



universidad  
de león



**FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE LEÓN  
CURSO 2021 /2022**

**LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE  
EL DERECHO CIVIL. LAS VÍCTIMAS  
INVISIBLES.**

**GENDER VIOLENCE IN CIVIL LAW.  
THE INVISIBLE VICTIMS.**

**GRADO EN DERECHO**

AUTORA: DÑA. NONIA CARBAJO MATA

TUTORA: DÑA. HELENA DÍEZ GARCÍA

## INDICE

<b>INDICE</b> .....	<b>2</b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>4</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>5</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>5</b>
<b>PALABRAS CLAVE</b> .....	<b>6</b>
<b>KEY WORDS</b> .....	<b>6</b>
<b>OBJETO</b> .....	<b>7</b>
<b>METODOLOGÍA</b> .....	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I. LOS MENORES ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO</b> .....	<b>12</b>
1. La configuración del concepto de violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico. ....	12
2. La situación del menor ante la violencia de género y sus implicaciones en el ordenamiento civil. ....	20
2.1. Los menores como víctimas de la violencia de género.....	20
2.2. La reacción del ordenamiento jurídico. ....	21
<b>CAPÍTULO II. MEDIDAS CIVILES EN LA PROTECCIÓN DEL MENOR. ....</b>	<b>30</b>
1. Consideraciones previas. ....	30
2. Marco civil de la protección del menor en las situaciones de violencia de género. ....	33

2.1. El ejercicio de la patria potestad en los supuestos de violencia de género. .....	33
2.2. La guarda y custodia de los menores en los casos de violencia de género. .....	43
2.3. Régimen de visitas, estancias o comunicaciones. ....	47
2.4. Otras medidas. ....	52
 BIBLIOGRAFÍA .....	 64
 ANEXO JURISPRUDENCIA.....	 69

## **ABREVIATURAS**

BOE: Boletín Oficial del Estado

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales

BOCyL: Boletín Oficial de Castilla y León

CC: Código Civil

Cfr: Confrontar

Cit: Citada

Coord: Coordinador

CP: Código Penal

Dir: Director

Ed: Editorial

FJ: Fundamento Jurídico

LO: Ley Orgánica

Ob: Obra

Pág: Páginas

Ss: Siguietes

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TFG: Trabajo de Fin de Grado

Vid: Véase

## **RESUMEN**

La violencia de género es un tema demasiado actual en nuestra sociedad en el que el legislador sigue, poco a poco, dando pasos en lo que respecta a la aprobación de las necesarias medidas correctoras. Esta terrible realidad no solo afecta a las mujeres, sino también, desgraciadamente, a los menores dependientes de ellas y que necesitan repuestas claras por parte del ordenamiento jurídico y en concreto del ordenamiento civil que regulen en estos casos singulares. Estas medidas afectan a la atribución de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores, al establecimiento del régimen de visitas y comunicaciones y a otro tipo de medidas que afectan a la atribución del domicilio familiar o a las pensiones alimenticias.

La última reforma del Código Civil de 2021 sigue en la buena dirección y su contenido se convertirá en el grueso del problema que pretendemos abordar en este Trabajo de Fin de Grado con el que, en definitiva, pretendemos dar visibilidad a las necesidades y respuestas de nuestro Derecho a los que, en el título hemos denominado “víctimas invisibles” de las situaciones de violencia de género.

## **ABSTRACT**

Gender violence is an issue that is too current in our society in which the legislator continues, little by little, to take steps regarding the approval of the necessary corrective measures. This terrible reality not only affects women but also, unfortunately, the minors dependent on them and who need clear answers from the legal system and specifically from the civil system that regulates these unique cases. These measures affect the attribution of parental authority and the guardianship and custody of minors, the establishment of the visitation and communications regime and other types of measures that affect the attribution of the family home or alimony.

The last reform of the Civil Code of 2021 continues in the right direction and its content will become the bulk of the problem that we intend to address in this Final Degree Project with which, ultimately, we intend to give visibility to the needs and

responses of our Right to those who, in the title, we have called "invisible victims" of situations of gender violence.

### **PALABRAS CLAVE**

Violencia de género, menores, patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y comunicaciones.

### **KEY WORDS**

Gender violence, minors, parental authority, guardianship and custody, visitation and communications regime.

## **OBJETO**

### **Objetivo general**

El objeto de estudio principal del presente Trabajo de Fin de Grado es estudiar las medidas que se aplican en el Código Civil a los menores en los supuestos de violencia de género en cuanto a la atribución de la patria potestad, la guarda y custodia de los menores, el establecimiento del régimen de visitas y comunicaciones y la atribución del domicilio familias, así como con las consiguientes pensiones alimenticias.

La elección del tema de estudio se justifica en la especial relevancia que tiene en la actualidad esta temática y en la importancia que adquiere que los menores, víctimas invisibles de este tipo de situaciones, se conviertan en verdaderos protagonistas que demandan medidas específicas al ordenamiento jurídico y, en particular al ordenamiento civil.

### **Objetivos específicos**

Los objetivos específicos que se han perseguido con la elaboración de este Trabajo han sido:

- Clarificar el propio concepto de violencia de género y cómo ha evolucionado su regulación en nuestro ordenamiento.
- Entender en qué medida el concepto de violencia de género afecta a los menores.
- Analizar la evolución que se ha producido en las reacciones del Ordenamiento Civil ante la problemática a la que se enfrentan los menores víctimas de violencia de género.
- Conocer la jurisprudencia que ha afectado a esta realidad y que ha perfilado la aplicación de la legislación civil.

- Estudiar en profundidad de la reforma y los cambios que se han producido en la última reforma del Código Civil de 2021.
- Analizar los cambios que la reforma ha introducido en el tratamiento de la patria potestad de estos menores.
- Identificar los cambios que la reforma del Código civil ha introducido en cuanto al régimen de guarda y custodia en estos casos.
- Analizar las modificaciones que ha supuesto la última reforma del Código Civil en el régimen de visitas de los menores víctimas de violencia de género.
- Desglosar otras medidas que se han tomado desde Ordenamiento Civil al enfrentarse a este tipo de casos y que afectan al uso de la vivienda habitual, la pensión de alimentos y a cómo se ven afectados los menores en el reparto de las cargas familiares.

## **METODOLOGÍA**

La metodología aplicada en la elaboración de este TFG tiene una doble dimensión: por un lado se ha procedido a aportar un perfil teórico-dogmático del tema objeto de estudio y, por otro, sea llevado a cabo un análisis jurisprudencial del mismo, procurando hacer hincapié en aquella jurisprudencia más actualizada y que ha servido para ir perfilando los artículos del Código Civil que contienen las medidas que se toman en los casos en que los menores se vean afectados por la violencia de género.

Para el análisis teórico del tema se ha procedido a seleccionar, con ayuda de la tutora, aquella bibliografía -manuales, monografías y artículos doctrinales publicados en revistas jurídicas especializadas- que se han ocupado de tratar esta temática, extrayendo de los mismos las notas correspondientes que nos han servido para estructurar la materia tratada y entender la problemática que arrastra la misma. Hemos centrado nuestra atención de forma particular en la doctrina civilista española con la finalidad de llegar a la máxima comprensión del tema estudiado.

Asimismo, la revisión normativa que realizamos con carácter previo a introducirnos en el análisis de las medidas civiles, ha sido de gran ayuda pues nos ha ido aclarando la evolución tanto del concepto de violencia de género, como de cómo acaba afectando dicho concepto a los menores hasta llegar a la última reforma del Código Civil que pretendíamos analizar.

En segundo término, y en cuanto a la vertiente pragmática de la metodología empleada, se ha procedido al análisis de diferentes repertorios jurisprudenciales. El estudio de la jurisprudencia nos ha permitido no solo conocer las soluciones prácticas ofrecidas por los jueces a los casos concretos sino, más allá, extraer diferentes pautas y criterios interpretativos de alcance general que nos han servido para dar soluciones a los diferentes problemas teóricos que se nos ido planteando en el estudio de la cuestión. En concreto hemos manejado y utilizado distinta jurisprudencia y, sobre todo, las Sentencias del Tribunal Supremo que nos han sido de gran ayuda a la hora de resolver las cuestiones más problemáticas que presenta esta materia.

No quiero terminar sin reconocer a mi tutora la profesora Helena Diez García su implicación a lo largo de todo el proceso que ha culminado en la elaboración de este trabajo. Desde el primer momento, me ayudó a acotar el tema a tratar, a delimitar la estructura del trabajo y los temas que debía tratar en el mismo así como la bibliografía y jurisprudencia que he utilizado. Agradezco enormemente su dedicación y su esfuerzo que me han acompañado en la elaboración de mi TFG.

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende dar visibilidad a situaciones en las que, por desgracia, muchas veces, tanto mujeres como menores, se ven envueltos y las posibles soluciones que nuestro ordenamiento jurídico contempla desde la perspectiva del Derecho Civil, para ponerles fin, nos fijamos en concreto en las medidas que el ordenamiento jurídico español establece en casos de violencia de género y que van a tener que ver con la atribución de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores, el establecimiento del régimen de visitas y comunicaciones y la atribución del domicilio familias, así como con las consiguientes pensiones alimenticias.

No obstante, y con carácter previo debe clarificarse el propio concepto de violencia de género y su regulación en nuestro ordenamiento y cómo la misma ha afectado a los menores, punto de partida a la temática que pretende abordarse en este Trabajo de Fin de Grado (en adelante, TFG), para después centrarnos en explicar la evolución que se ha producido en el tratamiento que el ordenamiento civil está dando a los menores cuando se producen estos casos; tratamiento que, como tendremos ocasión de analizar, se ha visto modificado en la reciente reforma del Código Civil de 2021 cuyo contenido se convertirá en el grueso del problema que pretendemos abordar en este trabajo que, en definitiva, pretende dar visibilidad a lo que en el título hemos denominado esas “víctimas invisibles”.

## CAPÍTULO I. LOS MENORES ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

### 1. La configuración del concepto de violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico.

La violencia de género es, a día de hoy, un tema de especial relevancia en nuestra sociedad ya sea por su alto grado de afectación al colectivo de las mujeres, ya por la incidencia sobre los menores a los que este problema repercute muy directamente. Resulta conveniente pues, analizar el contenido de estas tres palabras que, en un primer acercamiento, nos conducen irremediamente a una realidad que está en su propia base: el maltrato a la mujer, maltrato que ha convertido a la protección de estas víctimas, unas y otras, en algo cada vez más importante y de lo que debe ocuparse nuestro ordenamiento jurídico.

Es importante aclarar, para dimensionar bien el problema a tratar, qué considera nuestro Derecho<sup>1</sup> por “violencia de género”, a quiénes afecta y, sobre todo, por qué es tan necesario hacer una diferenciación entre esta violencia y la que se denomina como “violencia doméstica” ya que, no es hasta el año 2004, cuando se empieza a hacer la distinción entre ambas realidades en nuestro Código Penal. Hasta entonces, solo se hablaba de “violencia doméstica”, entendiéndose ésta última como un “cajón de sastre” en el que dar cabida y, por ello, protección, a escasas realidades. Como podremos ver de inmediato, desde 1989 hasta 2004, se estuvo dando vueltas a aspectos relacionados con esta temática sin llegar a profundizar en los problemas reales que comportaban este tipo de situaciones; en parte, porque no es hasta la década de los noventa del siglo pasado<sup>2</sup> cuando empieza a hablarse de “violencia de género”<sup>3</sup> de la mano de en una serie de

---

<sup>1</sup>Debemos aclarar que hasta muy avanzado el siglo XX no hay ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en la normativa internacional por lo que, al menos hasta cierto punto, esta realidad aparecía implícita en el propio concepto de igualdad de género. De hecho, en el debate de la Constitución Europea se excluye la referencia a la lucha contra la violencia de género por entender que se deducía de la igualdad de género recogida como valor en que se fundamenta la Unión Europea. (Cfr. DURÁN FEBRER, M.: “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista Artículo 14. Una perspectiva de género*. Instituto de la Mujer, número 17, diciembre de 2004, págs. 4 y 5).

<sup>2</sup>Se refiere extensamente a ese retraso en la visualización internacional del problema con datos interesantes, ASÚA, A.: “Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en la legislación española”, Capítulo del libro: *Panorama internacional del Derecho de familia*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006. págs. 2 ss., en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11201> (Consultado el 26 de febrero de 2022).

<sup>3</sup>Nos aclara M.J AÑÓN ROIG la pertinencia y necesidad de mantener la categoría “genero” como herramienta metodológica y epistémica y como herramienta para entender la desigualdad. El “Género”,

iniciativas importantes de carácter internacional como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer<sup>4</sup>.

Centrándonos en nuestro ordenamiento interno, la preocupación que en el pasado suscitó este tema en el Ejecutivo se demuestra en un desarrollo normativo bastante escaso que comienza primero en el ámbito penal, donde lógicamente los problemas son más relevantes, para expandirse, con posterioridad, al resto del ordenamiento jurídico. Así, en el orden penal referido debe mencionarse, en primer lugar, cómo la **Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio de actualización del Código Penal**<sup>5</sup> establece por vez primera como delito específico el “maltrato habitual” en la familia, introduciendo en el artículo 425 del Código Penal, el concepto de “*violencia intrafamiliar*” con su respectiva tipificación. Ésta se centraba en tres parámetros: primero, que el sujeto pasivo de dicha violencia fuera el “*cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho*”; segundo, que hubiera “habitualidad” y, tercero, que existiera una “violencia física”. En la práctica esta concepción produjo que solo fuese castigada la violencia que se había ejercido de forma continuada – lo que se traducía en tres actos o más- , y siempre ejercida por parejas actuales, nunca exparejas.

---

señala esta autora “*es un instrumento necesario para arrojar luz sobre supuestos todavía invisibilizados y resulta clave, por ejemplo, para entender la singularidad de la violencia contra las mujeres*” Cfr. ANÓN ROIG, M.J.: “Violencia y discriminación: evoluciones conceptuales”, *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, QUICIOS MOLINA, S./ ÁLVAREZ MEDIDA, S. (Dir.), Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, pág. 47

<sup>4</sup>Aprobada en Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104, del 20 de diciembre de 1993 que, en su artículo 1, define la “violencia contra la mujer” como “*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*”, aprobada en Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104, del 20 de diciembre de 1993 que, en su artículo 1, define la “violencia contra la mujer” como “*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*” NACIONES UNIDAS: Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993, en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx> (Consultado el 26 de febrero de 2022).

<sup>5</sup> «BOE» núm. 148, de 22 de junio de 1989.

No obstante, y pese a que desde una perspectiva actual nos parezca que la norma se quedó muy corta, demuestra la inicial sensibilidad del legislador ante esta temática; sensibilidad que se ha visto reflejada en las iniciativas legislativas posteriores que han ido introduciendo una protección cada vez más específica.

De hecho, la **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de septiembre del Código Penal**<sup>6</sup> mantiene una figura delictiva parecida en el artículo 153, dentro del Título dedicado a las lesiones aumentándose la pena que pasa de arresto mayor a pena de prisión de 6 meses a 3 años; con posterioridad, la **Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995**<sup>7</sup> traslada el artículo 425 al artículo 153 CP, añadiendo como potenciales víctimas de la violencia a los “*hijos del cónyuge o conviviente*”, lo que supone *de facto* la ampliación de la situación de partida, añadiendo a la convivencia derivada del matrimonio, la de análoga relación de afectividad e incluyéndose aquellos supuestos de violencia que se ejercen contra la “*expareja*” habiendo desaparecido el vínculo matrimonial o la situación de convivencia. También se alude al “maltrato psicológico” o la “violencia psíquica” como conducta típica y se regulan unos criterios orientativos para determinar la habitualidad de la conducta (número de actos violentos acreditados y proximidad temporal de los mismos). Con la inclusión de esa violencia psíquica se pasa a tipificar todo tipo de violencia que tenga lugar dentro del núcleo familiar sin que en la práctica esta nueva regulación suponga cambios notorios al tratamiento que hasta esa fecha se había hecho de esta materia.

Por su parte, la **Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros**<sup>8</sup>, trae lo que, a juicio de muchos juristas, ha supuesto el cambio más importante en la regulación de esta realidad y que se refleja en que el contenido del artículo 153, relativo a la violencia doméstica habitual considerada como una conducta que daba origen a meras infracciones leves o faltas, se traslada al artículo 173.2 del mismo Código Penal. Con ello el primero de los preceptos queda vacío de contenido y el delito de “maltrato habitual” pasa a ser considerado como “delito contra la integridad moral” con penas de hasta tres años de prisión y ampliando el círculo de

---

<sup>6</sup> «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

<sup>7</sup> «BOE» núm. 138, de 10 de junio de 1999.

<sup>8</sup> «BOE» núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

sujetos pasivos referentes a la familia y situaciones asimiladas. Con posterioridad, la **Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal**<sup>9</sup> configura los tipos delictivos que integran la tutela penal que nuestro ordenamiento jurídico dispensa al maltrato doméstico en los artículos 171 y 172 a los que se suman otras formas de violencia contra la mujer que pueden encontrarse en los arts. 144 a 146, 149.2, 178 a 184, 187 a 190, 226 y 227 y 318 bis), tutela que se mejora en 2005 con la incorporación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la creación de la fiscalía especializada con el mismo fin<sup>10</sup>.

Para cerrar el ámbito penal debe señalarse que la **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**<sup>11</sup>, conlleva la modificación de la LO 10/1995, de 23 de septiembre del Código Penal, con un refuerzo de la protección especial que ofrece el Código Penal para las víctimas y supone la desaparición de las faltas. Además, incluye a las personas discapacitadas, ya que en ese ámbito se sustituye el término “incapaz” por “discapacitado”<sup>12</sup>. En los artículos 146 y 147.2 del Código Penal se incluye la medida de libertad vigilada. La pena deja de poder sustituirse por multa en casos de violencia de género cuando perjudicaba a la mujer, lo cual bajo mi punto de vista no tiene mucho sentido porque consideramos que siempre ha de suponerse producido un perjuicio cuando resulta acreditada la violencia. También se incluyen como violencia de género el matrimonio forzado, la figura del “stalking”<sup>13</sup>, el quebrantamiento de la pena mediante manipulación del dispositivo o pulsera de alejamiento..., etc.). Además, esta reforma

---

<sup>9</sup> «BOE» núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

<sup>10</sup> Vid. ASUA, A.: “Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en la legislación española”, en, ÁLVAREZ DE LARA, R.M. (Coord.): *Panorama internacional de derecho de familia*, Tomo II, <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/26687>, págs. 913 y ss. (Consultado el 30 de enero de 2022).

<sup>11</sup> «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>12</sup> Este cambio terminológico se debe a la nueva concepción de la discapacidad que resulta de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (Instrumento de ratificación BOE, núm. 96, de 21 de abril de 2008)

<sup>13</sup>El "stalking" significa acecho o acoso. Es la situación que se crea, cuando una persona persigue a otra de forma obsesiva a través de diferentes medios: mensajes, llamadas de teléfono reiteradas, persecución, espionaje... El Código Penal tipifica por primera vez el hostigamiento tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, en su artículo 172 ter) para dar respuesta a una serie de conductas de gravedad, que sin embargo, no podrán ser calificadas como coacciones o amenazas. El principal bien jurídico protegido es la libertad, especialmente la libertad de obrar, aunque también pueden verse lesionados otros derechos como el honor, o la integridad moral. Del mismo modo, se protege la seguridad, es decir, el sosiego de una persona. No obstante, estas conductas sólo adquieren relevancia penal, cuando limitan la libertad de la víctima, sin que puedan incluirse el sentimiento de temor.

trae consigo la inclusión de la agravante de género en el artículo 22.4 del Código Penal la cual causó no poca discusión, ya que algunos juristas se preguntaron si se debía aplicar siempre o solo a relaciones del hombre frente a la mujer.

En definitiva, con las sucesivas reformas del Código penal, se han ido creando nuevos delitos y endureciéndose las penas, lo que también ha conllevado la modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal<sup>14</sup> para crear nuevas posibilidades para la adopción de medidas cautelares<sup>15</sup>.

En paralelo a la regulación en el orden penal, como se ha señalado, se fueron aprobando sucesivos Planes específicos de acción contra la violencia hacia las mujeres, desde el I Plan de acción contra la violencia doméstica (1998-2000)<sup>16</sup>, pasando por los sucesivos II Plan integral contra la violencia doméstica (2001-2004) que culminan en lo que cabría considerar como la propuesta estrella a estos efectos: la aprobación de la **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género** (en adelante, Ley integral 1/2004)<sup>17</sup>. Esta Ley aborda de frente esta problemática tomando el testigo del tratamiento internacional de esta cuestión<sup>18</sup> y abriendo camino a la labor legislativa que han desarrollado las diferentes

---

<sup>14</sup> Cfr. ORTELL RAMOS, M. “Tratamiento de la violencia doméstica en la LECriminal (Un comentario a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de las ODP de las víctimas de violencia doméstica)”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

<sup>15</sup> Desde esta perspectiva resulta de interés GÓMEZ COLOMER, J.L., “Tres graves falencias del estatuto de la víctima del delito cuando la mujer es víctima de violencia doméstica, de género, de tratos vejatorios y humillantes, o de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en *La Víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (Coord. M. DE HOYOS SACHO), Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 23 y ss.

<sup>16</sup> Este Plan aprobado el 30 de abril de 1998 incluye, entre otras medidas, la prohibición de aproximarse a la víctima; la tipificación como delito de la violencia psíquica ejercida habitualmente y la investigación de los hechos, aunque no haya denuncia.

<sup>17</sup> «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

<sup>18</sup> El tratamiento de esta cuestión se aborda en normas posteriores como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 1994 o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing en 1995 preludian el tratamiento que se ha hecho de esta cuestión en nuestro ordenamiento interno, tal y como afirma tempranamente FREIXES SANJUÁN, T.: “Las normas de prevención de la violencia de género. Reflexiones en torno al marco internacional y europeo”, *Revista Artículo 14, Una perspectiva de género*. Instituto de la Mujer. Número 6, Año 2001, págs. 4 y ss. Se refiere extensamente a ese retraso en la visualización internacional del problema con datos interesantes, ASÚA., A.: “Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en la legislación española”, Capítulo del libro, *Panorama internacional del Derecho de familia*, Tomo II, págs. 2 ss. en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11201> (Consultado el 2 de marzo de 2022).

Comunidades autónomas, algunas de las cuales, como ha sido el caso de Castilla y León<sup>19</sup>, han ido aprobando leyes acerca de esta materia<sup>20</sup>.

Esta norma comienza a hablar claramente de “*violencia de género*”<sup>21</sup> frente a la violencia doméstica a la que venía refiriéndose el artículo 153 del Código Penal; en esta línea, señala en su Exposición de Motivos expresamente que “*quiere proteger a la mujer siempre de la dominación del hombre*” para lo que asume por objeto actuar contra la violencia de género que es la que se ejerce sobre las mujeres<sup>22</sup> “*por el hecho mismo de serlo*”<sup>23</sup> con la intención de perpetuar un sistema de valores sociales muy enraizados en los que el varón se sitúa en una posición de absoluta superioridad<sup>24</sup>. Para ello se establecen medidas de protección integral con la finalidad de prevenir, sancionar

---

<sup>19</sup> En concreto, la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León (BOCyL de 20 de diciembre de 2010).

<sup>20</sup> Entre las que cabe mencionar, además de la de nuestra Comunidad autónoma., *vr. gr.* la Ley de prevención de malos tratos y protección de las mujeres maltratadas de Castilla la Mancha (2001), la Ley Foral 22/2002 de 2 de julio para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista (modificada por la Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio), de Navarra; la Ley 16/2003 de 8 de abril de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género de Canarias; la Ley 1/2004 de 1 de abril, Integral para prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas de Cantabria; o la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género en Murcia, de 13 de marzo de 2006.

<sup>21</sup> Conforme señala MAQUEDA ABREU “...*la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal*”. En MAQUEDA ABREU, M. L.: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, 2006, pág. 1, que puede verse en <http://criminnet.ugr.es/recpc> (Consultada el 2 de febrero de 2022).

<sup>22</sup> De hecho, la doctrina se ha venido quejando de que este tipo de violencia no estaba reconocida socialmente (Cfr. MELERO, N.: “Reivindicar la igualdad de mujeres y hombres en la sociedad: una aproximación al concepto de género”, *Revista Barataria*, núm. 11, 2010, págs. 73 y ss. y YUGUEROS GARCÍA, A.J.: “La protección de las menores víctimas de violencia de género en España”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 70, Abril de 2016, págs. 38).

<sup>23</sup> Ha de distinguirse esta violencia de la de género de la violencia doméstica “*porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia*” (Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L.: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *ob., cit.*, pág.3); y es que, como aclaran M., y J.A LORENTE ACOSTA, “*a la mujer no se le maltrata por ser madre, novia o ama de casa, sino por ser mujer, por ello es importante delimitar conceptualmente la violencia que se ejerce sobre la mujer, ya que al denominarla incorrectamente (por ejemplo como “violencia doméstica” o “violencia familiar”) se está relacionando sólo con un ambiente concreto, el familiar o doméstico, y de ahí se puede pasar con relativa facilidad a limitarlo a determinados tipos de familia, a ciertas circunstancias, a algunos hombres que son enfermos, alcohólicos o especialmente violentos, o también a mujeres que los provocan*” (Cfr. LORENTE ACOSTA, M. y J.A.: *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*. Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 85).

<sup>24</sup> Sobre este tema en particular remitimos a BOURDIEU, P.: *La dominación masculina*. Anagrama. Barcelona. 2000, particularmente, págs. 21 y 22.

y erradicar este tipo de situaciones<sup>25</sup>, incorporando otras de sensibilización ciudadana y de prevención, y consagrando los derechos económicos<sup>26</sup> y laborales para las mujeres víctimas de violencia de género<sup>27</sup>.

Además, la Ley Integral de 1/2004 condena todo acto de violencia<sup>28</sup>, física o psicológica incluyendo, además, la vulneración de la libertad sexual, las amenazas, coacciones y la privación arbitraria de libertad lo que supone un gran avance para la sociedad española convirtiéndola en el máximo exponente contra este tipo de violencia, frente a la que el ordenamiento jurídico debe ofrecer los instrumentos adecuados desde cualesquiera de sus ramas jurídicas (civil, penal, laboral, administrativa o fiscal) que permitan establecer estrategias que palién la situación de aquellas mujeres que se ven sometidas a la misma. Y todo ello en el bien entendido de que socialmente ha de considerarse esta realidad- el que exista violencia de género- como una discriminación, una desigualdad y, muchas veces, un preludio de exclusión al que el Derecho ha de dar respuesta.

Desde la entrada en vigor de la Ley integral 1/2004, se aprueban el Plan nacional de sensibilización y prevención de la violencia de género (2007-2008) y el Plan de atención y prevención de la violencia de género en población extranjero

---

<sup>25</sup>Situaciones en las que el maltratador con su conducta violenta no pretende únicamente ocasionar unas determinadas lesiones, sino más allá, aleccionar a la mujer, para dejarle claro que él tiene la autoridad en la relación colocándola en una posición de subordinación y sumisión a este hombre (Cfr. LORENTE, M. (2004). "La violencia contra las mujeres un problema social", *Actas de las IV Jornadas: la violencia doméstica y sus efectos en el ámbito laboral*. Granada, 2004). Se trata de que el hombre ejerza a través de la violencia una dominación directa y ejemplar, porque produce pánico de manera anticipada, parálisis, control o daños, según su intensidad (Vid. BONINO, L: "Las microviolencias y sus efectos", *Revista argentina de clínica psicológica*, VIII, 1999, págs. 221 y ss.)

<sup>26</sup> Resulta interesante este aspecto de la autonomía económica que debe garantizarse a las mujeres en estas situaciones, tema del que se ocupa en profundidad UNDURRAGA VALDÉS, V.: "Violencia contra las mujeres en la familia, autonomía económica y políticas públicas", *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, en QUICIOS MOLINA S., Y ALVAREZ MEDINA, S. (dir.), Aranzadi, 2019, págs. 71 y ss.

<sup>27</sup> Contempla una serie de derechos para las víctimas de violencia de género como serían el derecho de información, asistencia social integral y asistencia jurídica gratuita pero también derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social o también derechos económicos.

<sup>28</sup> La violencia de género, como afirma PLAZA VELASCO, no es simplemente una violencia física que se ejerce sobre la mujer, sino que manifiesta las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres a lo largo de la historia que tienen su origen en unas pautas culturales que, a su vez, van unidas a otros factores como son la raza, clase y etnia. Por ello, la violencia de género se identifica con toda una serie de violencias que se ejercen contra la mujer por el hecho de serlo, una violencia simbólica que se ejerce de manera invisible sobre toda la sociedad a través de pautas que se forman a través de representaciones culturales como pueden ser el cine, el teatro, el arte o la música que en muchas ocasiones exponen y justifican situaciones de dominación sobre la mujer Cfr. PLAZA VELASCO, M.: "Sobre el concepto de "violencia de género. Violencia simbólica, lenguaje, representación", *Revista electrónica de literatura comparada*, núm. 2, 2007, págs. 132-136.

inmigrante (2009-2012) que, desde un concepto más amplio de violencia de género<sup>29</sup>, prevén medidas en el ámbito educativo<sup>30</sup>, en la publicidad y los medios de comunicación<sup>31</sup> o en el ámbito sanitario<sup>32</sup>; asimismo, a las mujeres víctimas de violencia se les garantizan determinados derechos que van desde el más genérico de acceso a la información sobre las medidas que les afectan, a determinados derechos relacionados con una asistencia social integral que corresponde a los Entes territoriales en coordinación con Cuerpos de Seguridad, Jueces de Violencia contra la Mujer, servicios sanitarios e instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas. Es importante señalar que a los menores bajo patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida, también se les reconoce el derecho a esta asistencia social integral.

De forma más reciente, la Estrategia nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer (2013-2016), o el Pacto de Estado contra la violencia de género (2017) también han seguido en una misma línea de acción intentando erradicar esta lacra que pese a que actualmente se identifica plenamente sigue siendo un problema de gran importancia social que deben abordar nuestros poderes públicos haciéndole frente desde todos los prismas posibles porque, como recientemente ha dicho HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, *“la tragedia de la violencia de género que estamos viviendo cada día no se resolverá solo, ni principalmente, con una apelación al derecho penal”*<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> No restringido a la violencia dentro del ámbito de la pareja prevé medidas vayan dirigidas, no sólo a las mujeres, sino a la sociedad en su conjunto y a los hombres.

<sup>30</sup> En el ámbito educativo las medidas son muy diversas entre las que destacan: incluir como fines de la formación y a todos los niveles educativos, la educación en igualdad entre hombres y mujeres y el aprendizaje de la prevención y resolución pacífica de conflictos; eliminar estereotipos sexistas en los materiales educativos; prever la formación inicial y permanente del profesorado en materia de igualdad o la integración en los Consejos Escolares de personas destinadas a impulsar medidas educativas para fomentar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres o asegurar la representación del Instituto de la Mujer y de organizaciones de mujeres con implantación en todo el territorio nacional en el Consejo Escolar del Estado.

<sup>31</sup> Respecto a la publicidad y los medios de comunicación se considera ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio de acuerdo con la Ley 34/1988 de 11 noviembre General de Publicidad; se enumera qué instituciones u organismos tendrán legitimación activa para solicitar la cesación o rectificación de esta publicidad discriminatoria. Eso sí resulta sorprendente la limitación que establece la ley, que reconoce legitimación activa a las asociaciones que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer.

<sup>32</sup> En el ámbito sanitario destacan medidas de sensibilización y formación del personal sanitario para mejorar e impulsar el diagnóstico precoz, la asistencia y rehabilitación de las mujeres; se prevé la creación de una Comisión contra la violencia de género en el seno del Consejo Interterritorial del sistema Nacional de Salud que apoye, oriente y proponga medidas para que el sector sanitario contribuya a la erradicación de la violencia contra las mujeres.

<sup>33</sup> Cfr. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L.: “Víctimas y Derechos”, *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, ob., cit., pág. 43.

Seguramente por ello, se siguen haciendo esfuerzos como lo demuestra que el pasado 22 de mayo de 2022 se aprobase en el Congreso el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual que evidencia como nuestros gobernantes canalizan la sensibilidad social en esta materia<sup>34</sup>.

Particularmente nos interesa en este TFG el problema que supone en un contexto de violencia de género, la situación de los menores que, como veremos de inmediato, se convierten en las víctimas del fuego cruzado en este tipo de situaciones y que por su vulnerabilidad deber ser objeto de especial protección. Así, los Poderes públicos han de priorizar la protección de los menores, dentro y fuera de ese primer núcleo básico de convivencia siguiendo el mandato constitucional de velar por la familia en general, y por los menores que se integran en ella.

## **2. La situación del menor ante la violencia de género y sus implicaciones en el ordenamiento civil.**

### ***2.1. Los menores como víctimas de la violencia de género.***

Es fácil darse cuenta de que los menores pueden convertirse en claras víctimas de situaciones de violencia de género en las relaciones de pareja o de expareja en la medida en que el sujeto activo de estos hechos suele ser el hombre pareja o expareja de la madre que, en la mayoría de los casos, también es el padre de los menores.

Precisamente, poner el foco en esta realidad nos obliga a adentrarnos en aquellas medidas que el ordenamiento jurídico ha establecido y que conducen a la protección social y legal de estos menores. La adopción de tales medidas ha protagonizado las últimas reformas legislativas internas en las que los hijos de mujeres víctimas de violencia de género en las relaciones de pareja o expareja, pasan a ser víctimas directas de esta violencia<sup>35</sup>, intentando salvaguardar la familia como espacio de socialización

---

<sup>34</sup>BOCG Serie A, núm. 62-5, 22 de mayo de 2022) que espera a su tramitación en el Senado y que se conoce popularmente como la ley del solo sí es sí.

<sup>35</sup> Cfr. SAVE THE CHILDREN: “En la violencia de género no hay una sola víctima. Atención a los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género”, 2011, en [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia\\_de\\_genero\\_victima.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia_de_genero_victima.pdf) (Consultado el 11 de marzo de 2022).

saludable y de bienestar protegido constitucionalmente<sup>36</sup>, y no como un lugar de tormento y desequilibrio en todos los órdenes<sup>37</sup>.

Y es que, como ha advertido la doctrina acerca de la violencia de género, “*no se ha de olvidar que esta tiene una fuerte repercusión sobre los hijos menores de las mujeres víctimas o incluso sobre las personas dependientes de ellas*”<sup>38</sup>, en la medida en que más que contra la mujer o además de ella, los agresores atentan contra la vida de los menores en el ámbito familiar, convirtiéndoles en lo que algunos autores han denominado “víctima familiar”<sup>39</sup>; en definitiva, y en demasiadas ocasiones, “víctimas invisibles”.

## **2.2. La reacción del ordenamiento jurídico.**

Se reconoce, pues, que los menores pueden sufrir daños y estar en peligro por las situaciones de violencia llevadas a cabo por el agresor, convirtiéndose, como señala DIEZ GARCÍA “*en la diana de los actos de violencia de género, a veces como víctimas directas y, otras, como instrumentos de coerción sobre las mujeres*”<sup>40</sup> evidenciando que los hogares pueden ser conflictivos como recoge la propia Exposición de Motivos de la Ley de Medidas Integral de 2004 que les señala como víctimas directas o

---

<sup>36</sup> La Constitución española de 1978 determina las garantías de protección social a la familia y a los menores que se integran en la misma. En concreto, el artículo 39 dispone que “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.; 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda y 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Este precepto motiva que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre modificase los artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que trataban la protección de menores («BOE» núm. 275, de 17 de noviembre de 1987), materia que tiene posterior desarrollo en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor («BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996). Esta norma efectuaba un pleno reconocimiento a los menores como titulares de derechos y, de igual manera, establecía unos principios que debían seguirse ante situaciones de desamparo de los menores como señala RIVERA ÁLVAREZ. J.: “La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección social jurídica del menor, algunas consideraciones relevantes”, *Cuadernos de trabajo social*, núm. 10, 1997, pág. 76.

<sup>37</sup> Cfr. DE PEÑAFLOR R. y ARBULO, B.: “El traslado ilícito de menores: aspectos jurídicos y psicológicos”. *Revista Psicopatología Clínica, legal y Forense*. Vol. 2, núm. 3, 2009, págs. 109 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 4, 2013, pág. 59.

<sup>39</sup> Vid. VILLANUEVA BADENES, L., GÓRRIZ, A.B. y CUERVO, K.: “Cuando el menor es víctima de la violencia”, *Revista Electrónica de Motivación y Emoción (REME)*, vol., 12, núm. 32-33, 2009, <http://reme.uji.es/articulos/numero32/article5/texto.html>. (Consultado el 9 de febrero de 2022).

<sup>40</sup> En DIEZ GARCÍA, H.: “Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género”, *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, ob., cit., pág. 203.

indirectas<sup>41</sup>. Esta Ley contempla su protección, no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer; de ahí que, por ejemplo, su artículo 19 reconozca el derecho a la asistencia social integral para la mujer y para los menores de edad que se encuentran sujetos a la patria potestad o guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o que en su Título IV, en el que se regula la tutela penal en los denominados delitos de violencia de género, el legislador agrave la pena, entre otros casos, cuando los hechos “*se perpetren en presencia de menores*”<sup>42</sup>.

En definitiva, desde la entrada en vigor de esta Ley los menores resultan especialmente protegidos. Sin embargo, esta protección resultaba insuficiente<sup>43</sup> como demostró la aplicación práctica de esta norma<sup>44</sup>, lo que motiva que la **Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia**<sup>45</sup>; Esta norma ha reformado la Ley Integral de Medidas en lo que ha resultado ser un avance cualitativo en cuanto a la protección de estos menores en situación de vulnerabilidad extrema<sup>46</sup> atendiendo a la demanda social<sup>47</sup> en la medida en

---

<sup>41</sup> Cfr. CORTADA CORTIJO, N.: “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la Lo 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”, *La protección de la Víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, (ROMERO BURILLO, A.M. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2016, págs. 363 y ss., y en el mismo volumen TOLDRÁ ROCA, D.: “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (II). La protección de menores: encrucijada judicial”, págs. 379 y ss.

<sup>42</sup> En concreto, los relativos a los artículos 153.3; 173.2; 171.5 y 172.2 del Código Penal.

<sup>43</sup> Como lo demuestran numerosos casos en los últimos años de progenitores que asesinan a sus hijos, o que los sustraen del domicilio habitual incumpliendo gravemente una resolución judicial, instrumentalizando así a los menores ante la ruptura de pareja que han provocado gran alarma social y ha evidenciado las carencias del sistema. Estos datos son fácilmente cotejables a través del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial o por los que facilita la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.

<sup>44</sup> Cfr. DIEZ GARCÍA, H.: “Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género”, ob., cit., pág. 204.

<sup>45</sup> «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

<sup>46</sup> España forma parte de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (Disponible en [https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/CDN\\_06.pdf](https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/CDN_06.pdf)) ratificada por el Estado español el 30 de noviembre de 1990 («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), y en ese marco sigue aprobando medidas encaminadas a la protección de los menores que se hallan en una especial situación de vulnerabilidad que en el caso de las situaciones de violencia de género resulta evidente. Con posterioridad, la importancia de salvar a los menores y velar por su bienestar dio lugar a que Europeo aprobase la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, promulgando la Carta Europea de los Derechos del Niño, que acentúa la gran importancia que tiene la familia en el desarrollo de los menores. Las Decisiones 293/2000/CE, 803/2004/CE y 779/2007/CE, se preocupan de establecer planes específicos con la finalidad de prevenir y combatir la violencia y proteger a las víctimas y grupos de riesgo, incluyéndose en los mismos a los menores de edad.

<sup>47</sup> Cfr. SAN SEGUNDO MANUEL, T.: “Incidencia de la violencia de género en el ámbito civil de la familia y los menores. Intercambio de experiencias y unificación de criterios”, *CGPJ, Cuadernos digitales de formación*, núm. 25, Año 2010.

que ha pasado a regular las situaciones que, objetivamente, suponían un peligro para sus vidas<sup>48</sup>. De hecho, el contenido de esta norma se encamina a garantizar la protección de estos menores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema, situación mucho más común de lo que parece, pues, como recoge la Macroencuesta de Violencia contra la mujer de 2015 *“en más de la mitad de los hogares en los que la mujer ha sido víctima de violencia física o económica, vivían menores (52,2% y 51,2%, respectivamente), cifras que descienden a los valores inferiores para la violencia psicológica, ya sea de control (44,1%) o emocional (43,5%)”*<sup>49</sup>.

Por su parte, idéntica Macroencuesta de Violencia de la Mujer para 2019 corrobora que gran parte del maltrato psicológico a la mujer se realiza a partir de amenazas contra sus hijos<sup>50</sup> que desgraciadamente a veces pueden hacer efectivas llevándolas al límite<sup>51</sup>.

Concretando, tras esta reforma normativa el artículo 1.2 de la Ley de Medidas integral 1/2004 integra de forma expresa tanto a los hijos menores como a los menores sujetos a la tutela, guarda o custodia como “víctimas directas”<sup>52</sup> también de estos ilícitos penales en el contexto de las relaciones de pareja o expareja. Pese a su apariencia de reforma menor, este cambio resulta sustancial al procederse a la equiparación del menor que vive y presencia la violencia con la mujer que la sufre. No obstante, se critica por la

---

<sup>48</sup> La gran mayoría de atentados contra la vida de estos menores se han llevado a cabo, precisamente, cuando se hallaban en cualquiera de las situaciones que se recogen en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004, que antes hemos mencionado, por lo que no es exagerado señalar que esta reforma normativa fue un verdadero avance para la seguridad de los niños inmersos en este tipo de realidades de violencia de género.

<sup>49</sup> Cfr. Macroencuesta de Violencia contra la mujer de 2015 que realiza la Delegación del Gobierno para la Violencia de género (Capítulo 8, pág.165). Este documento puede consultarse en: [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro\\_22\\_Macroencuesta2015.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf)

<sup>50</sup> En la Macroencuesta de violencia contra la mujer 2019, que realiza la Delegación del Gobierno para la violencia de género puede verse que las amenazas van desde hacerles daños a quitárselos (Vid. Capítulo 3, págs. 35 y ss.).Este documento puede consultarse en ([https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta\\_2019\\_estudio\\_investigacion.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf)).

<sup>51</sup> Entre 2013-2021 un total de 46 menores han sido víctimas mortales de la violencia de género ( Cfr. [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores\\_2021.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores_2021.pdf)

<sup>52</sup> Parte de la doctrina se había pronunciado antes de esta reforma acerca de la necesidad que los menores tuvieran la consideración de víctimas directas como es el caso de B. SILLERO CROVETTO quien señaló que se *“minimizan las conductas violentas del padre-agresor, tratando a los menores como «víctimas indirectas» de la situación de violencia de género, lo que supone ignorar su afectación directa, de ahí que en contados casos se suspenden las visitas con el maltratador, a pesar de ser una medida prevista expresamente en la Ley Integral como mecanismo para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz a la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de la violencia de género”* en su trabajo *“Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer”*, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 54, 2012, pág. 31.

doctrina<sup>53</sup> que, aunque esta medida consigue dar visibilidad a este grave fenómeno, el nuevo estatus de víctima directa no tiene ninguna consecuencia jurídica añadida, en la medida en que los menores no sufren alteración de los derechos que ya la propia Ley les reconocía, ni se les han otorgado más prestaciones, ni se han incluido nuevas medidas destinadas a su protección. Especialmente crítica se manifiesta MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS “*el nuevo estatus posee una función simbólica, parece que simplemente se persigue tranquilizar a la sociedad frente a los casos mediáticos de menores asesinados por los padres o parejas de la madre*”<sup>54</sup>.

En todo caso, y en lo que nos interesa resaltar aquí, una vez asumidos como sujetos protegibles en el articulado de la norma<sup>55</sup>, se reforma y establece un régimen de protección que se centra en el régimen de visitas, estancias y comunicaciones del hombre inculpado por violencia de género con respecto de estos menores. Con ello, como señala DIEZ GARCÍA se evidencia claramente “*la voluntad legislativa de que el juez, en todo caso, se pronuncie y lo haga ponderando el interés del menor ( art 2 LO 1/1996) en el supuesto concreto de acerca de la conveniencia de mantener la potestad del investigado sobre él; sobre su ejercicio, cuando no aprecie motivo de suspensión y también acerca de la oportunidad o, más bien, del riesgo de conservar las relaciones de éste con el menor que dependa de él*”<sup>56</sup>”

De esta forma, el artículo 61.2 de esta norma queda redactado como sigue: “*en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de*

---

<sup>53</sup> Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “Menores y violencia de género Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género”, *InDret*, núm. 2/2018, pág. 6.

<sup>54</sup> *Ídem*.

<sup>55</sup> Es importante destacar que, como afirma H. DIEZ GARCÍA, “*igualmente, desde el punto de vista civil, la mera existencia de indicios fundados de violencia doméstica era ya, causa bastante para eludir la implementación de una guarda y custodia compartida (art. 92.7 CC)*” “*cuestión que todavía quedaba más clara para el legislador catalán en el art 233-11.3 CCCAT ( Cfr. DIEZ GARCÍA, H.: “Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género”, ob., cit., pág. 206-207),*

<sup>56</sup> Cfr. DIEZ GARCÍA, H.: “Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género”, ob., cit., págs. 217 y 218.

*cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fuera precisas”* Con esta nueva redacción se dota de una mayor claridad al contenido de este precepto ya que, a la vista de su lectura vemos que impone la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en especial sobre las civiles que afectan a menores que dependen de la mujer víctima de violencia de género<sup>57</sup>.

Por su parte, el artículo 65, que nos interesa especialmente, regula las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores al siguiente tenor: *“el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”*<sup>58</sup>.

Obviamente, y como veremos con posterioridad, parece que legislador lo que hace es reforzar con un plus<sup>59</sup> la seguridad de estos menores vinculados a la mujer víctima de esta violencia de género<sup>60</sup> que, además, se acentúa con lo previsto en el artículo 66 de

---

<sup>57</sup> Cfr. CASADO CASADO, B.: “Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, julio 2019, pág. 105.

<sup>58</sup> En su redacción anterior sólo se hacía referencia a que el Juez “*podrá suspender*” para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o la guarda y custodia, y ahora se redacta de manera más imperativa para establecer que el Juez “*podrá suspender*”, pero “*deberá pronunciarse en todo caso*” sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad o la guarda y custodia.

<sup>59</sup> Así lo señalaba en el momento en el que se produjo la reforma YUGUEROS GARCÍA, A.J.: “La protección de las menores víctimas de violencia de género en España”, ob., cit., pág. 46.

<sup>60</sup> Es conveniente anotar, asimismo, que el artículo 64 de esta LO/1/2004, al que se ha hecho referencia anteriormente, contemplaba ya importantes medidas, que, como decimos, se ven ahora reforzadas: “*De las medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones. 1. El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo; 2. El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar a que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen; 3. El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal; 4. La medida de alejamiento podrá acordarse con independencia de que la*

la misma norma en el que establece una medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores señalando a tal efecto que “*el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución*”<sup>61</sup>. Si bien se trata de una potestad discrecional judicial, con esta redacción se hace más visible a nivel normativo la necesidad de proteger al menor.

En definitiva, con ambos preceptos la Ley entra a regular por fin la ordenación de la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores<sup>62</sup>, y no solo eso sino que aborda también, la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores<sup>63</sup>. Esto realmente supone un gran hito en lo que se refiere a la protección y la seguridad que el ordenamiento jurídico ha de brindar a los más vulnerables, a esas víctimas invisibles que hasta esta reforma normativa estaban a merced de los maltratadores.

Por su parte, la **Ley 26/2015 de 28 de julio de Protección a la Infancia y la Adolescencia** modifica también el artículo 158 del Código Civil añadiendo dos nuevos apartados, (cuarto y quinto), como medida judicial civil general: el establecimiento de la prohibición de aproximarse al menor por parte de sus progenitores, al domicilio, centro educativo u otros lugares que frecuente, la prohibición de comunicarse o mantener

---

*persona afectada, o aquéllas a quienes se pretenda proteger, hubieran abandonado previamente el lugar; 5. El Juez podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal; 6. Las medidas a que se refieren los apartados anteriores podrán acordarse acumulada o separadamente”.*

<sup>61</sup>La anterior redacción hacía referencia igual a que el Juez “*podrá suspender*” el régimen de visitas y comunicación a la que ahora añade que “*deberá pronunciarse en todo caso*” sobre la forma en que se ejercerá el mismo y adoptará las medidas necesarias para asegurar la integridad, seguridad y recuperación de los menores y de la mujer y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

<sup>62</sup> Se ocupa de este análisis DIEZ GARCÍA, H.: “Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género”, ob., cit., págs. 218 y ss.

<sup>63</sup> *Idem*, págs. 223 y ss.

contacto escrito, verbal o visual, en virtud de cualquier medio, respetando siempre en ambos casos el principio de proporcionalidad<sup>64</sup>.

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

De forma reciente, la aprobación de la **Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia**<sup>65</sup> ofrece una perspectiva integral en la lucha contra cualquier tipo de violencia ejercida contra los menores<sup>66</sup> que define como toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación (especialmente la violencia digital).

---

<sup>64</sup> De la misma forma la Ley 26/2015 modificó el art. 11 y 12 de la anterior LOPJM para establecer como principios rectores de la actuación pública *“La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso (art. 11.2 i) LOPJM)”*. *“Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación”* (art. 12.3 LOPJM).

<sup>65</sup> «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021.

<sup>66</sup> También denominada *“Ley Rhodes”* incorpora a nuestro ordenamiento los artículos 3, apartados 2 a 4, 6 y 9 párrafos a), b) y g) de la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Sin entrar a analizar esta norma que excedería la finalidad de este TFG, si queremos evidenciar que la misma intenta erradicar la presencia de cualquier comportamiento violento en el ámbito familiar. A tal efecto, intenta, escuchando a los menores, impedir incluso que cualquier interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental<sup>67</sup>, puedan ser tomados en consideración. En concreto, en el Capítulo III del Título III que esta norma dedica al ámbito familiar se establece la obligación de las Administraciones de prestar a las familias, en sus múltiples formas, apoyo para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo, impulsando medidas de política familiar encaminadas a apoyar los aspectos cualitativos de la parentalidad positiva en progenitores o quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento (artículos 26 y 27). Asimismo, se presta especial atención a la protección del interés superior de los niños y adolescentes en los casos de ruptura familiar, con el fin de garantizar que la ruptura de los progenitores no implique consecuencias perjudiciales para el bienestar y el pleno desarrollo de los mismos. De hecho, se modifica el artículo 92 del Código Civil para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia.

Tampoco deja de lado la Ley a los menores que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género. A tal respecto, el artículo 29 de esta Ley, intitulado “*Situación de violencia de género en el ámbito familiar*” señala de forma expresa que: “*1. Las administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género, garantizando la detección de estos casos y su respuesta específica, que garantice la plena protección de sus derechos.*

*2. Las actuaciones de las administraciones públicas deben producirse de una forma integral, contemplando conjuntamente la recuperación de la persona menor de edad y*

---

<sup>67</sup> Para ayudar a dimensionar bien este problema puede verse esta cuestión remitimos a SEGURA, C., GIL, M.J. y SEPÚLVEDA, M.A.: “El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”, *Cuadernos de medicina forense*, Núm..43-44, ene./abr. 2006 disponible en [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s1135-76062006000100009](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1135-76062006000100009) (consultado el 20 de abril de 2022).

*de la madre, ambas víctimas de la violencia de género. Concretamente, se garantizará el apoyo necesario para que las niñas, niños y adolescentes, de cara a su protección, atención especializada y recuperación, permanezcan con la mujer, salvo si ello es contrario a su interés superior”<sup>68</sup>.*

Al hilo de ello, se retocan algunos artículos más del Código Civil entre los que nos interesa destacar<sup>69</sup> el artículo 158 del Código Civil que se modifica con el fin de que el Juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o el ejercicio de la guarda y custodia o del régimen de visitas y comunicaciones, con la clara finalidad de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

Como acabamos de ver, la aprobación de normativa general va provocando los correspondientes ajustes en la legislación civil que se va adaptando para garantizar la mejor protección a los menores. Precisamente, las medidas que se han ido adoptando al hilo de los avances normativos serán el objeto de estudio del siguiente capítulo.

---

<sup>68</sup> Se añade acto seguido que “*Para ello, los servicios sociales y de protección de la infancia y adolescencia asegurarán: a) La detección y la respuesta específica a las situaciones de violencia de género; b) La derivación y la coordinación con los servicios de atención especializada a menores de edad víctimas de violencia de género. Asimismo, se seguirán las pautas de actuación establecidas en los protocolos que en materia de violencia de género tienen los diferentes organismos sanitarios, policiales, educativos, judiciales y de igualdad*”.

<sup>69</sup> Pese a su relación más colateral también queremos evidenciar cómo se modifica el artículo 154 del Código Civil con la finalidad de establecer con claridad que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad forma parte de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado del menor, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación con su guarda o custodia.

## CAPÍTULO II. MEDIDAS CIVILES EN LA PROTECCIÓN DEL MENOR.

### 1. Consideraciones previas.

En la medida en que nuestra finalidad es analizar la protección que el ordenamiento civil brinda a los menores sometidos a violencia de género cumpliendo con ello el principio del “interés superior del menor” (“*favor filii o favor minoris*”)<sup>70</sup>, resulta preciso concretar que dichos menores han de encontrarse bajo la patria potestad o la guarda y custodia de aquellos progenitores que se encuentran inmersos en este tipo de situaciones. Debe aclararse que la patria potestad, se identifica en nuestro Derecho<sup>71</sup> con los derechos y deberes que ostentan los progenitores de menores no emancipados<sup>72</sup> con fundamento en las relaciones paterno-filiales y que resulta intransferible<sup>73</sup>. Con este reconocimiento y los derechos y deberes que lleva aparejados cabría decir que el ordenamiento jurídico vela por la protección y el interés de los menores. La guarda y custodia, por su parte, consiste en “*convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores de edad*” que, conforme a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil, puede ejercerse por ambos progenitores o solo uno de ellos- en casos en los que en

---

<sup>70</sup> El propio Tribunal Constitucional destaca que este principio es el que debe actuar como criterio básico y preferente en los procedimientos en materia de familia constituyendo uno de sus elementos imperativos Cfr. STC 4/2001, de 15 de enero (ECLI:ES:TC:2001:4)

<sup>71</sup> En nuestro ordenamiento queda regulada en el artículo 154 del Código Civil, que a este respecto señala que “*Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2.º Representarlos y administrar sus bienes; 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.*”

<sup>72</sup> Los receptores de la misma son los menores no emancipados exclusivamente, ya que menores emancipados y mayores de edad quedan fuera de ésta. Antes de la reforma del Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica («BOE» núm. 132, de 3 de junio de 2021), la patria potestad también comprendía lo establecido en el artículo 323 del Código Civil, pero éste quedó derogado pues la figura de la curatela se ha eliminado.

<sup>73</sup> LASARTE ALVÁREZ, C: *Derecho de familia*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.

interés del menor el juez, de forma excepcional, prive al otro de ella<sup>74</sup>- y también, a diferencia de la patria potestad por un tercero<sup>75</sup> .

Precisamente, y como se ha visto en el capítulo previo, en los casos de violencia de género el ordenamiento jurídico prevé la adopción de una serie de medidas que afectan a la mujer y a los menores dependientes de ella. Es importante aclarar que la competencia para el conocimiento de este tipo de supuestos donde se constara la existencia de un caso de violencia de género corresponde en exclusiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, antes mencionados, que evitan contradicciones entre las medidas civiles y penales que deben tomarse en estos casos para proteger a las víctimas.

Para ello se les confiere competencia en materia de filiación, maternidad y paternidad, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sobre medidas que versen sobre la guarda y custodia de los hijos de forma que, dadas las circunstancias, en relación a los menores, pueden decidir acerca de la suspensión o privación de la patria potestad al padre y hasta del régimen de visitas y de comunicación con el menor en un plano de protección integral<sup>76</sup>; no obstante, es en el establecimiento de la guarda y custodia donde el juez debe tener mayor cautela debiendo adoptar la medida que resulte más favorable para el interés del menor que, en todo caso, resultará prioritario frente al interés de las demás partes, ya que por su falta de capacidad, no puede defenderse por sus propios medios<sup>77</sup> y, por ello ha de ser protegido plenamente por el ordenamiento jurídico<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 21 y ss.

<sup>75</sup> Queda recogida en el artículo 92 del Código Civil, del cual podemos deducir que las obligaciones generadas en cuanto a los hijos nunca van a depender de si los progenitores están casados o si, por el contrario, estamos ante una situación de separación nulidad y divorcio y que estando ante esta última situación en caso de falta de acuerdo será el juez el que establezca cómo van a ejercer esta guarda y custodia conforme al interés del menor. (Puede verse desarrollada esta cuestión en RAGEL SÁNCHEZ, L.F: “La guarda y custodia de los hijos”. *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, pág. 282)

<sup>76</sup> Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. (M. DE HOYOS SANCHO Dir.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 261 y ss.

<sup>77</sup> Lo que no impide que deba ser oído y “escuchado” como ha señalado el propio Tribunal Constitucional en el FJ5 de su Sentencia de 141/2000 de 29 de mayo (ECLI:ES:TC:2000: 141) estimándose la vulneración de la tutela judicial efectiva cuando así no se lleva a cabo (Cfr. el FJ5 de la STC 221/2002, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TC:2002:221) o el FJ7 de la STC 71/2004 de 19 de abril (ECLI:ES:TC:2004:71), entre muchas otras.

<sup>78</sup> Algunos ordenamientos autonómicos se han preocupado de esta protección, como ocurre, por ejemplo, con el art. 6 de la ley 2/2010 de 26 de mayo de Igualdad en las Relaciones Familiares de Aragón que

En todo caso, y en lo que aquí nos interesa particularmente, debemos señalar que compete al juez establecer las medidas provisionalísimas, provisionales y definitivas<sup>79</sup> que desde el marco civil tienen especial trascendencia para los menores en este tipo de situaciones críticas<sup>80</sup> en las que deben ser objeto de una especial protección, y en las “*el interés del niño constituye una consideración primordial que debe atenderse cuando se adopta una medida que le afecta*”<sup>81</sup>. Ello obliga a una “*evaluación del interés superior*” consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar la decisión más oportuna conforme a las circunstancias de cada menor<sup>82</sup>.

Por ello, en los epígrafes posteriores analizaremos las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad, desde el punto de vista de quién va a ejercer los derechos y obligaciones respecto de los menores sometidos a situaciones de violencia de género; la guarda y custodia que supone determinar con qué progenitor va a convivir el menor en este tipo situaciones y el derecho y el régimen de visitas que debe establecerse o no en su caso, pudiéndose llegar incluso a su suspensión. Cerraremos el tratamiento del tema aludiendo a dos cuestiones que pueden resultar de especial interés también para estos menores relativas al régimen de alimentos y al uso de la vivienda habitual en estos casos.

---

impide otorgar la custodia a uno de los progenitores si este está incurso en un proceso penal por atentar contra la vida o la integridad física y moral del otro progenitor o si el juez aprecia algún indicio de violencia de género o la Ley 25/2010 de 29 de julio del CC de Cataluña relativo a personas y familia que establece en su Preámbulo que queda excluida la custodia de los menores a favor del progenitor que haya sido condenado por sentencia firme al haber cometido un delito de violencia de género o doméstica.

<sup>79</sup> Las primeras se adoptan antes de la interposición de la demanda por especiales razones de urgencia y caducan en el plazo de 30 días; las segundas se piden cuando se interpone una demanda y pueden convertirse en definitivas si se aceptan por el juez, o modificadas llamadas entonces medidas adoptadas judicialmente; las definitivas son a aquellas que tienen el visto bueno del juez y que van a ser aplicadas en el proceso que se trate. Remitimos sobre este aspecto a la Circular núm. 4/2005, de la Fiscalía General del Estado de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LO de Medidas de protección integral contra la violencia de género que puede verse en <https://www.fiscal.es>.

<sup>80</sup> Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P: “El marco civil en la violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, ob., cit., págs.203 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), Sentencia núm. 578/2020 de 18 septiembre ECLI:ES:APB:2020:8811.

<sup>82</sup> Cfr. Sentencia Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) núm. 44/2022 de 24 enero. JUR 2022\136224, ECLI:ES:APSA:2022:56

## **2. Marco civil de la protección del menor en las situaciones de violencia de género.**

Como ya hemos señalado, acotaremos nuestro estudio al análisis de las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad respecto de los menores sometidos a situaciones de violencia de género, la guarda y custodia en ese mismo tipo de situaciones y el régimen de alimentos, así como al uso de la vivienda habitual, dado el régimen jurídico especial que se articula pensando en el mayor beneficio del menor

### ***2.1. El ejercicio de la patria potestad en los supuestos de violencia de género.***

Una de las cuestiones esenciales a determinar en los casos de violencia de género que afectan a menores es la atribución de la patria potestad (artículo 90.1 del CC) y su ejercicio, que, en estos supuestos, y según las circunstancias, puede atribuirse de forma exclusiva a la madre; lo que, en la práctica, supone impedir provisionalmente que el padre participe en las decisiones que se refieran a dicha patria potestad, si bien la privación de la titularidad solo resultará posible en los términos previstos por el art. 170CC que exige una sentencia<sup>83</sup>, sin perjuicio de una eventual recuperación. Tampoco cabe olvidar que, en algunas hipótesis de violencia de la mujer, la patria potestad puede llegar a ser excluida *ab initio* para el progenitor agresor, tal y como así previene el art. 111.1º CC (esto es, cuando ese progenitor hubiese sido condenado por sentencia penal firme a causa de las relaciones a las que obedezca la generación).

Debe aclararse a priori que, con carácter general, la patria potestad se regula en el Título VII del Código Civil, “*De las relaciones paterno-filiales*”<sup>84</sup>, a lo largo de cinco capítulos (artículos 154 a 180). No obstante, el Título VI de dicha norma ya se refiere a la misma cuando regula los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, señalando en el artículo 90.1 que el Convenio regulador ha de contener dicho extremo; asimismo el artículo 92 prevé de forma expresa la privación de la misma

---

<sup>83</sup> Reza al siguiente tenor: “*El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*”.

<sup>84</sup>L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN aclaran que, si bien la mayor parte de la relación paterno –filial que se establece una vez que la filiación queda determinada, en cuanto relación jurídica queda embebido en el régimen de la patria potestad, ambos conceptos no pueden identificarse siendo la patria potestad un plus que se superpone a la relación paterno-filial durante la minoría de edad de los hijos. De hecho, puede existir ésta última sin patria potestad en los casos en los que se priva a los progenitores de la misma o los hijos se emancipan. (Cfr. DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil. Derechos reales, Derecho de Familia y Derecho de sucesiones*. Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 320.

cuando en el proceso se revele causa para ello. Como señalamos con anterioridad, esta regulación ha sido objeto de reforma recientemente, modificación a la que nos referiremos posteriormente<sup>85</sup>.

Para el Tribunal Supremo, la patria potestad se configura “..como una función instituida en beneficio de los hijos<sup>86</sup>, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos , no en interés del titular, sino del sujeto pasivo”<sup>87</sup>. En definitiva, y según el mismo Tribunal Supremo, puede definirse como un “*officium*” que se atribuye a los padres<sup>88</sup> para guiar el desarrollo de sus hijos, protegiéndolos y educándolos, con amplias facultades<sup>89</sup> que suponen que se puedan tomar decisiones en aspectos esenciales que afectan al menor (educación y formación, cambios de domicilio, formación religiosa o laica, o la realización de actividades extraescolares o sometimiento a tratamientos médico-sanitarios, terapias psiquiátricas o psicológicas, entre otras).

Como apunta SEISDEDOS MUIÑO “no se trata, propiamente, de un derecho subjetivo ya que su ejercicio no queda al arbitrio de sus titulares ni persigue el beneficio de éstos, sino que los padres deben ejercitar la patria potestad, y deben hacerlo, además, en beneficio de los hijos”<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> En concreto los artículos 154, 156, 158 del Código Civil han sido modificados por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio y la Ley 8/2021, de 2 de junio, entrando en vigor las modificaciones en los artículos 154 y 158 el 25 de junio de junio de 2021, y la del artículo 156, el 3 de septiembre del mismo año.

<sup>86</sup> «(...) la patria potestad es en el derecho moderno, y concretamente en nuestro derecho positivo, una función al servicio de los hijos que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución» STS 415/2000, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3419).

<sup>87</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1960 y de 8 de abril de 1975, recogiendo este planteamiento en muchas posteriores como la Sentencia 720/2002 de 9 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5126).

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 315/2014, de 6 junio (ECLI:ES:TS:2014:2131).

<sup>89</sup> Cuyo contenido ha fijado el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia 277/2016, de 25 de abril (ECLI:ES: TS: 2016: 1793).

<sup>90</sup> Cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La patria potestad” en PUIG i FERRIOL, LL et al.: *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona*. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 201.

Precisamente, ese ejercicio de dicha patria potestad que ha de hacerse siempre en interés del menor, con carácter general, conforme dispone el artículo 156 del Código Civil, “*se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores*<sup>91</sup> o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”<sup>92</sup> teniendo ambos la obligación de informarse de todas las cuestiones relevantes que afecten a sus hijos, cuando el conocimiento de aquellas no lo pueda obtener por sí mismo el padre o la madre que no esté en compañía del menor en el momento en el que las mismas se produzcan<sup>93</sup>.

Ahora bien, en los casos de violencia sobre la mujer, el ejercicio conjunto de la patria potestad podría vulnerar el interés del menor, afectando su bienestar y su integridad por lo que, en ocasiones, el agresor podrá ver dificultado ese ejercicio conjunto de la patria potestad<sup>94</sup>. Incluso podría justificarse su atribución a la madre en garantía de la protección del desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, físicas y educativas priorizando su interés que debe entenderse superior frente a cualquiera otro y, en particular frente al del progenitor agresor<sup>95</sup>, tal y como prevé el artículo 65, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, ya mencionada cuando afirma que “*El juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad....*”; en otras palabras, si el progenitor agresor es inculpado por violencia de género podrá llegar a ser suspendido de la patria potestad de sus hijos y, en todo caso, conforme a la modificación que la LO 8/2015, realiza de este mismo precepto, si el Juez no adopta algunas de las medidas de suspensión de la patria potestad deberá de pronunciarse en todo caso en la forma en la que se ejercerá, adoptando las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad, y

---

<sup>91</sup> Históricamente, en el Derecho romano la mujer no tenía derecho a ejercer la patria potestad, tal y como señala P. REYES CANO, en su trabajo *Cfr. REYES CANO, P.: “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, Revista de la Universidad de Granada*, Núm. 51, 2017, págs. 6 y 14 disponible en <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6259/5573> (Consultado el 4 de mayo de 2022).

<sup>92</sup> La Sentencia 759/2011, del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:6904), recoge el fallo del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, en el que se enumeran las decisiones que, en principio, por afectar al menor habrán de ser adoptadas conjuntamente por ambos progenitores.

<sup>93</sup> *Cfr. VALLESPIN PÉREZ, D.: “El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción?”, Práctica de los Tribunales. revista de derecho procesal civil y mercantil*, Núm. 100, 2013, págs. 72 y ss.

<sup>94</sup> Opinión que compartimos con BOADO OLAVARRIETA, M.: “La privación de la patria potestad como medida penal y civil”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 47, 2019, págs.. 64 y ss., en <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284841593578/Redaccion> (Consultado el 4 de mayo de 2022).

<sup>95</sup> *Cfr. REYES CANO, P.: “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, ya citada.*

recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

Esta modificación, como ha señalado REYES CANO,<sup>96</sup> no supone una protección extra a la que se preveía con anterioridad a esta reforma legislativa, pero sí obliga al juez a detenerse acerca de la situación del menor que es víctima y sobre la forma en la que el inculpado por violencia de género va a ejercer sus derechos/obligaciones relacionados con la patria potestad, admitiendo la posibilidad de realizar un seguimiento sobre su evolución<sup>97</sup>. En todo caso, y salvando siempre la presunción de inocencia que asiste al inculpado por este tipo de delitos, el Juez deberá esforzarse en salvaguardar el interés del menor, que, en todo caso y desde nuestro punto de vista, debería prevalecer siempre aún a costa de los intereses del progenitor en unas medidas que, debemos recordar, tendrán un carácter provisional hasta que se aclare su situación procesal.

Eso sí, en los casos en los que el progenitor resulte condenado, cuando cumpla su condena, se le deberá dar derecho a solicitar las modificaciones pertinentes respecto al régimen de comunicaciones y la suspensión del ejercicio de la patria potestad que, en principio<sup>98</sup>, cesarán en cuanto el agresor obtenga la libertad condicional<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> En REYES CANO, P.: *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas*, Colección: Premio de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género a Tesis Doctorales sobre Violencia contra la Mujer, 2019, pág. 84 disponible en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/pdfs/Tesis\\_8\\_Menores\\_y\\_violencia\\_genero.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/pdfs/Tesis_8_Menores_y_violencia_genero.pdf) (consultada el 6 de mayo de 2022).

<sup>97</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) 7 diciembre 2015, confirma la dictada por el Juzgado de Violencia, en la que se suspende del ejercicio de la patria potestad al padre en materia de educación y salud, ya que este se encontraba privado de libertad por delitos de violencia de género, aunque añade como razón para ello, la imposibilidad de contacto con la figura materna, por la prohibición de comunicación con ella. (ECLI: ES, APM, 2018, 3992) En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) 21 octubre 2015, declara el ejercicio exclusivo de las funciones derivadas de la patria potestad a favor de la madre, por privación de libertad del progenitor por delitos relacionados con la violencia de género, existiendo prohibición de aproximación hacia la madre y menores ECLI: ES, APB, 2017, 4248). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 mayo 2016, confirma la dictada por la SAP Madrid, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad por la imposibilidad del ejercicio efectivo, por encontrarse el padre privado de libertad por delitos de violencia de género. (ECLI, ES, TS, 2016, 2129),

<sup>98</sup> A salvo de que el padre tras salir de prisión no realice ninguna acción para reanudarla. *Cfr.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, 821/2019 de 26 septiembre (ECLI:ES:APMA:2019:1904)

<sup>99</sup> Así lo mantiene el propio Tribunal Supremo en su Sentencia 319/2016, de 13 mayo (Sala de lo civil. Sección primera) (ECLI: ES:TS: 2016:3675).

Sin embargo, no es una medida generalizada tal y como como pudiera pensarse<sup>100</sup>; al contrario, la misma se vincula, en muchas ocasiones, a situaciones en las que el padre se encuentra privado de libertad por haber cometido delitos relacionados con la violencia de género<sup>101</sup>, a supuestos en los que la prohibición de aproximación y comunicación se extiende a los menores<sup>102</sup> y a aquellos otros en los que el progenitor ha sido una figura ausente en la vida de los hijos desde la separación<sup>103</sup>. Los casos en los que se otorga el ejercicio de la patria potestad a la madre en exclusiva por la situación de violencia de género acontecida resultan anecdóticos<sup>104</sup>, mostrándose en no

---

<sup>100</sup> Conforme a los datos del Consejo General del Poder Judicial solo en el 0,7% se toma esta medida civil (Cfr. Boletín Núm. 43, 2015, págs. 17 y ss., y también *Informe Estadístico sobre Violencia de Género del año 2016, del Observatorio del CGPJ*, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Anual-2016>

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 319/2016, Sala primera, de 13 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2129) ya citada, en la que se produce la suspensión temporal hasta la libertad condicional. No obstante, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 418/2021, de 10 noviembre si se priva al maltratador de la patria potestad (ECLI:ES:APO:2021:3597).

<sup>102</sup> En tal sentido cabe ver la Sentencia 275/2015, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, de 27 de octubre de 2015 (ECLI:ES:APAB:2015:924) que revoca la resolución dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Albacete, por la que se priva al padre de la patria potestad, considerando la sala que la privación es una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva, sustituyendo la privación por la atribución del ejercicio exclusivo a la madre, al ser condenado el padre a una pena de prisión de 5 años y prohibición de aproximación y comunicación durante ocho, por la comisión de un delito de lesiones y de detención ilegal en presencia del menor: en la misma línea las Sentencias 1038/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 7 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:17587), corroborando la dictada por el Juzgado de Violencia, o la Sentencia 675/2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 21 de octubre de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:9798) que declara el ejercicio exclusivo de las funciones derivadas de la patria potestad a favor de la madre, por privación de libertad del progenitor por delitos relacionados con la violencia de género, existiendo prohibición de aproximación hacia la madre y menores. A la misma conclusión se llega en la Sentencia 247/2016, de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 20 de junio de 2016 (ECLI:ES:APCC:2016:375). No obstante, el Tribunal Supremo no sigue este planteamiento en su Sentencia 680/2015, Sala primera, de lo civil, de 26 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4900) atribuyendo la patria potestad conjuntamente a ambos progenitores en un supuesto similar, si bien declara que los contactos del progenitor 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.

<sup>103</sup> Cfr. Sentencia 334/2016 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 2 de mayo de 2016 (ECLI:ES:APV:2016:1794) y la Sentencia 218/2016, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, de 24 de mayo de 2016 (ECLI:ES:APSE:2016:1555)

<sup>104</sup> No obstante, algunos lo hacen como demuestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) 7 diciembre 2015 que confirma la dictada por el Juzgado de Violencia, en la que se suspende del ejercicio de la patria potestad al padre en materia de educación y salud, ya que este se encontraba privado de libertad por delitos de violencia de género, aunque añade como razón para ello, la imposibilidad de contacto con la figura materna, por la prohibición de comunicación con ella. (ECLI:ES, APM, 2018, 3992) En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) 21 octubre 2015, declara el ejercicio exclusivo de las funciones derivadas de la patria potestad a favor de la madre, por privación de libertad del progenitor por delitos relacionados con la violencia de género, existiendo prohibición de aproximación hacia la madre y menores. (ECLI:ES, APB, 2017, 4248)

pocas ocasiones los Tribunales reticentes a concederlo<sup>105</sup> en el bien entendido en que, como sostiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, dictada por la Sección 1ª, el 27 de octubre de 2015 *“la privación es una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva”*<sup>106</sup> que, como apuntamos más detrás, y al dictado del artículo 170 del CC, exige la correspondiente sentencia.

A ello se añade, además, una cierta concepción errónea por parte de nuestros Tribunales acerca de la presunción de inocencia *ex art 24* de la Constitución, de forma que, si esta no queda desvirtuada por sentencia judicial firme, muchos órganos judiciales asumen que suspender la patria potestad, como restricción adicional, se convierte en una intervención desmesurada en los derechos del progenitor, en particular, en el momento de la adopción de medidas cautelares. Habría que apelar a la debida protección del menor que debe asegurarse siempre de forma que si existen indicios bastantes de que el menor pueda estar en situación de riesgo, por haber sufrido violencia de género en el entorno familiar y de forma preventiva operar en justa correlación con el nivel de riesgo<sup>107</sup>.

Volvemos a utilizar la doctrina del Tribunal Supremo en este punto, que en su Sentencia 247/2018, de 24 de mayo de 2018<sup>108</sup> afirma que, *...«el ejercicio de la patria potestad tiene un carácter mixto que puede situarse, al mismo tiempo, como un derecho y como una obligación, porque esta última se rodea de un haz obligacional sobre los descendientes para ayudarles en las obligaciones que marca el art 142 CC, CC y que tiene derecho a recibir todo descendiente del obligado a prestarlos. Pero, al mismo*

---

<sup>105</sup> Llama la atención, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 54/2011, Sala primera, de 13 de mayo, recurso 500/2008 cómo se relata que el Juzgado de Primera Instancia, de las Palmas de Gran Canaria dicta sentencia en la que quedaba probado el comportamiento violento del demandado, que incluso tuvo que ser desalojado durante la celebración de la vista, hecho que motivó la confirmación de las medidas adoptadas en el auto anterior, en el que se acordaba la suspensión del régimen de visitas, pese a haber sido solicitado por la madre un régimen de visitas tutelado. Reconociendo que queda acreditado el carácter violento, el Juzgado de 1.ª Instancia no acordó el ejercicio exclusivo de la patria potestad a favor de la madre optando por la compartida. Como señala DIEZ GARCÍA *“parece seguir persistiendo una relativa reticencia en orden a la aplicación de toda medida de aseguramiento respecto de la patria potestad en relación a menores afectos a ella como también se aprecia en las penas accesorias de inhabilitación especial”* En DIEZ GARCÍA, H.: “Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género”, *ob., cit.*, pág. 219.

<sup>106</sup> Se sustituye en este caso la privación por la atribución del ejercicio exclusivo a la madre, al ser condenado el padre a una pena de prisión de 5 años y prohibición de aproximación y comunicación durante ocho, por la comisión de un delito de lesiones y de detención ilegal en presencia del menor.

<sup>107</sup> Asumimos plenamente la opinión de GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “Hijas e hijos víctimas de violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 8/2018 (BIB 2018/11713).

<sup>108</sup> ECLI:ES:TS:2018:2003.

*tiempo, es un derecho a estar con los descendientes. Sin embargo, este derecho debe decaer ante actos graves que conllevan un “desmerecimiento” de poder ejercer ese derecho. Y este emerge con claridad ante actos de la gravedad que se relata en los hechos probados, además de que no olvidemos que los menores que presencian actos de esta naturaleza, donde sus padres intentan acabar con la vida de sus madres, deben tener una protección del sistema, a fin de evitar ese ejercicio del derecho de patria potestad por el autor de un delito de homicidio o asesinato hacia su madre que reclama seguir manteniendo quien ha llevado un acto tan cruel».*

Una solución bastante ecuánime sería atribuir la patria potestad a la madre en estos casos, mientras se depuren responsabilidades penales y, dirimidas las mismas o cumplida la pena, que se dé la posibilidad al otro progenitor de recuperar el ejercicio de la patria potestad mediante las modificaciones procedimentales que resulten procedentes<sup>109</sup>; se trataría de una especie de suspensión hasta que se depure la responsabilidad penal<sup>110</sup> velando siempre por la protección de los menores.

La necesidad de un trato especial en estas situaciones, no obstante, se evidenció la reforma efectuada por el Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto sobre Medidas urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género incluyendo un supuesto en el que se excluye la necesidad del consentimiento de ambos progenitores para tomar una decisión sobre el menor en relación al tratamiento psicológico que pudiera necesitar, señalando al respecto el mismo artículo 156 del Código Civil<sup>111</sup> que *“dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente.*

---

<sup>109</sup> Esta es la opción por la que se decanta la Audiencia provincial de Valencia en su Sentencia 67/2017, Sección 10ª, de 23 de enero de 2017, (ECLI:ES:APV:2017:156), que atribuye la patria potestad a la madre y también la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia 304/2016, Sección 18, de 21 de abril de 2016, (ECLI:ES:APB:2016:3469).

<sup>110</sup> A similar solución llega también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 926/2015, Sección 22ª, de 3 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:15204) que suspende la patria potestad en esos términos.

<sup>111</sup> Este artículo se ha modificado en tres ocasiones por la Ley 5/2015, de 2 de julio, por el RD 9/2018, de 3 de agosto- muy criticada por su rango normativo- y, recientemente por la LO 8/2021, de 2 de junio, antes mencionada.

No obstante, la reciente reforma del precepto operada por la reciente Ley 8/ 2021 de 2 de junio, introduce la posibilidad de aplicarlo sin que ni siquiera exista sentencia condenatoria, al añadir a su dictado que *“lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos”*.

Se ha dado un paso más en el que cabría pensar que se cuestiona la potestad jurisdiccional, ya que, con este cambio en la regulación de la institución de la patria potestad, *“ya no hará falta ni sentencia condenatoria ni tan siquiera denuncia: si hay intervención de un “servicio especializado de violencia de género” un progenitor puede privado de la patria potestad y que sea ejercida en exclusiva por el otro”*<sup>112</sup>.

A ello se añade que, a continuación, por el art. 158 del Código Civil, también retocado por esta reforma, se establece ahora que : *“...4-. La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad.*

*5-. La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.*

*6-. La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”*.

---

<sup>112</sup> Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J.:“Breve análisis de la ley de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, *Economist & Jurist*, 27 de abril, de 2021, disponible en artículos <https://www.economistjurist.es/> (Consultado el 5 de mayo de 2022).

En definitiva, con la actual reforma cuando el juez adopte una orden de protección de las víctimas de violencia de género, y existan menores que convivan con la víctima y dependan de ella, deberá pronunciarse sobre las medidas de naturaleza civil que afecten a dichos menores con carácter provisional, hasta que un órgano de la jurisdicción civil, que es quien tiene la competencia *ratione materiae*, se manifieste al respecto al amparo de los artículos 64 a 66 de la LOPIVG.

Se asume que existiendo una denuncia si hay menores en el entorno cercano de la víctima de violencia y/o dependientes de ella, están sujetos a una situación de riesgo y, por ello, debe incluirseles en el marco de las medidas cautelares que se adopten, medidas que afectan al régimen de relaciones familiares y, en concreto, al régimen de la patria potestad.

Hasta aquí podríamos concluir que, cabe encontrar doctrina jurisprudencial en la que se aprecia una tendencia clara en favor del ejercicio de la patria potestad conjunta en los casos de violencia de género<sup>113</sup>, frente a otra que se muestra partidaria de atribuir la patria potestad a la madre. En todo caso, deberá examinarse cada caso concreto de forma que, analizadas las circunstancias que se produzcan de hecho, si el padre pudiera entorpecer el normal ejercicio de la patria potestad, se deberá acordar el ejercicio exclusivo a favor de la madre sin que, a nuestro parecer, esta medida pueda aplicarse de forma automática sino valorando en cada caso las especiales circunstancias que concurran.

El punto de inflexión estará marcado por el hecho de que la medida que se acuerde se adopte en favor del interés del propio menor para no generarle un perjuicio, de forma que atribuya de la patria potestad de forma exclusiva a la madre en aquellos

---

<sup>113</sup> Así se han dictado numerosas Sentencias como por ejemplo la Sentencia núm. 230/2019, de 10 de junio en la que la Audiencia Provincial de Salamanca (ECLI:ES:APSA:2019:356) se pronuncia señalando que, a pesar de estar el progenitor inculcado por un delito de violencia de género, no procederá la suspensión de la patria potestad al no existir antecedentes penales por delitos relacionados con menores. En la misma línea jurisprudencial se mueve Sentencia núm. 81/2015 de 19 febrero de la Sección primera de la Audiencia provincial de Almería que “*acordó el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores pero, en su contra, se suspendió el derecho de visitas al estar el padre en situación privativa de libertad*” (ECLI:ES:APAL:2015:260) y la Sentencia 680/2015 del Tribunal Supremo ya citada.

supuestos en los que se aprecie un peligro o amenaza para los hijos menores<sup>114</sup>, y también en aquellos otros en los que la situación generada resulte tan extrema que conlleve esta misma solución (pensemos por ejemplo, en los casos de maltrato habitual y tentativa de asesinato de la madre, por ejemplo)<sup>115</sup>.

Por último, cabe indicar que la privación de la patria potestad no conllevará consigo la privación del ejercicio de comunicación con los hijos a través del régimen de estancias ya que, como establece el art. 160, apartado primero del Código Civil “*los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad*”. Asimismo, y como veremos de inmediato, la guarda y custodia y el régimen de visitas se verán hasta cierto punto arrastrados por la decisión que se tome al respecto de la patria potestad, resultando muy difícil que se mantengan si ésta se ve cautelarmente suspendida.

Para cerrar esta cuestión, en relación a las diferentes vías del pronunciamiento civil de la patria potestad en los casos de violencia de género, debemos señalar de forma breve que en los procedimientos civiles de ruptura familiar solo puede hacerse un pronunciamiento definitivo de privación total o parcial en la propia sentencia tal y como refleja el dictado del artículo 170 del CC. En los procedimientos de medidas se resolverá por un auto, que tendrá carácter provisional y podrá atribuir provisionalmente la patria potestad a la madre.

Cierto es que en la medida en que cabe acordar la suspensión por auto –a lo que nuestros jueces muestran a veces reticencias- se desdibuja en la práctica la suspensión y privación de la patria potestad- que, según el art. 170 CC, puede ser parcial- pero exige una sentencia). Probablemente la causa de esta nebulosa radique en la dificultad para diferenciar, en el CC, entre titularidad y ejercicio de la patria potestad.

---

<sup>114</sup> Este peligro no siempre llega a apreciarse por el juez, como lo demuestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª) Sentencia núm. 321/2018 de 25 abril. ARP 2018\808, (ECLI:ES:APM:2018:5780) donde no procede la privación de la patria potestad porque a juicio del Juez el comportamiento del padre no tiene una relación directa con el ejercicio de la patria potestad y la privación de la misma implicaría un mayor deterioro de la relación entre padre e hijo. Eso si se decanta por la necesidad de intervención psicoeducativa.

<sup>115</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2018 (ECLI: TS: ECLI:ES:TS:2018:2003).

En todo caso y frente al uso generalizado de solicitar la patria potestad compartida cada vez es más frecuente pedir en los juzgados la patria potestad exclusiva para la madre y la privación del ejercicio para el padre, siendo importantísimo que se valoren las circunstancias del caso concreto, como ya hemos dicho. Tampoco es descartable que pueda iniciarse un procedimiento independiente para ese fin dirigido exclusivamente al pronunciamiento acerca de la patria potestad al margen de la ruptura que tendrá en su caso forma de juicio ordinario, ya que no existe un procedimiento especial de tramitación, aunque, para algún autor, como MAGRO SERVET, el procedimiento adecuado sería el regulado en el art 770 de la LEC que implica un juicio verbal<sup>116</sup>.

Cabe solicitar también un pronunciamiento sobre la patria potestad en relación con las medidas cautelares civiles de la orden de protección al hilo de la que cabe solicitar la suspensión total o parcial o la atribución de su ejercicio exclusivo a la madre. Por último, también resulta posible recurrir a una medida de esta naturaleza, al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil en sus dos formas: en el procedimiento principal o un expediente de jurisdicción voluntaria.

## ***2.2. La guarda y custodia de los menores en los casos de violencia de género.***

Otra cuestión esencial en los casos de violencia de género, es determinar, pensando en la protección del menor, es el pronunciamiento acerca de la guarda y custodia de los hijos menores cuando no se acuerda la suspensión de la patria potestad; guarda concebida como una facultad que se deriva de la patria potestad y que se entiende, como regla general, como la designación de quién de los progenitores ha de encargarse de sus cuidados cotidianos y de velar por ellos mientras estén en su compañía. Se equipara claramente a la convivencia, en el sentido de que la guarda o custodia supone la tenencia o convivencia de los hijos con uno o ambos progenitores en determinados periodos de tiempo durante los cuales es el progenitor custodio o guardador el que se ocupa de ejercitar los deberes y responsabilidades propios de la patria potestad, y en particular los que se derivan de forma directa de la convivencia. En definitiva, el progenitor no custodio mantiene la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, salvo en la esfera que implica el cuidado. Sigue obligado a velar por el hijo y a

---

<sup>116</sup> Cfr. MAGRO SERVET, V.: “Violencia de género. 337 preguntas y respuestas”, 12 /2009, Ed. SEPIN, disponible en <https://sepin.es/violencia-domestica> (consultado el 24 d abril de 2022).

alimentarle, educarle, etc. y en ejercicio de ese deber de vela está legitimado ex art. 158 CC para “supervisar” la guarda ejercida por el otro progenitor

Por ello, en los casos de ruptura y más si media un problema de violencia de género, se convierte en una cuestión esencial a resolver, además de delicada, que implica tanto la atribución de esta, así como la fijación del régimen de visitas al progenitor no custodio<sup>117</sup>.

Precisamente, la Ley 15/2015 de 8 de julio, modificó el CC dando una nueva redacción al art. 92, que establece el régimen general acerca de la atribución de la guarda y custodia<sup>118</sup>, estableciendo, en su apartado quinto, como preferente la custodia exclusiva para un solo progenitor y señalando que, para la adopción del ejercicio compartido de la custodia de los menores resultará necesario que los padres lo soliciten de mutuo acuerdo<sup>119</sup> en la propuesta de convenio regulador o, si no es posible, a lo largo del procedimiento. En la misma línea, el apartado octavo del mismo artículo establece que *“aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal<sup>120</sup>, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.

Asimismo, en los supuestos concretos de violencia de género, se contiene en el apartado séptimo de este precepto una importante restricción al señalarse que *“no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la*

---

<sup>117</sup> Cfr. PERAL LÓPEZ, M.C., “La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visita”, *Tesis Doctoral*, Universidad de Granada, 2017, disponible en <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/47880/26563216.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 8 de mayo de 2022) págs. 327 y ss.

<sup>118</sup>El régimen general que relatamos en el texto rige para las CCAA que no tienen un derecho civil propio si bien presenta especialidades que no podemos abordar aquí para aquellas que cuentan con un derecho foral (Navarra, Aragón, País Vasco y Cataluña) y también en Valencia que analiza PERAL LÓPEZ, M.C., “La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visita”, ob., cit., págs. 331 y ss.

<sup>119</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 51/2016 de 11 de febrero (ECLI: ES:TS:2016:437)

<sup>120</sup> En este sentido, debemos hacer mención a que el inciso segundo, en relación al informe “favorable” del Ministerio Fiscal, ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 185/2012, de 17 de octubre de 2012, al establecer que el hecho de quedar vinculado el juez a lo dictaminado por éste da lugar a que los órganos superiores queden impedidos en el ejercicio de su competencia, además de comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24.1 CE (STC 185/2012, de 17 de octubre 2012).

*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. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales<sup>121</sup>, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”<sup>122</sup>.*

Para la clara aplicación del precepto 92.7 CC, se debe apreciar la verdadera existencia de un delito de violencia de género, sin que una denuncia pudiera bastar para no adoptarse la custodia compartida, pues, en principio, siempre resulta deseable al permitir que continúe la relación habitual con ambos progenitores<sup>123</sup>. Lo más habitual en estos casos, es que se atribuya la custodia exclusiva al progenitor que es víctima, y al otro un régimen de visitas, contribuyendo ambos a la pensión de alimentos, preservando con ello el interés del menor<sup>124</sup>. En todo caso, los Tribunales han de ocuparse de regular el ejercicio de la guarda e incluso cabe la posibilidad de que el juez, eventualmente, se pronuncie sobre qué funciones competen a cada progenitor e incluso acerca de la adopción de las decisiones cotidianas o extraordinarias que le afectan<sup>125</sup>.

No hay que olvidar tampoco que en los casos de violencia de género puede optarse por parte del Tribunal por acudir al modelo de la custodia a favor de terceros, en el caso de que los abuelos, tíos o cualquier otro familiar esté interesado en ayudar al menor que convive en un hogar en el que tiene lugar violencia entre los cónyuges, o, peor todavía, si como consecuencia de ésta se produce el fallecimiento de la madre a manos del padre; en esta situación resulta deseable que la custodia de los hijos menores

---

<sup>121</sup> Esta referencia a los animales es obra de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre . «BOE» núm. 300, de 16/12/2021.

<sup>122</sup> Este supuesto por el que no procede la custodia al padre al existir condena penal por violencia, maltrato y vejaciones injustas a la madre puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo 4022/2021 de 27 de octubre de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:4022)

<sup>123</sup> Vid. por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013, de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246) en la que el alto Tribunal no tuvo en cuenta la denuncia por violencia de género a los efectos de la custodia exclusiva, al no existir condena alguna contra el padre, señalando además que no podía denegarse la custodia compartida en base a la "mala relación de los cónyuges". En la misma línea encontramos su pronunciamiento de 785/2013 del 25 de noviembre de 2013. (ECLI: ES:TS:2013:5710).

<sup>124</sup> Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo 188/2016 de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:188) que deniega la custodia compartida al progenitor y agresor al mismo tiempo, y la otorga de forma exclusiva a la madre, por estar el padre condenado por un delito de amenazas en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 171. 4.º y 5.º, en relación con los artículos 57.3.º y 48.2.º del Código Penal.

<sup>125</sup> Así lo señala DIEZ GARCÍA, evidenciando la dificultad que supone, por ejemplo, decidir acerca de si el menor ha de recibir o no tratamiento psicológico (Cfr. H.: “Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género”, ob., cit., pág. 223).

se encomiende a un familiar cercano en la medida en que atribuírsela al padre, puede suponer un peligro para el menor; no obstante, siempre hay casos llamativos en los que esto puede no ser así<sup>126</sup>: pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en los que se evidencia que la atribución de la guardia y custodia a los abuelos paternos pueda propiciar que el menor-víctima sea influido por el agresor.

En todo caso, entre los criterios utilizados por los Tribunales para la adopción de una modalidad u otra de guarda y custodia de los menores de edad en los casos de violencia de género, primaría siempre el respeto del interés superior del menor<sup>127</sup>, impidiendo la normativa vigente el uso de la custodia compartida cuando exista un proceso en curso por este tipo de delitos<sup>128</sup>.

Para terminar hay que tener en cuenta que, en estos casos, deberán iniciarse los procedimientos oportunos para solicitar la guarda y custodia. No obstante, si existiera un convenio regulador anterior no ratificado judicialmente conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>129</sup>, éste no resultaría vinculante, al tratarse de un tema que afecta a los menores y en el que el interés público determina la intervención tuitiva de los Tribunales<sup>130</sup>.

Si existiera un procedimiento civil iniciado ya, se habría solicitado la guarda y custodia por un progenitor o por ambos y se interpone una denuncia por violencia de género, deberán valorarse las circunstancias en cada caso concreto, teniendo en cuenta

---

<sup>126</sup> Hay supuestos en los que las circunstancias pueden motivar la atribución de la custodia a los familiares del padre ( ABC Aragón local., “Un juez da la custodia de una niña al asesino de su madre”, disponible en  [Consultado el 5 de mayo, 2022.](https://www.abc.es/#vca=logo&vmc=abc-es&vso=portada.portada&vli=cabecera.)

<sup>127</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 433/2016, de 27 de junio (ECLI: ES:TS:2016:3145). En la misma se manifiesta la doctrina como por ejemplo GUTIERREZ ROMERO, F.M.: “Guarda y custodia compartida: supuestos de exclusión en los casos de violencia de género”, *Revista jurídica SEPIN*. Violencia doméstica y de Género. Artículo Monográfico. Abril 2018, SP/DOCT/73299, disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento> (Consultado el 10 de mayo de 2022).

<sup>128</sup> Acudiendo a la doctrina del Supremo en el caso de no existir esta circunstancia cabría resumir que, en cada caso, habrán de tenerse en cuenta los siguientes criterios: la buena relación entre los padres con el menor, las aptitudes de los progenitores, el número de hijos en común y sus deseos, siempre y cuando tengan la suficiente madurez para declarar, el respeto entre los progenitores y entre ellos y sus hijos, y por último, los informes exigidos Cfr.Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013 de 29 de abril (ECLI: ES:TS:2013:2246), ya citada.

<sup>129</sup>Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2015 (ECLI: ES:TS: 2015.3707) entre otras.

<sup>130</sup>Cfr. HIJAS FERNÁNDEZ, E.: “Algunas cuestiones polémicas en el derecho de familia”, *Revista jurídica SEPIN*. Violencia doméstica y de Género. Artículo Monográfico. Diciembre 2019, SP/DOCT/83692, disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento> (Consultado el 10 de mayo de 2022).

además que el procedimiento dejaría la sede civil para pasar a los juzgados de violencia de género (artículo 49 bis LEC)<sup>131</sup>.

Si se hubiera decidido la guarda y custodia acordada judicialmente, deberá acordarse su continuación o no mientras transcurre el procedimiento penal valorando todas las circunstancias entre las que destaca el tipo de delito cometido y, también, si existiera o no la orden de protección que, en su caso, podría determinar suspender el régimen de visitas como medida cautelar civil de las previstas en el art. 158 CC.

No obstante, en los casos en los que se decida mantener durante el transcurso del procedimiento penal, e incluso concluyendo éste en una condena, si no se hubiera perdido la patria potestad (por el efecto inmediato que esto tendría sobre la guarda y custodia), puede acudir a utilizar los Puntos de Encuentro Familiar, como señalamos antes, y en los casos más extremos de pérdida de libertad, articular un régimen de visitas acorde a la situación que se plantee en cada caso<sup>132</sup>. Eso sí, una vez cumplida la pena debería examinarse el estado de la familia en un nuevo procedimiento para acordar el régimen de guarda y custodia conveniente en cada caso.

Además habrá que poner especial cuidado en coordinar la comunicación entre los juzgados que conozcan de estos asuntos, para evitar problemas a estos menores que, por desgracia, puedan llevar a resultados extremos indeseados<sup>133</sup>.

### ***2.3. Régimen de visitas, estancias o comunicaciones.***

Como señalamos con anterioridad, el régimen de visitas se justifica por la necesidad de que el menor pueda relacionarse con el progenitor a quien no se atribuye la guarda y custodia<sup>134</sup>. En los casos de que éste último esté inculcado por violencia de género, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1/2004, ya citada, el juez,

---

<sup>131</sup>En la Sentencia del Tribunal Supremo 36/2016 de 4 de febrero de 2016 (ECLI: ES: TS: 2016:188) se revoca una guarda y custodia acordada en sede civil, al producirse con posterioridad una condena por un delito de violencia de género.

<sup>132</sup> Sobre este tema puede verse extensamente SÁNCHEZ URBANO, C.: “Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género). *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2019.BIB 2019\2259.

<sup>133</sup> Cfr. Remitimos, a nuestro pesar, al reciente caso de Sueca que detalla el siguiente enlace: <https://www.lasprovincias.es/sucesos/juez-fijo-custodia-compartida-nino-sueca-condena-maltrato-padre-20220404121017-nt.html>.

<sup>134</sup> Sobre esta temática con carácter general remitimos a la monografía de ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Ed. Wolters Kluwer España, 2017.

podrá suspender el régimen de visitas o relación cuando el menor dependa de él velando por la seguridad del menor<sup>135</sup>. Se trata de un tema no exento de controversia con opiniones diversas que van desde aquellos que piensan que debería producirse la suspensión del derecho de visita con la simple declaración de abandono del hogar familiar por el presunto maltratador, en la medida en que el niño, aunque sea de forma indirecta ha sido protagonista de esa violencia, hasta aquellos otros que consideran que debería mantenerse el derecho de visita aún en casos de violencia de género y sólo acordar la suspensión cuando suponga un peligro para el niño (lo que resulta obvio) por el impacto negativo que tendría para el menor perder todo contacto con su progenitor<sup>136</sup>.

Señala el mismo precepto citado antes- el art 66- que *“si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”*.

Precisamente de esta cuestión se ocupa el artículo 94 CC recientemente modificado por la Ley 8/2021, que pasa a tener la siguiente redacción:

*“La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

*Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior.*

*La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran*

---

<sup>135</sup> Cfr. esta polémica en MAGRO SERVET, V: “El régimen de visitas en la violencia de género”. *La Ley. Práctica de Tribunales*, Núm. 100, 2013. La Ley 19268/2012

<sup>136</sup> *Ídem*.

*circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.*

*No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que 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 sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.*

*No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.*

*Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad”.*

Esto conlleva en principio que, tras la reforma operada, exista una prohibición clara en los supuestos de violencia de género, prohibición que, en principio, resulta imperativa, salvo que el Juez entienda en resolución motivada que no debe suspenderse dicho régimen; en cuyo caso, tiene que pronunciarse sobre la forma en la que se debe ejercer dicho derecho (el tiempo, el modo y el lugar para ejercitar dicho derecho), que debe desarrollarse en las condiciones necesarias de seguridad.

En todo caso, si al progenitor se le hubiera privado de la patria potestad, parece lógico pensar que también se haga lo propio con el régimen de visitas velando por el interés

del menor, siempre superior a cualquier otro, y su bienestar<sup>137</sup>. No obstante, dada su naturaleza, ésta será una medida de carácter excepcional exigiéndose para su adopción que concurra una circunstancia de gravedad que la justifique, teniendo en cuenta también la situación específica y procurando salvaguardar por encima de todo el interés del menor.

Los supuestos en los que procedería su adopción se relacionan con el hecho de que el padre esté incurso en un procedimiento penal, que lo esté la madre (en lo que sería un procedimiento de violencia doméstica) o que lo estén ambos en lo que sería un procedimiento penal por violencia de género. Curiosamente entre los dos primeros casos existen notables diferencias, entre otras, el juzgado competente que, en el caso del padre sería el de violencia de género, y en el caso de la madre el de familia, por lo que resulta más fácil que al padre se le retire la guarda y custodia que a la madre<sup>138</sup>. Si ambos lo están, lo lógico sería retirársela a ambos si el interés del menor así lo justifica, lo que determinaría la fijación, en su caso, si el juez lo estima oportuno y no decide suspender el correspondiente régimen de visitas.

Si se dicta una orden de protección, al amparo de lo dispuesto en el art. 544 ter LECrim<sup>139</sup>, cabe entender que se está incurso en dicho procedimiento penal y, por ello, se podrá suspender el régimen de visitas, insistimos, si estuviera justificado por el interés del menor, lo que no ocurre en todos los casos<sup>140</sup>. Por regla general, en este tipo de situaciones se suele acudir a la utilización de los ya citados Puntos de Encuentro Familiar, que resultarán necesarios cuando el agresor se encuentra en situación de orden

---

<sup>137</sup> *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de 903/2005 de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7037)

<sup>138</sup> En tal sentido la Audiencia provincial de Huesca no se la retira a una madre tras condenarla en sentencia firme por agredir al padre (*Cfr.* Sentencia de la Audiencia provincial de Huesca (Sección primera) de 27 de febrero de 2019 (ECLI: ES: APHU: 19: 2019))

<sup>139</sup> Este precepto regula lo que se ha dado en llamar la orden integral de protección, que sólo podrá concederse a las víctimas de violencia doméstica, y por un elenco de delitos muy concretos, orden que le confiere un estatus singular, ya que se le podrán conceder tanto medidas de carácter penal de las examinadas en el precepto anterior, como medidas de naturaleza estrictamente civil y relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar, el régimen de estancia, comunicación y visitas de los hijos menores, la prestación de alimentos y cualquier otra que pueda reputarse conveniente. De analizar el contenido civil de la orden de protección se ocupa ampliamente DIEZ GARCÍA, H.: DIEZ GARCÍA, H.: “Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género”, ob., cit.,209 y ss.

<sup>140</sup> Así en la Sentencia de la Audiencia provincial de León (Sección segunda)2011/2014, de 30 de septiembre se mantiene la custodia del padre incluso con orden de protección por ser la figura más estable para el menor.

de alejamiento de la víctima y/o de sus familiares, como lugar en el que se produzca la reunión con los hijos<sup>141</sup>.

Nos gustaría evidenciar que la nueva redacción del artículo 94 del CC ha incorporado una prohibición absoluta- “no procederá en ningún caso”- del establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor que se encuentre en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordado en un procedimiento penal por delitos por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, lo que deja sin efectos y sin posibilidad de excepción alguna lo que preceptúa la misma norma en el artículo 160, precepto que, hasta esta reforma, contemplaba que en los casos de existir una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género en los que se privara al padre de libertad (y siempre que el interés del menor lo aconsejase), la Administración competente podía facilitar el traslado del menor al centro penitenciario acompañado por un familiar o profesional competente con el fin de que el menor se relacionara con su padre<sup>142</sup>.

Con carácter general, y tras la reforma, el efecto derivado de la supresión del régimen de visitas del padre en estos casos de violencia de género<sup>143</sup> sería la imposibilidad de adoptar la guarda y custodia a favor del mismo, ya que sin régimen de visitas resultaría imposible optar por la custodia (todo ello a salvo de que en el desarrollo del procedimiento y sin producirse el supuesto de prohibición absoluta el Juez o el Ministerio fiscal entiendan que por el interés superior del menor se deben adoptar ambas resoluciones).

Con todo ello, el legislador con la última reforma del Código Civil evidencia que la suspensión del derecho de comunicaciones parece resultar una medida adecuada en aquellos supuestos en los que el menor se haya visto afectado por los actos de violencia

---

<sup>141</sup> Los puntos de encuentro familiar (PEF) se perciben como unos espacios de carácter neutral cuyo objetivo principal es lograr el favorecimiento del derecho de los hijos a mantener relaciones con sus progenitores o familiares en encuentros asistidos por personal cualificado con el fin de emitir los dictámenes periciales oportunos (Cfr. V., PERAL LÓPEZ, M.C., “La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visita”, *Tesis Doctoral*, Universidad de Granada, 2017, cit., pág. 451 y ss.)

<sup>142</sup> Dicha visita deberá tener lugar fuera del horario escolar y en un ambiente adecuando con el fin de que el menor se sienta lo mejor posible.

<sup>143</sup> Obviamente, el art. 160 CC en este punto sigue vigente para otros supuestos. vr. gr. cuando el progenitor está en prisión por otros tipos delictivos como por ejemplo, por estafa.

que se hayan perpetrado en su entorno familiar y particularmente adecuada- tanto que no se da ninguna opción- en los casos más extremos.

Para cerrar esta cuestión solamente señalar a este respecto que el régimen de visitas puede establecerse a través de diferentes vías en el proceso civil que coinciden, normalmente, con las señaladas para los casos de guarda y custodia. Debemos reiterar, no obstante, que el camino procesal va a depender del estado del procedimiento civil en cada caso. Si éste hubiera terminado y las medidas se han adoptado y resuelto en esta vía, deberá evaluarse la incidencia del procedimiento penal de violencia de género en esta situación. En estos casos, si no hay procedimiento civil, y por tanto ninguna medida tomada al respecto, se inicia por el Juzgado de Violencia de género; si el procedimiento estaba iniciado, y se hubieran tomado medidas provisionales previas o coetáneas o no se hubiera tomado ninguna, ante la existencia de violencia de género deberá inhibirse el Juzgado a favor del Juzgado de violencia de género que adoptará las oportunas.

#### **2.4. Otras medidas.**

También desde el punto de vista del ordenamiento civil hay otras medidas que deben adoptarse a favor de los menores que tienen que ver con la atribución del domicilio familiar y la pensión de alimentos. Cerraremos este epígrafe aludiendo, brevemente a estas cuestiones.

##### **2.4.1. El uso de la vivienda habitual.**

Conforme a lo que dispone el artículo 96 del Código Civil, recientemente modificada por la Ley 8/2021 de 2 de junio<sup>144</sup>, y en lo que a nosotros nos interesa

---

<sup>144</sup> En concreto la modificación se introduce por el artículo 2.1 de dicha Ley, ya citada, [Ref. BOE-A-2021-9233](#) y entró en vigor el 3 de septiembre de 2021 y deja redactado este precepto como sigue: “1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

*A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la*

especialmente, en los supuestos de violencia de género, en los procedimientos de medidas que se llevan a cabo debe haber un pronunciamiento sobre la atribución del domicilio familiar en el que los menores deben permanecer.

En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia 320/2014, de 16 de junio<sup>145</sup> ha señalado- referido a su redacción anterior- que el artículo 96 del Código Civil en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar<sup>146</sup> corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Añade el Alto Tribunal en lo que nos interesa resaltar que *“el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley orgánica de protección del menor, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96CC<sup>147</sup>”*

---

continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

*Extinguído el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.*

*Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.*

*2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.*

*3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.*

<sup>145</sup> ECLI:ES:TS: 2014:2258.

<sup>146</sup> Sobre esta realidad remitimos a PLANES MORENO, M<sup>a</sup>. D.: *“La vivienda familiar”*, en *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, HIJAS FERNÁNDEZ, E.,; GONZÁLEZ DEL POZO, JP.; PLANES MORENO, M.D.;SANTANA PÁEZ, E (Coords.), Colex, Madrid, 2009, pág. 948.

<sup>147</sup> Añade en la misma Sentencia que *“esta Sala ha introducido algunas excepciones a la medida de uso cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: una, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otra, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros*

En todo caso, en la medida en que hay menores implicados, hay que recordar que regirá el principio *favor filii*. Lo que supone decir que, solo se atribuirá el uso de estos bienes al progenitor no custodio, cuando los derechos e intereses de los menores queden debidamente garantizados. Al menor se le deben prestar alimentos- y entre éstos está la habitación- por lo que el uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del matrimonio- e incluso si se trata de una pareja de hecho<sup>148</sup>- o de la titularidad atribuible a cada cónyuge. En la atribución del domicilio familiar que es donde la familia desarrolla su vida cotidiana y habitual y sus derechos, por lo que, además de las circunstancias generales habrá de valorarse, en los supuestos de violencia de género, la situación de la mujer, y sobre todo la de los menores afectados por la misma<sup>149</sup>.

De esta forma, si se ha dictado una orden de protección se puede atribuir inicialmente la vivienda a las víctimas, si bien esto se decidirá de forma definitiva en el posterior procedimiento civil<sup>150</sup>. En el momento de atribuir la misma se atenderá en

---

*medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011 ; 5 de noviembre 2012, 15 de marzo 2013, entre otras). Advertiendo, además que no es el caso que allí se dirime.*

<sup>148</sup> Cfr. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A.: “Contenido de la orden de protección” *Revista jurídica Sepin. Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18871, diciembre, 2014, págs. 19 y 20 disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento> (Consultado el 10 de mayo de 2022).

<sup>149</sup> Se ha ocupado de esta cuestión extensamente ORDÁS ALONSO quien entiende que el mandato del artículo 96. I del Código Civil contiene una mera presunción *iuris tantum* de que el interés de los hijos se satisface únicamente mediante la atribución a éstos y al cónyuge en cuya compañía se queden el uso de la vivienda familiar, pudiendo el interés de los hijos ser satisfecho también a través de otras formas diferentes que no impliquen necesariamente la atribución de la vivienda familiar. Esta profesora es muy crítica con la interpretación automática que suele darse a esta norma en la práctica forense muy ligada a hacer una aplicación de la misma apegada a la letra del precepto, pues la interpretación taxativa e imperativa que suele hacerse de él impide entender que el interés del menor a disponer de una vivienda digna y adecuada pueda ser protegido y mejor atendido por otras vías distintas de la asignación de la que era vivienda familiar. (Cfr. ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, 2018, Capítulos 3 y ss.)

<sup>150</sup> La atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de violencia de género se podría adoptar antes, dentro de las medidas cautelares civiles que se pueden incluir en una orden de protección (art. 544 ter.7 párrafo 2.º de la LECrim (Cfr. SOTORRA CAMPODARVE, M. C.: “Protección en el ámbito penal” en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense* (P. Rivas Vallejo y G. Barrios Baudor (Dirs)), Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 494 y 495. En el supuesto de que las medidas de carácter civil hayan sido establecidas en la orden de protección, tan solo contarán con una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término, las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

estos casos a la existencia de menores comunes o no, mayores de edad convivientes sin ingresos propios o hijos con discapacidad teniendo en cuenta si se ha decretado la prohibición de guarda y custodia para el agresor. En la mayoría de los casos, mientras los hijos sean menores, según la actual reforma, en los casos de violencia de género la vivienda se atribuirá a la madre entendiéndose que, al ser los menores beneficiarios del uso, éste se extenderá al progenitor en cuya compañía quedan.

Para concluir debemos aludir a una serie de circunstancias especiales que pueden producirse en los casos de violencia de género ligadas a la atribución de vivienda y que, favoreciendo a la mujer, pueden beneficiar a los menores como son la inclusión a las mujeres víctimas de violencia de género entre las personas vulnerables para la reducción de cargas financieras<sup>151</sup> o la posibilidad de que la víctima acuerde con una Agencia estatal o sociedad pública la permuta del uso de la vivienda<sup>152</sup>.

#### **2.4.2. La pensión de alimentos.**

Como es sabido, los alimentos de los hijos constituyen uno de los deberes fundamentales derivados de la patria potestad, concreción del deber genérico de velar, atender y cuidar de los hijos, obligación que encuentra su amparo legal en el art 93 del Código Civil cuando se trata de separación o divorcio, donde hace referencia en especial a los alimentos de los hijos, como consecuencia de las relaciones paterno-filiales y en el caso de los menores de edad, derivado de la patria potestad<sup>153</sup>. Nos encontramos ante una obligación legal que resulta exigible ante los Tribunales de Justicia y que persiste pese a que hubiera recaído sentencia en la cual se priva al progenitor de la patria potestad, salvo que se de alguno de los presupuestos que contempla el art 152 CC que supone la extinción de la pensión de alimentos.

Pues bien, si ya es difícil en los casos habituales de separación y divorcio fijar la pensión de alimentos a los hijos menores, mucho más en los casos en los que existe

---

<sup>151</sup> Ley 25/15 de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.

<sup>152</sup> Art. 64.2 LO 1/2004, ya citada. El art. 64 LOVG habla de la obligación de salir del domicilio en el que hubiera estado residiendo con la pareja o tenga su residencia la unidad familiar, en lugar de la prohibición de residir en general, y la prohibición de volver al mismo (arts. 64.1 LOVG).

<sup>153</sup> Cfr. SERRANO CASTRO, F.: *Relaciones paterno-filiales*, El Derecho, Madrid, 2010, pág. 175.

violencia de género en los que además no se regulan especialidades reseñables. Ha sido la jurisprudencia la que ha venido fijando los criterios que, conforme a la adecuada interpretación de los artículos 93, 142, 145 y 146 del CC., deben seguirse y que se resumen en la proporcionalidad entre los medios con los que cuenta el alimentante y lo que necesita el alimentista, sin olvidar que el progenitor que tiene la custodia- en estos casos casi siempre la madre- conforme al art 146 CC.

El artículo 142 del CC señala que, respecto de los hijos menores en común, “*se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*”<sup>154</sup>.

Ello supone, normalmente, lo necesario para el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica- que en estos casos puede incluir los tratamientos terapéuticos de carácter psicológico<sup>155</sup>-, la educación y la instrucción de los menores.

En los casos de violencia de género, las singularidades pueden venir dadas por la existencia de varias circunstancias: por ejemplo, que el padre esté en prisión- por delitos de violencia u otros- supuesto que, como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de octubre de 2014<sup>156</sup>, no tiene por qué implicar que no se pague esta pensión por alimentos si no se prueba por el progenitor en semejante situación la imposibilidad de hacerlo<sup>157</sup>. De hecho, señala el TS en esta sentencia de interés casacional respecto a la interpretación del art. 142 del CC que “*la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93*

---

<sup>154</sup> Sobre los diferentes aspectos a los que apunta este precepto remitimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5702)

<sup>155</sup> Cfr. Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª) núm. 138/2018 de 30 julio, (ECLI:ES:APC:2018:1749)

<sup>156</sup> ECLI:ES:TS: 2014: 3877.

<sup>157</sup> Analiza esta cuestión en la jurisprudencia COSTAS RODAL, L.: “Novedades jurisprudenciales en materia de suspensión de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores por entrar en prisión el progenitor alimentante”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015 parte Jurisprudencia. Comentarios.

CC, de “las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”... Ningún alimento se puede suspender por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor alimentante, gravando a la madre de los menores con la obligación de soportarlos en exclusiva, cuando nada de esto se acredita”.<sup>158</sup>

Eso sí, si no tuviera recursos económicos, lo normal, sobre todo existiendo menores, es fijar un mínimo, por mínimo que sea<sup>159</sup>, tal y como como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2015, “aun a costa de un gran sacrificio para el progenitor alimentante”<sup>160</sup>.

Coincidimos con DELGADO ECHEVARRÍA, en que, en tanto que preferente a las demás obligaciones de alimentos, el deber de mantener y alimentar a los hijos menores obliga civilmente a compartir los medios de fortuna hasta límite cercano al de la propia subsistencia<sup>161</sup> de forma que solo cedería en los casos de pobreza absoluta y solo mediante una suspensión de la misma<sup>162</sup>. Por eso mismo, el análisis del caso concreto y la revisión del juicio de proporcionalidad<sup>163</sup> realizado se van a convertir necesariamente en elementos esenciales de este tipo de decisiones porque no es descartable la alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al establecerla que puede imponer un límite a esta obligación de prestación de los alimentos y que si se modifican deberán ser tenidas en cuenta para mejorar la misma.

Para terminar, no queremos dejar de mencionar un gasto específico que afecta a los menores en este tipo de situaciones relacionado con la necesidad que pueden tener derivado de la ayuda psicológica

---

<sup>158</sup> Puede verse cómo se aplica en la práctica este supuesto en TARDÓN OLMOS, M. «El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica», *La Ley*, 7865/2016, Derecho de Familia núm. 12, 2016.

<sup>159</sup> Cfr. GONZÁLEZ VALVERDE; A.: “La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 3 (julio-septiembre, 2019) Estudios, pp. 73-118 disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php> (Consultado el 14 de mayo de 2022)

<sup>160</sup> ECLI:ES:TS: 2015: 439.

<sup>161</sup> Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Artículo 152 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, ed. Ministerio de Justicia, 1993, pp. 540-541.

<sup>162</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015: 568)

<sup>163</sup> Los tribunales ya han evidenciado la falta de lógica en imponer pensiones demasiado altas cuyo cumplimiento sería imposible( Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid , sección 22, de 2 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:643). Sentencia del Tribunal Supremo 1766/2022, de 28 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1766)

Para concluir apuntar aquí que en los casos de violencia de género es importante determinar la incidencia que puede tener en la determinación de la pensión de alimentos las ayudas que puedan establecerse para la víctima conforme a lo dispuesto en el art 27 de la LO 1/2004, ya mencionada. En este caso, y por defender la interpretación más favorable para la mujer y los menores, y en la medida en que se trata de una medida social que les sirve a éstos últimos para independizarse de su agresor, coincidimos con quienes entienden que debe excluirse como renta a la hora de computar la pensión de alimentos que debe pagar el otro progenitor<sup>164</sup>.

#### **2.4.3. Breve alusión a las cargas familiares y su reparto.**

Teniendo en cuenta que la temática que tratamos en este estudio parte de la situación que tienen los menores en los supuestos de violencia de género y cómo se regulan las consecuencias de la misma en el ordenamiento civil, no queremos acabar sin mencionar las cargas familiares- en la medida en que las mismas se generan y afectan a los menores- y cómo deben repartirse las mismas en estos supuestos.

Entendemos por tales, a partir de la asimilación que ha hecho la doctrina del Tribunal Supremo de cargas matrimoniales y cargas familiares, entre otras en su Sentencia de 17 de febrero de 2014<sup>165</sup>, las mencionadas en el art. 1362 del CC que menciona los gastos relativos al sostenimiento de familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia (esposos e hijos). En el caso de ruptura matrimonial, los arts. 90 d) y 91 del CC establecen la obligación de contribuir al sostenimiento de dichas cargas, lo que pese a lo que pudiera parecer, no resulta fácil y mucho menos en los casos a los que la ruptura se suma que la causa es por violencia de género. Ello obliga al juez a determinarlo en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos. De hecho, tras la adjudicación del uso de la vivienda familiar en estos casos el Tribunal Supremo en su jurisprudencia los criterios para determinar quién corre con los gastos inherentes a la propiedad- impuestos, comunidad o seguros- o al

---

<sup>164</sup> Cfr. VENTURA FRANCH, A.: “El derecho a la protección social de las víctimas de la violencia de género. Estudio sistemático del Título II de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género de acuerdo con la distribución territorial del Estado, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 2007, pp. 134, 197 y 198.

<sup>165</sup> ECLI: ES:TS:2014: 494.

uso de dicha vivienda teléfono, luz, agua- o quien debe abonar el gasto hipotecario que puede recaer sobre dicha vivienda.

Así, los gastos inherentes al uso de la vivienda- agua, luz. Teléfono, se atribuyen pacíficamente a quien hace uso del bien; no obstante, otros inherentes a la propiedad de la vivienda (seguros, impuestos o comunidad) son más controvertidos, entendiendo el alto Tribunal que corresponden al propietario tenga o no atribuido su uso (*vr.gr.* Sentencia del Tribunal Supremo 399 de 27 de junio de 2018<sup>166</sup>). En cualquier caso, se trata de gastos que, a falta de pacto- que no suele darse en estos casos- deben fijarse por el juez velando por el interés y el bienestar de los menores.

---

<sup>166</sup> ECLI:ES:TS:2018;2474.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se entiende por violencia de género aquella que ejercen los hombres sobre las mujeres por el simple hecho de serlo, es decir, por pensar que el sexo femenino es inferior y debe continuar siéndolo. Por el contrario de lo que se suele pensar, no se hace referencia solo a la física, si no que cabe también cualquier tipo de manifestación que pretenda menospreciar, subordinar o minar a la mujer, como puede ser el caso de la violencia psíquica.

SEGUNDA.- Este tipo de violencia ha sido y es una lacra en nuestra sociedad. Es por tanto que nuestro Derecho se ha visto obligado a establecer una regulación específica en todos sus órdenes, pasando esta por diversas reformas y modificaciones a lo largo de los años, que ha afectado a diferentes ámbitos del derecho y que ha dado lugar a que el legislador haya ido avanzando en la regulación de medidas en el ámbito penal, laboral, procesal o civil que buscan la protección a las víctimas se haya visto incrementada de forma sucesiva a través de la aprobación de varias leyes capitales y de la reforma, entre otros, del Código Penal y del Código Civil.

TERCERA.- El legislador también ha sido consciente de que los menores pueden convertirse en claras víctimas de situaciones de violencia de género que afectan a las mujeres con hijos a su cargo, por lo que el ordenamiento jurídico ha ampliado las medidas de protección a estas víctimas invisibles que se han convertido en los claros protagonistas de las últimas reformas legislativas que buscan su especial protección cuando se enfrentan a este tipo de situaciones.

CUARTA.- En los casos de violencia de género resulta esencial velar por el interés de los menores de edad, ya que nunca deben quedar desprotegidos. La labor del legislador ha incidido cada vez más en la necesaria protección de estos menores con la aplicación de determinadas medidas. Se parte de la idea esencial de que el interés del menor es preferente frente al interés de los progenitores en caso de colisión.

QUINTA.- Destacan la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y la Ley 26/2015 de 28 de julio de Protección a la Infancia y la Adolescencia que han supuesto un avance cualitativo en

la protección de estas víctimas invisibles que, asumidos como sujetos protegibles, se convierten en “víctimas indirectas” de esta violencia. En cuanto a las medidas de protección, suponen determinadas limitaciones que, en el orden civil, conllevan medidas cautelares o restricciones de las funciones parentales centradas en la regulación de la patria potestad y custodia de estos menores, así como en el régimen de visitas, estancias y comunicaciones del hombre inculpado por violencia de género respecto de los mismos, lo que supone la reforma de los artículos 158 y 160 del Código Civil.

SEXTA.- En los casos de violencia de género que afectan a los menores el juez debe establecer las correspondientes medidas que en el ámbito civil tienen especial trascendencia para los menores, al afectar al ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, el derecho y el régimen de visitas, así como el régimen de alimentos y el uso de la vivienda habitual en estos casos. Su importancia ha dado lugar a que hayan sido objeto de la última reforma del Código Civil de 2021, que ha servido para reforzar la protección de estos menores con la voluntad clara de avanzar y conseguir su máxima protección, que se entiende mucho mejor desde el estudio pormenorizado de cada una de las medidas protectoras previstas, así como de los parámetros de aplicación que el legislador y la doctrina jurisprudencial han ido marcando para cada una de ellas.

SÉPTIMA .- Una de las cuestiones esenciales a determinar en los casos de violencia de género que afectan a menores es la atribución de la patria potestad (artículo 90.1 del CC) y su ejercicio. Si el progenitor agresor es inculpado por violencia de género podrá llegar a ser suspendido de la patria potestad de sus hijos atribuyéndose la misma a la madre; si no se decreta la suspensión el juez deberá pronunciarse sobre la forma en la que se ejercerá, adoptando las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad, y recuperación de los menores, realizando un seguimiento periódico de su evolución. No obstante, la privación de la titularidad solo resultará posible en los términos previstos por el art. 170 CC que exige una sentencia, sin perjuicio de una eventual recuperación. Con la reciente reforma operada por la Ley 8/ 2021 de 2 de junio, ya no hace falta sentencia condenatoria, y ni tan siquiera denuncia porque si hay intervención de un “servicio especializado de violencia de género” el progenitor maltratador puede privado de la patria potestad, determinándose que sea ejercida en exclusiva por el otro progenitor. Se asume que existiendo una denuncia si hay menores en el entorno cercano de la víctima de violencia y/o dependientes de ella, están sujetos a

una situación de riesgo y, por ello, debe incluirse en el marco de las medidas cautelares que se adopten, medidas que afectan al régimen de relaciones familiares y, en concreto, al régimen de la patria potestad.

OCTAVA.- La privación de la patria potestad no conllevará consigo la privación del ejercicio de comunicación con los hijos a través del régimen de estancias ya que, como establece el art. 160, apartado primero, del Código Civil “los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad”. No obstante, la guarda y custodia y el régimen de visitas se verán hasta cierto punto arrastrados por la decisión que se tome al respecto de la patria potestad, resultando muy difícil que se mantengan si ésta se ve cautelarmente suspendida. En todo caso, el juez regulará el ejercicio de la guarda pudiéndose optar, en estos casos, por acudir al modelo de la custodia a favor de terceros siempre velando por el interés del menor.

NOVENA.- El régimen de visitas, que se justifica por la necesidad de que el menor pueda relacionarse con el progenitor a quien no se atribuye la guarda y custodia en los casos de violencia de género, suscita opiniones diversas acerca de la necesaria suspensión en favor del niño o la necesidad de que siga relacionándose con el progenitor. La Ley 8/2021, de reforma del Código Civil modifica el artículo 94 para establecer una prohibición imperativa, salvo que el Juez entienda en resolución motivada que no debe suspenderse dicho régimen en cuyo caso, tiene que pronunciarse sobre la forma en la que se debe ejercer dicho derecho (el tiempo, el modo y el lugar para ejercitar dicho derecho), que debe desarrollarse en las condiciones necesarias de seguridad para el menor. No obstante, dada su naturaleza, ésta será una medida de carácter excepcional exigiéndose para su adopción que concurra una circunstancia de gravedad que la justifique, teniendo en cuenta también la situación específica y procurando salvaguardar por encima de todo el interés del menor. La prohibición es absoluta respecto del progenitor que se encuentre en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordado en un procedimiento penal por delitos por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.

DÉCIMA.- Conforme a lo que dispone el artículo 96 del Código Civil también afectado

por la reciente reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio, en los supuestos de violencia de género, debe haber un pronunciamiento sobre la atribución del domicilio familiar en el que los menores deben permanecer, rigiendo el principio *favor filii*, lo que en la práctica supone que mientras los hijos sean menores generalmente la vivienda se atribuya a la madre. En el caso de la pensión de alimentos en los que existe violencia de género en los que además no se regulan especialidades reseñables, se tendrá en cuenta en sede judicial la proporcionalidad entre los medios con los que cuenta el alimentante y lo que necesita el alimentista.

UNDÉCIMA.- Es imprescindible que el ordenamiento jurídico español y en particular el Código Civil siga estableciendo medidas para proteger a los menores en los casos de violencia de género, sin que deba asustarnos que se llegue a suspender la patria potestad, la guarda y custodia o el régimen de visitas de los maltratadores en estos casos, lo que, en nuestra opinión, no debe ser objeto de debate ya que resulta profundamente cuestionable que, pese a lo que algunos puedan decir, un maltratador pueda ser buen padre.

## BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN ROIG, M.J.: “Violencia y discriminación: evoluciones conceptuales”, *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, QUICIOS MOLINA, S./ ÁLVAREZ MEDIDA, S. (Dir.), Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

ASÚA, A.: “Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en la legislación española”, Capítulo del libro: *Panorama internacional del Derecho de familia*, Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.

BONINO, L.: “Las microviolencias y sus efectos”, *Revista argentina de clínica psicológica*, VIII, 1999.

BOURDIEU, P.: *La dominación masculina*. Anagrama. Barcelona. 2000.

CASADO CASADO, B.: “Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, julio 2019.

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

COSTAS RODAL, L.: “Novedades jurisprudenciales en materia de suspensión de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores por entrar en prisión el progenitor alimentante”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015.

DE PEÑAFLORES R. y ARBULO, B.: “El traslado ilícito de menores: aspectos jurídicos y psicológicos”. *Revista Psicopatología Clínica, legal y Forense*. Vol. 2, núm. 3, 2009.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Artículo 152 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, ed. Ministerio de Justicia, 1993.

DIEZ GARCÍA, H.: “Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género”, *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, QUICIOS MOLINA, S./ ÁLVAREZ MEDIDA, S. (Dir.), Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil. Derechos reales, Derecho de Familia y Derecho de sucesiones*. Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

DURÁN FEBRER, M.: “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista Artículo 14. Una perspectiva de género*. Instituto de la Mujer, número 17, diciembre de 2004.

FREIXES SANJUÁN, T.: “Las normas de prevención de la violencia de género. Reflexiones en torno al marco internacional y europeo”, *Revista Artículo 14, Una perspectiva de género*. Instituto de la Mujer. Número 6, Año 2001

GARCÍA RUBIO, M.P.: “El marco civil en la violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, (M. DE HOYOS SANCHO Dir.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “Tres graves falencias del estatuto de la víctima del delito cuando la mujer es víctima de violencia doméstica, de género, de tratos vejatorios y humillantes, o de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en *La Víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (Coord. M. DE HOYOS SACHO), Aranzadi, Pamplona, 2017.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.A.: “Contenido de la orden de protección” *Revista jurídica Sepin. Violencia Doméstica y de Género*, ref.: SP/DOCT/18871, diciembre, 2014 en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento>

GONZÁLEZ VALVERDE; A.: “La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 3 (julio-septiembre, 2019).

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. (M. DE HOYOS SANCHO Dir.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

GUTIERREZ ROMERO, F.M.: “Guarda y custodia compartida: supuestos de exclusión en los casos de violencia de género”, *Revista jurídica SEPIN. Violencia doméstica y de Género*. Artículo Monográfico. Abril 2018, SP/DOCT/73299, disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento>

HIERRO SÁNCHEZ- PESCADOR, L.: “Víctimas y Derechos”, *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, QUICIOS MOLINA, S./ ÁLVAREZ MEDIDA, S. (Dir.), Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

HIJAS FERNÁNDEZ, E.: “Algunas cuestiones polémicas en el derecho de familia”, *Revista jurídica SEPIN. Violencia doméstica y de Género*. Artículo Monográfico. Diciembre 2019, SP/DOCT/83692, disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento>

LASARTE ALVÁREZ, C: *Derecho de familia*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.

LORENTE ACOSTA, M. y J.A.: *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*. Ed. Comares, Granada, 1998.

MAGRO SERVET, V.: “Violencia de género. 337 preguntas y respuestas”, 12 /2009, Ed. SEPIN, disponible en <https://sepin.es/violencia-doméstica>

MAGRO SERVET, V.: “El régimen de visitas en la violencia de género”. *La Ley. Práctica de Tribunales*, Núm. 100, 2013. La Ley 19268/2012.

MAQUEDA ABREU, M. L.: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, 2006, pág. 1, que puede verse en <http://criminnet.ugr.es/recpc> (Consultada el 2 de febrero de 2022).

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “Menores y violencia de género Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género”, *Indret*, núm. 2, 2018.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J.: “Breve análisis de la ley de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, *Economist & Jurist*, 27 de abril, de 2021, disponible en artículos <https://www.economistjurist.es/>

MELERO, N.: “Reivindicar la igualdad de mujeres y hombres en la sociedad: una aproximación al concepto de género”, *Revista Barataria*, núm. 11, 2010.

NACIONES UNIDAS: Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993, en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>

ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Ed. Wolters Kluwer España, 2017.

ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, 2018.

ORTELL RAMOS, M. “Tratamiento de la violencia doméstica en la LECriminal (Un comentario a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de las ODP de las víctimas de violencia doméstica)”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

PERAL LÓPEZ, M.C., “La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visita”, *Tesis Doctoral*, Universidad de Granada, 2017, disponible en <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/47880/26563216.pdf?sequence=1&isAlloved=y>

PLANES MORENO, M<sup>a</sup>. D.: “La vivienda familiar», en *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, HIJAS FERNÁNDEZ, E.,; GONZÁLEZ DEL POZO, JP.; PLANES MORENO, M.D.;SANTANA PÁEZ, E (Coords.)Colex, Madrid, 2009.

PLAZA VELASCO, M.: “Sobre el concepto de “violencia de género. Violencia simbólica, lenguaje, representación”, *Revista electrónica de literatura comparada*, núm. 2, 2007.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 4, 2013.

REYES CANO, P.: “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, *Revista de la Universidad de Granada*, Núm. 51, 2017 en <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6259/5573>

REYES CANO, P.: *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas*, Colección: Premio de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género a Tesis Doctorales sobre Violencia contra la Mujer, 2019, en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/pdfs/Tesis\\_8\\_Menores\\_y\\_violencia\\_genero.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/pdfs/Tesis_8_Menores_y_violencia_genero.pdf)

RIVERA ÁLVAREZ. J.: “La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección social jurídica del menor, algunas consideraciones relevantes”, *Cuadernos de trabajo social*, núm. 10, 1997.

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

SÁNCHEZ URBANO, C.: “Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género). *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2019.

SAVE THE CHILDREN: “En la violencia de género no hay una sola víctima. Atención a los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género”, 2011, en [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia\\_de\\_genero\\_victima.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia_de_genero_victima.pdf)

SEGURA, C., GIL, M.J. y SEPÚLVEDA, M.A.: “El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”, *Cuadernos de medicina forense*, Núm. 43-44, ene./abr. 2006.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La patria potestad” en PUIG i FERRIOL, LL et al.: *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

SERRANO CASTRO, F.: *Relaciones paterno-filiales*, El Derecho, Madrid, 2010.

SILLERO CROVETTO, B.: “Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 54, 2012.

SOTORRA CAMPODARVE, M. C.: “Protección en el ámbito penal” en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense* (P. Rivas Vallejo y G. Barrios Baudor (Dir.)), Aranzadi, Navarra, 2014.

TARDÓN OLMOS, M. «*El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica*», *La Ley*, 7865/2016, Derecho de Familia núm. 12, 2016.

TOLDRÁ ROCA, D.: “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (II). La protección de menores: encrucijada judicial”, *La protección de la Víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, (ROMERO BURILLO, A.M. (Dir.), Aranzadi, 2016.

UNDURRAGA VALDÉS, V.: “Violencia contra las mujeres en la familia, autonomía económica y políticas públicas”, *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Ed. Aranzadi, 2019.

VALLESPIN PÉREZ, D.: “El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción?”, *Práctica de los Tribunales. revista de derecho procesal civil y mercantil*, Núm. 100, 2013.

VENTURA FRANCH, A.: “El derecho a la protección social de las víctimas de la violencia de género. Estudio sistemático del Título II de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género de acuerdo con la distribución territorial del Estado, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 2007.

VILLANUEVA BADENES, L., GÓRRIZ, A.B. y CUERVO, K.: “Cuando el menor es víctima de la violencia”, *Revista Electrónica de Motivación y Emoción (REME)*, vol., 12, núm. 32-33, 2009.

YUGUEROS GARCÍA, A.J.: “La protección de las menores víctimas de violencia de género en España”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 70, Abril de 2016.

## **ANEXO JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Constitucional**

STC 141/2000 de 29 de mayo (ECLI:ES:TC:2000:141)

STC 4/2001, de 15 de enero (ECLI:ES:TC:2001:4).

STC 221/2002, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TC:2002:221)

STC 71/2004 de 19 de abril (ECLI:ES:TC:2004:71)

STC 185/2012, de 17 de octubre 2012 (ECLI:ES:TC:2012:185)

### **Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1960

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1975

Sentencia del Tribunal Supremo de 415/2000, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3419)

Sentencia del Tribunal Supremo 720/2002 de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5126)

Sentencia del Tribunal Supremo de 903/2005 de 21 de noviembre  
(ECLI:ES:TS:2005:7037)

Sentencia del Tribunal Supremo 759/2011 de 2 de noviembre de 2011 (ECLI:  
ES:TS:2011:6904)

Sentencia del Tribunal Supremo 5710/2013, de 25 de noviembre  
(ECLI:ES:TS:2013:5710)

Sentencia del Tribunal Supremo 742/2013 de 27 de noviembre  
(ECLI:ES:TS:2013:5707)

Sentencia del Tribunal Supremo 449/2015 de 12 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:  
2015:439)

Sentencia del Tribunal Supremo 315/2014, de 6 junio (ECLI:ES:TS:2014:2131)

Sentencia del Tribunal Supremo 320/2014, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2258)

Sentencia del Tribunal Supremo 315/2014, de 6 junio (ECLI:ES:TS:2014:2131)

Sentencia del Tribunal Supremo 320/2014, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2258)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS: 2014: 3877)

Sentencia del Tribunal Supremo 568/2015, de 2 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015: 568)

Sentencia del Tribunal Supremo 4086/2015 de 9 de septiembre (ECLI: ES:TS: 2015.3707)

Sentencia del Tribunal Supremo 680/2015, de 26 de noviembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:4900)

Sentencia del Tribunal Supremo 36/2016 de 4 de febrero de 2016 (ECLI: ES: TS: 2016:188)

Sentencia del Tribunal Supremo 188/2016 de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:188)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 51/2016 de 11 de febrero (ECLI: ES:TS:2016:437)

Sentencia del Tribunal Supremo 277/2016, de 25 de abril (ECLI:ES: TS: 2016: 1793)

Sentencia del Tribunal Supremo 319/2016, de 13 mayo (ECLI: ES:TS: 2016:3675)

Sentencia del Tribunal Supremo 433/2016, de 27 de junio (ECLI: ES:TS:2016:3145)

Sentencia del Tribunal Supremo 247/2018, de 24 de mayo de 2018 (ECLI: TS: ECLI:ES:TS:2018:2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 399/2018 de 27 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018;2474)

Sentencia del Tribunal Supremo 4022/2021 de 27 de octubre de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:4022)

Sentencia del Tribunal Supremo 1766/2022, de 28 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1766)

### **Audiencias Provinciales**

Sentencia 275/2015, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, de 27 de octubre de 2015 (ECLI:ES:APAB:2015:924)

Sentencia 675/2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 21 de octubre de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:9798)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 926/2015, Sección 22ª, de 3 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:15204)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) 7 diciembre 2015 (ECLI: ES, APM, 2018, 3992)

Sentencia 1038/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 7 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:APM:2015:17587)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) 21 octubre 2015, (ECLI: ES, APB, 2017, 4248)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) 7 diciembre 2015, (ECLI: ES, APM, 2018, 3992)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia 304/2016, Sección 18, de 21 de abril de 2016, (ECLI:ES:APB:2016:3469)

Sentencia 334/2016 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 2 de mayo de 2016 (ECLI:ES:APV:2016:1794)

Sentencia 218/2016, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 24 de mayo de 2016 (ECLI:ES:APSE:2016:1555)

Sentencia 247/2016, de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 20 de junio de 2016 (ECLI:ES:APCC:2016:375)

Sentencia de la Audiencia provincial de Valencia en su Sentencia 67/2017, Sección 10ª, de 23 de enero de 2017, (ECLI:ES:APV:2017:156)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª) núm. 321/2018 de 25 abril. ARP 2018\808, (ECLI:ES:APM:2018:5780)

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª) núm. 138/2018 de 30 julio, (ECLI:ES:APC:2018:1749)

Sentencia de la Audiencia provincial de Huesca (Sección primera) de 27 de febrero de 2019 (ECLI: ES: APHU: 19: 2019)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, 821/2019 de 26 septiembre (ECLI:ES:APMA:2019:1904)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 2 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:643)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), núm. 578/2020 de 18 septiembre (ECLI:ES:APB:2020:8811)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 418/2021, de 10 noviembre (ECLI:ES:APO:2021:3597)

Sentencia Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) núm. 44/2022 de 24 enero. JUR 2022\136224 (ECLI:ES:APSA:2022:56)