de violencia de género; además han estado muy afectados por los recortes económicos. Por ello, presentan carencias importantes en la formación específica en violencia de género, lo cual provoca un estrés añadido en las víctimas y puede redundar en nuevos riesgos.

A tenor de todo lo anterior, consideramos que las decisiones que, a pesar de lo establecido en la legislación y en la jurisprudencia, optan por conceder o, en su caso, mantener la custodia compartida y el régimen de vistas de los agresores con sus hijas e hijos, limitándose a solucionar el problema de

⁵⁵ El Secretario de Estado de Seguridad ha destacado que, los nuevos formularios (VPR) y (VPER) han sido diseñados teniendo en cuenta también los cambios que se han producido desde que se elaboró el primero en 2007, contemplando nuevos indicadores. En la presentación de este nuevo protocolo destacaba el complejo abordaje de la seguridad de los menores de edad a cargo de las víctimas. La nota de prensa se puede ver en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/noticias-y-eventos/2016/nuevo-protocolo-para-la-valoracion-policia-del-nivel-de-riesgo-de-violencia-de-genero>

⁵⁶ CGPJ, *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004*, cit., p. 279.

las órdenes de alejamiento y/o la seguridad de las víctimas con establecer que los contactos entre el agresor y los hijos tengan lugar en los Puntos de Encuentro Familiares, no son las adecuadas para estos casos. Así, la supervisión y la prevención de los riesgos para los menores y la madre debería conllevar medidas específicas para su protección. Lo mejor sería evitar los riesgos que siempre existen en contextos de violencia de género⁵⁷; pero si en las decisiones judiciales sigue teniendo un peso relevante el mantenimiento de los lazos familiares de las hijas e hijos menores con el agresor, probablemente no sea suficiente con recurrir a los Puntos de Encuentro. Por lo menos, mientras el funcionamiento de estos no cambie significativamente en relación con los casos de violencia de género.

En realidad aquí la problemática tiene un alcance más amplio y toma pie en el hecho que no se ha captado suficientemente la complejidad del problema y la necesidad de coordinar ámbitos muy diversos, pero imprescindibles para asegurar la protección de las víctimas de violencia de género y sus hijas e hijos.

En otros países, desde hace unos años se viene insistiendo en la necesidad de que exista auténtica coordinación y “cohesión” –tanto en el abordaje como en el diagnóstico a la hora de detectar los posibles riesgos de violencia en los que se encuentran tanto la mujer como sobre todo los hijos– y ello porque en la práctica siguen funcionando como “tres planetas separados”⁵⁸: la esfera de la violencia de género –el *Domestic Violence Planet*–; la de protección de los menores –el *Children Protection Planet*–; y el ámbito de la justicia civil relacionado con el “contacto” de los menores con sus progenitores –el *Child Contact*–. Lo cual puede dar lugar a todo tipo de problemas como la falta de coordinación en la información y en las evidencias entre el sistema de justicia penal y el sistema de justicia civil y de éstos con los servicios de protección de menores. Así, por ejemplo, la madre puede haber tratado de frenar la conducta violenta de su pareja llamando a la policía y apoyando que sea detenido y procesado. E, incluso, puede darse el caso de que la madre puede haber dejado a su marido violento por indicación de los servicios de menores para así proteger a sus hijos. Sin embargo, en el ámbito de justicia civil –de familia– se le va a exigir que permita “el contacto” y comunicación de sus hijos

⁵⁷ Acerca de los riesgos y posibles beneficios para los hijos de mantener el contacto con sus padres agresores de violencia doméstica, puede verse: L. RADFORD, “Domestic Violence, Safety and Child Contact in England. Hiding Violent Men in the Shadows of Parenting”, cit., p. 52 ss.

⁵⁸ Vid. M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, cit., p. 837.

con su ex marido violento. Dejando a la madre, en consecuencia, desconcertada, confundida y sola para manejarse con la violencia de su ex pareja y de nuevo asustada por la falta de seguridad de ella misma y de sus hijos⁵⁹.

Más específicamente, en el ámbito anglosajón, se ha extendido entre los investigadores la denominación *The Three Planet Model*⁶⁰, acuñada por Marianne Hester, para referirse a los juzgados e instituciones que tienen que coordinarse para hacer frente a la violencia doméstica y ya la propia terminología pone en evidencia la dificultades de este empeño. En el caso de Reino Unido⁶¹, por ejemplo, son tres las principales áreas de trabajo con las familias que sufren violencia doméstica. El *Domestic Violence Planet*, en el que se trabaja e interviene fundamentalmente con los adultos: con la víctima/superviviente, por un lado, y con el agresor, respecto de los que son competentes la justicia penal y civil y los juzgados de violencia doméstica, como tribunal especializado -Ley inglesa de 2004 de *Violencia Doméstica, Delitos y Víctimas*. El *Child Protection Planet* que centra sus actuaciones en la protección de los menores, no en los adultos, desde la perspectiva de “su mejor interés” con el objetivo de salvaguardar y proteger a los niños en circunstancias de violencia doméstica, cuyo ámbito de actuación es civil antes que penal. En ambos el objetivo es el de intervenir frente a los riesgos que puedan existir de más violencia o daño tanto para los hijos -*Child Protection Planet*- como para los adultos -*Domestic Violence Planet*-. Y, por último, el *Child Contact Planet* cuando se dan circunstancias de violencia doméstica, en contextos de divorcio o ruptura, que es competencia de los juzgados de familia, en el que rige el principio de las familias deben seguir siendo familias a pesar del divorcio o ruptura y en consecuencia, se centra en los padres y en sus acuerdos de guarda y/o régimen de comunicación y visitas con los hijos.

Efectivamente, entre los diversos ámbitos, instituciones y agentes desde los que se trabaja con la violencia de género (juzgados de violencia de géne-

⁵⁹ *Ibidem.*, p. 849-850.

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 837-853.

⁶¹ Por razones obvias no puede abordarse más en profundidad el funcionamiento de estos “tres planetas” en los casos de violencia doméstica en el Reino Unido y en otros países del ámbito anglosajón que siguen este mismo sistema. En este sentido pueden consultarse, entre otros: K. MACKAY, “A Plea from Scotland: preserving access to courts in private law child contact disputes”, *Child and Family Law Quarterly*, núm. 25 vol. 3, 2013, p. 294-314 (Reino Unido); S. HOLT, “Post-separation Fathering and Domestic Abuse: Challenges and Contradictions”, *Child Abuse Review*, num. 24, vol. 3, 2015, p. 210-222 (Irlanda); D. G. SAUNDERS, *et al.*, “Custody Evaluators’ Beliefs About Domestic Abuse in Relation to Custody Outcomes”, National Institute of Justice, 2011 (Canada).

ro, juzgados de familia, juzgados de lo penal, la policía, puntos de encuentro, etc.) nos podemos encontrar con que los discursos y las prácticas de unos y otros grupos de profesionales pueden ser divergentes o simplemente ignorados. Por lo que resulta imprescindible una cohesión y una coordinación entre todos ellos a la hora de clarificar y abordar todas las problemáticas que desencadena la violencia de género. Lo que permitirá proteger con una mayor eficacia los derechos de las víctimas.

6. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar en los apartados anteriores, en España se está avanzando en restringir el “contacto” y comunicación de los padres con sus hijos en los supuestos en los que hay violencia de género; pero todavía se siguen concediendo tanto visitas y comunicación, como, incluso, custodias compartidas en los casos de divorcio o ruptura. Y ello a pesar de que la custodia compartida está expresamente prohibida desde 2005 por el art. 92.7 del Código Civil español y lo mismo podría interpretarse en relación con el régimen de visitas y comunicación. Sin embargo, los jueces españoles hasta las últimas reformas legales de 2015 lo que han hecho ha sido permitir el contacto y la comunicación de los hijos con el padre agresor y, en muchos casos, conceder una custodia compartida, dando prioridad a los derechos del padre frente a la protección de la seguridad física y mental de los hijos y a su derecho a llevar una vida libre de violencia.

Cuando el agresor tiene una medida penal de alejamiento no puede haber comunicación directa, por eso los jueces en estos casos suelen decidir que la comunicación del padre agresor con sus hijos se facilite a través de los abuelos o en los denominados “Puntos de Encuentro Familiar”. Pero, como se ha subrayado en este artículo, estas prácticas han dado lugar a muchos problemas y en algunos casos han supuesto un claro riesgo añadido para las víctimas o han dado lugar a nuevas formas de victimización.

La realidad social de los últimos años nos ha mostrado una escalada en las acciones violentas dirigidas ya no solo contra las mujeres parejas o ex-parejas, sino contra los hijos de éstas que han sido victimizados directamente o utilizados como un instrumento para hacer daño a sus madres. Como consecuencia, se debe tener claro que, además de las medidas de protección dirigidas a la madre, deben existir instrumentos de protección de los hijos de ésta.

A partir de la entrada en vigor en 2015 de dos leyes, la Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015, *de protección de la infancia y adolescencia*, la protección

de los niños y niñas víctimas de violencia de género se ha convertido en un principio directo de actuación de los poderes públicos que incluye medidas como, entre otras, la suspensión de la responsabilidad parental, de la custodia, del régimen de visitas, estancia y/o comunicación y otras medidas que garanticen su seguridad, integración y recuperación tanto de los hijos como de la mujer, con la obligación por parte de los jueces de tener que realizar un seguimiento periódico de su evolución.

Como consecuencia, a partir de la entrada en vigor de esas dos últimas reformas legales de 2015, la aplicación de estas medidas por jueces y magistrados empieza a dejar de ser excepcional. Concretamente, los jueces y magistrados tienen que valorar su posible aplicación en todos los casos a enjuiciar, aun cuando los menores sólo hayan sido víctimas indirectas de la violencia y especialmente en aquellos casos en los que quepa sospechar que el menor pueda ser utilizado por el agresor como un instrumento para causar daño a su madre. Pero la modificación más importante, operada por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, es que considera víctimas de violencia de género a los hijos y a los menores sujetos a la guarda y custodia de las mujeres maltratadas. Estos menores ya no son considerados meramente como testigos de la violencia de género, como ocurría con anterioridad. Por tanto, se podrán adoptar, por parte del juez civil o penal, medidas judiciales que conlleven la prohibición de aproximación y de comunicación del agresor con el menor.

En definitiva, se encuadra a los menores dentro del concepto de “víctima” por el mero hecho de vivir en entornos de violencia de género, por todas las alteraciones que la exposición a la violencia supone para su desarrollo y afirmando su derecho a una vida libre de violencia. Como consecuencia, en su redacción actual el artículo 1 de la Ley de protección integral contra la violencia de género ya no sólo tiene por objeto la protección directa a las mujeres víctimas de la misma, sino que extiende su protección especial a los hijos y a los menores sujetos a tutela, guarda o custodia de las víctimas. Con ello además de dar visibilidad a la magnitud familiar del problema de la violencia se permite adoptar medidas de protección integral a cualquier menor, sean o no hijos del agresor. También pueden adoptarse medidas respecto de dichos menores aunque no se haya producido ningún episodio agresivo hacia ellos hasta ese momento, siempre y cuando existan indicios que hagan sospechar que el imputado pudiera actuar de algún modo contra estos menores como represalia. Por tanto, el juez puede acordar medidas de alejamiento y prohibición de comunicaciones no sólo con respecto a la mujer sino

también con respecto a los hijos, aunque no se realicen actos directamente violentos contra ellos y sólo se enjuicie el maltrato hacia la mujer.

Como se ha apuntado, las reformas legales a las que nos hemos referido en el apartado anterior están teniendo un claro impacto en la praxis judicial. En este sentido, la STS de 26 de noviembre de 2015 ha supuesto, sin duda, un gran avance al establecer la “necesidad de valorar los factores de riesgo existentes” para proteger el superior interés del menor, de forma que una medida como la custodia compartida o el régimen de visitas no puede en ningún caso restringir o limitar los derechos del menor. Por tanto, no podrá obviarse en ningún caso la valoración real de los factores de riesgos existentes.

Concretamente, se ha constatado que tanto las medidas de suspensión de la custodia compartida como las referidas al régimen de visitas han ido descendiendo; siendo significativo el aumento de estas medidas en 2016 con respecto a las de 2014. Ahora bien, si comparamos estos datos con los de la totalidad de las medidas adoptadas por estos órganos judiciales podemos comprobar como la medida de suspensión de la patria potestad apenas si pasa del 0,4% en 2014 al 0,7% en 2016; por lo que se refiere a la medida de suspensión de la custodia compartida, el porcentaje sobre el total de medidas solo se incrementa del 7,8%, en 2014, al 9,1% en 2016; y en el caso de las medidas de suspensión del régimen de comunicaciones y visitas, el aumento es del 4,3 en 2014 al 6,3 en 2016.

La lentitud en el cambio no se puede achacar únicamente a la mentalidad de los jueces o a las tradicionales resistencias al cambio por parte de los operadores jurídicos. Lo cierto es que, como se ha apuntado, decidir sobre los riesgos para los hijos e hijas o para sus madres como consecuencia de que acaben siendo “instrumentalizados” por el agresor para causarles daño a éstas, es una tarea que requiere contar con mecanismos y apoyos profesionales adecuados que permitan valorar la complejidad de los mismos.

En este sentido, es fundamental contar con mecanismos de apoyo en la evaluación del riesgo en el momento de tomar cualquier decisión. Este es otro de los puntos en los que han incidido las reformas legislativas de 2015 y las nuevas tendencias jurisprudenciales. Pero queda mucho por hacer. Más específicamente, hay que mejorar mucho en lo relativo a la valoración policial del riesgo para las madres, pero también para los hijos y las hijas que han de ser contemplados como víctimas directas en los contextos de violencia de género. De entrada, muchos de los protocolos existentes y los profesionales encargados de su implementación carecen de la formación y la necesaria perspectiva de género.

Por lo demás, es indispensable darse cuenta de que los Puntos de Encuentro Familiar, tal y como han sido diseñados y utilizados, constituyen más un problema que una solución. En este sentido, estos instrumentos fueron creados con otras finalidades y desde luego no con la finalidad específica de la protección de las víctimas de violencia de género. En definitiva, presentan carencias importantes en la formación específica en violencia de género, lo cual provoca un estrés añadido en las víctimas y puede redundar en nuevos riesgos.

Por tanto, las decisiones judiciales que (a pesar de existir una orden de alejamiento o una condena por violencia de género) optan por conceder o, en su caso, mantener la custodia compartida y el régimen de visitas de los agresores con sus hijas e hijos, pueden suponer un riesgo para la mujer y sus hijos. Por regla general, estas decisiones se limitan a solucionar el problema de las órdenes de alejamiento estableciendo que los contactos entre el agresor y los hijos tengan lugar en los Puntos de Encuentro Familiares; pero estas medidas dada la situación actual de estas instituciones no evitan los riesgos para la víctima y los menores. Los derechos de las madres y sus hijos e hijas exigen evitar estas situaciones de riesgo o, en caso contrario, desarrollar medidas específicas para su protección, algo que por el momento no se da y que obligaría a la coordinación de los diversos ámbitos de protección de las víctimas haciendo que el *three planet model* del que se habla en algunos sistemas⁶² dejen de ser tres ámbitos separados con sus propios discursos y prácticas y lo hagan de una forma coordinada y coherente. En definitiva, que el sistema de protección de los derechos a las víctimas de violencia de género se torne operativo en la práctica.

TERESA PICONTO NOVALES

*Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho,
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
C. Pedro Cerbuna, 12
50009 Zaragoza
e-mail: tpiconto@unizar.es*

⁶² Vid. M. HESTER, "The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children's Safety in Contexts of Domestic Violence", cit., pp. 837-853.