



ESTUDIO

**TRATAMIENTO JUDICIAL
DADO A MUJERES, SUS HIJAS
E HIJOS MENORES DE EDAD
EN LOS PROCEDIMIENTOS
DE DERECHO DE FAMILIA
EN LOS QUE SE HA CONSTATADO
LA EXISTENCIA
DE VIOLENCIA DE GÉNERO**



© Ministerio de Igualdad
Centro de Publicaciones
C/ Alcalá, 37 - 28071 Madrid

Este estudio ha sido promovido y coordinado por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis.

El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva de sus autores y sus autoras y su publicación no significa que la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género se identifique con el mismo.

NIPO en línea: 048-25-017-8

Correo electrónico: dgviolenciagenero@igualdad.gob.es

Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado: <https://cpage.mpr.gob.es>

Equipo de investigación:

Gemma Aibar Cerezo, Isabel Aramburu Muñoz, Carmen Estévez Estévez,
Paloma García-Lozano Puente, María García Olcina,
Altamira Guelbenzu Gonzalo, Pino Inmaculada de la Nuez Ruiz,
Rosa Pérez-Villar Aparicio, Paloma Rey Novo.

Equipo de análisis y redacción:

Isabel Aramburu Muñoz, Pino Inmaculada de la Nuez Ruiz,
Rosa Pérez-Villar Aparicio.

Con la colaboración de:

María Durán Febrer y Altamira Gonzalo Valgañón.

Base de Datos:

Isabel Aramburu Muñoz.

Con agradecimiento para Loreto Plaza Ruiz.

Corrección:

Cristina Martínez de Vega.

Edita:

Asociación de Mujeres Juristas Themis.

1. ÍNDICE

1. ÍNDICE.....	4
2. ABREVIATURAS	6
3. INTRODUCCIÓN	8
4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	10
4.1. Violencia de género oculta tras procedimientos civiles consensuados de ruptura de familia.....	18
4.2. Ámbito del estudio	21
5. METODOLOGÍA	23
6. ANÁLISIS LEGISLATIVO	26
6.1. Normativa nacional	26
6.2. Normativa internacional.....	38
6.3. Normativa comunitaria	40
6.4. Normativa sobre juzgar con perspectiva de género	41
7. ANÁLISIS DEL INTERÉS SUPERIOR DE LAS PERSONAS MENORES	44
7.1. La Convención de los derechos del Niño y su trasposición a la legislación española ...	50
7.2. La Unión Europea y el Consejo de Europa ante el interés superior del menor	53
7.3. Aproximación a la Doctrina y Jurisprudencia sobre el interés superior del menor	54
7.4. La Doctrina del Tribunal Constitucional.....	56
7.5. El interés superior del menor analizado con perspectiva de género	58
8. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DICTADAS POR LOS TSJ Y LAS AP EN MATERIA DE FAMILIA, EN PAREJAS EN LAS QUE HA EXISTIDO VG, EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE ENERO 2022 Y EL 31 DE DICIEMBRE DE 2023.....	61
8.1. Tribunales que las han dictado	61
8.2. Tipos de procedimiento de derecho de familia analizados	62
8.3. Juzgados de origen de las resoluciones judiciales apeladas	63
8.4. Recurrente y recurrido/a	64
8.5. Número y edades de hijas e hijos.....	65
8.6. Valoración de la Violencia de Género en la adopción de las medidas reguladoras del divorcio y ruptura de familia	67

8.6.1. Orden de Protección	69
8.6.2. Incidencia de la violencia de género en la patria potestad	69
8.6.3. Incidencia en la guarda y custodia de hijas e hijos	72
8.6.4. Incidencia en los regímenes de visitas. Visitas en punto de encuentro familiar. Seguimiento por servicios sociales. Informes psicosociales, recomendaciones	79
8.6.5. Derivación a Mediación Familiar y/o a Coordinación de Parentalidad. Síndrome de Alienación Parental. Derivación-recomendación de terapia. Argumentos basados en alta tensión, conflictividad. Advertencias a la madre en relación con el cumplimiento de las visitas	93
8.6.6. Violencia de género no denunciada, pero detectada en el procedimiento judicial	118
8.6.7. Incidencia de la denuncia por abusos sexuales infantiles en la adopción de la patria potestad y guarda y custodia en los procesos de familia	120
9. EL INTERÉS SUPERIOR DE LAS PERSONAS MENORES (ISM) EN LA JURISPRUDENCIA....	124
9.1. Valoración cualitativa a partir del análisis de las sentencias	127
9.2. El ISM respecto a la valoración de la violencia de género en las medidas a acordar para las y los menores	129
10. CUESTIONES ECONÓMICAS EN LAS RUPTURAS	139
10.1. Las pensiones de alimentos.....	139
10.2. La pensión compensatoria	144
10.3. El uso del domicilio familiar.....	146
11. RESOLUCIONES (AUTO Y SENTENCIAS) DICTADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS AÑOS 2022 Y 2023 EN RELACIÓN CON LA MATERIA ANALIZADA.....	150
12. POR UNA JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA ...	151
13. CONCLUSIONES.....	154
14. APÉNDICE	159
15. BIBLIOGRAFÍA	163

2. ABREVIATURAS

AAP	Auto de audiencia provincial.
AP	Audiencia provincial.
ASI	Abuso sexual infantil.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CAF	Centro de Atención a la Familia.
Cc.	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.
CCCat	Código Civil de Cataluña.
CDN	Convención de los Derechos del Niño.
Comité CND	Grupo de diez personas expertas que formulan Observaciones a los Estados Parte sobre la aplicación de la CDN.
CEDN	Convención Europea de los Derechos del Niño.
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer.
Comité CEDAW	Grupo de personas expertas que supervisa la aplicación de la Convención anterior.
CE	Constitución Española.
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Convenio de Estambul	Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul el 11 de mayo de 2011.
CP	LO 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DP	Diligencias previas.
EATAF	Equipo de Asesoramiento Técnico en el Ámbito de la Familia.
GREVIO	Grupo de personas expertas en la aplicación del Convenio de Estambul.
GRUME	Grupo de menores de la Brigada de Policía judicial.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer.
JPI	Juzgado de primera instancia.

J Mixto	Juzgado de primera instancia e instrucción.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECRim	RD de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la ley de enjuiciamiento criminal.
LOPJM	LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de enjuiciamiento civil.
LO 1/2004	LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral frente a la violencia de género.
LOPIVI	LO 8/2021, de 4 de junio, integral de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
MF	Ministerio fiscal.
NNyA	Niñas, niños y adolescentes.
O.P.	Orden de Protección.
O.A.	Orden de Alejamiento.
P. A.	Procedimiento Abreviado.
PEF	Punto de Encuentro Familiar.
ROJ	Registro para búsqueda de sentencias en las bases de datos del CENDOJ.
SAP	Síndrome de Alienación Parental.
SAP	Sentencia de audiencia provincial.
STJS	Sentencia del tribunal superior de justicia.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TSJ	Tribunal superior de justicia.
TS	Tribunal Supremo.
UVFI	Unidad de Valoración Forense Integral.

3. INTRODUCCIÓN

Desde su fundación, la Asociación de Mujeres Juristas Themis ha desarrollado actividades con objeto de conseguir la modificación de normas jurídicas que discriminan a las mujeres de forma directa o indirecta, y avanzar en la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales.

Tras más de 35 años de existencia e intervención social de la Asociación, puede afirmarse que ha quedado demostrada su capacidad de análisis y reivindicación, habiendo conseguido avances, fundamentalmente a través de propuestas de reformas legislativas, que han supuesto mejoras importantes en la igualdad jurídica de mujeres y hombres en nuestro país.

La Asociación de Mujeres Juristas Themis se pronuncia en cuestiones de interés con estudios, formulando propuestas, enmiendas e interviniendo en comisiones legislativas y otras, enfocando los trabajos a la consecución de los valores de feminismo, igualdad, libertad, género, educación y derechos humanos.

La necesidad de este Estudio radica en el deber de conocer cómo los tribunales civiles llevan a cabo la protección de las niñas y los niños y adolescentes (en adelante NNyA, y reconocen los derechos de las mujeres en las resoluciones judiciales de los procedimientos de familia que se han dictado con medidas que afectan a los y las menores, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004 y constatar si han variado o no, en sus medidas, tras la promulgación de diversas normas tales como la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia que reconoció a las niñas y los niños que viven en entornos de violencia de género como víctimas, puesto que, al parecer, este reconocimiento no supuso la interiorización por parte del sistema judicial de las consecuencias que la violencia de género ejercida por el padre hacia la madre tienen para la salud y el desarrollo de las personas menores de edad, negándose así a otorgar a las y los NNyA la necesaria y urgente protección.

Y, asimismo, evaluar la eficacia de la reciente reforma legal introducida por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia, en vigor desde el 25 de junio de 2021, que da cumplimiento al mandato de suspensión de estancias contenido en el Pacto de Estado, tendente a reforzar la protección de los y las menores frente a la violencia, que ha pretendido dar respuesta a la situación de ineficacia planteada y a la excepción que puede traer como consecuencia una desprotección de las personas menores, dadas las resistencias a abandonar el paradigma existente en contextos de violencia de género, en el que se sigue considerando necesaria la relación paterno filial para un adecuado desarrollo de las y los menores, aún en los casos de que exista riesgo de que ellos reproduzcan el modelo violento.

La Recomendación General núm. 33, del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante Comité CEDAW), sobre el acceso de las mujeres a la justicia de 23 de julio de 2015, alude a la necesidad de perspectiva de género en la actividad jurisdiccional; concretamente se especifica en el artículo 26:

Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, por los juzgados se adoptan normas rígidas sobre lo

que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos; la denominada cultura de la impunidad, pues su establecimiento afecta a la credibilidad de las declaraciones argumentos y los testimonios de las mujeres víctimas.

La Asociación de Mujeres Juristas Themis ha demostrado con investigaciones, debates y publicaciones, que la figura de la coordinación de parentalidad sirve fundamentalmente para revincular a las niñas y niños con los padres maltratadores y, con ese fin, se aplica el síndrome de alienación parental, ocasionando graves daños y revictimizando a las mujeres y a sus hijas e hijos.

No debemos olvidar que los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema judicial, y que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la conocida revictimización de las denunciadas.

Se presenta el *Estudio del tratamiento judicial dado a mujeres, sus hijas e hijos menores de edad en los procedimientos de derecho de familia en los que se ha constatado la existencia de violencia de género*, cuyo equipo profesional encargado de llevar a cabo son abogadas en ejercicio y juristas con amplia experiencia de intervención ante los tribunales, así como en la investigación y elaboración de guías, informes y publicaciones del Derecho Penal y Civil desde una perspectiva de género y de infancia, junto con otras profesionales abogadas, igualmente expertas en dichas materias, todas ellas socias de Themis, que han colaborado para la realización del análisis de las sentencias y el volcado de los datos de cada sentencia en la ficha correspondiente.

Entendemos de gran importancia articular propuestas y recomendaciones así como enunciar las buenas prácticas cuando para la más eficiente protección y respuesta nos aproximaremos al tratamiento judicial de la violencia de género y a las dificultades que las mujeres y sus hijos e hijas encuentran en los procesos judiciales tras la presentación de la denuncia y constancia de violencia de género, pues como recoge el presente Estudio, aún es limitado el número de órdenes de protección, de procedimientos del art. 158 Cc, medidas cautelares, provisionales y definitivas que preservan a las y los menores frente al contacto con el progenitor violento.

En definitiva, es intolerable la presencia de cualquier tipo de violencia hacia las mujeres y NNyA, por eso la Asociación de Mujeres Juristas Themis seguirá luchando en pro de la igualdad desde la perspectiva de género, infancia y adolescencia. Este Estudio representa un paso en la construcción de una cultura jurídica posible, sin prejuicios o estereotipos que nos conduzca a una sociedad libre de violencias.

Pino Inmaculada de la Nuez
Presidenta

4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

«Los tribunales tienden a subestimar la importancia de las acusaciones de violencia de doméstica (y de género) y a asumir suposiciones problemáticas, por ejemplo, que se trata de una violencia que causa poco daño a la madre y al hijo y que cesa con la separación»¹.

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante Comité CEDAW), tiene establecido que se deberán tomar en cuenta los antecedentes de violencia de género en los procedimientos de fijación de custodia y régimen de visitas de niñas y niños a fin de no poner en peligro la seguridad de las víctimas de violencia, incluidas sus hijas e hijos.

La violencia de género es un grave problema que afecta a muchas mujeres en el mundo; es una manifestación extrema de la desigualdad en la que viven respecto a los varones por el solo hecho de ser mujeres, así como una consecuencia de la relación de dominación-sumisión entre los hombres y las mujeres que el patriarcado instauró y mantiene.

La erradicación de la desigualdad por razón de sexo es una lucha llevada a cabo por muchas mujeres a lo largo de la historia en todo el mundo; mujeres que dieron incluso su vida por la igualdad; lucha que dura ya más de tres siglos. La historia de la Asociación de Mujeres Juristas Themis forma parte de esa enorme cadena histórica de mujeres, organizadas o no, que viene luchando por la causa más justa que pueda existir, la causa por la igualdad real de las mujeres.

Desde su constitución como Asociación en el año 1987 ha dedicado una parte importante de la actividad asociativa a la investigación rigurosa del tratamiento que mujeres, niñas y niños reciben por parte de los tribunales de justicia, particularmente cuando se producen situaciones de violencia machista en el ámbito familiar, para señalar lo que se entiende como malas prácticas judiciales y proponer los cambios correspondientes, reivindicando aquellas modificaciones legislativas que en cada momento se ha considerado que eran necesarias para lograr la tutela judicial efectiva para las mujeres, sus hijas e hijos.

Existen fallos en la identificación de la violencia, especialmente cuando no se ha denunciado. Para encontrar algo hay que pensar que puede estar ahí, hay que quererlo ver. Y hay fallos, igualmente, en la identificación de las consecuencias de la violencia machista. Vienen a colación las reflexiones de la jurista feminista norteamericana Catherine Mackinnon² sobre la pobreza y desigualdad de salarios de las mujeres que habían votado leyes de igualdad salarial y la constatación de que estas mujeres perdían, cada vez más, las custodias de sus hijos a consecuencia de medidas jurídicas (formalmente igualitarias) que las feministas habían contribuido a que se aprobaran.

¹ «Custodia, violencia contra las mujeres y violencia contra los niños. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y sus consecuencias». Consejo de Derechos Humanos. 53 periodo de sesiones. 19 de junio a 14 de julio de 2023. Asamblea General de Naciones Unidas.

² Catherine Mackinnon (2005). *Le féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*. París: Des Femmes, 2005, p. 16.

Este trabajo forma parte de la actividad asociativa y tiene lugar en un momento en el que, tras muchos años de lucha para prevenir y erradicar la violencia de género en nuestra sociedad, constatamos que una de las muchas dificultades, pero muy importante, que encuentran las mujeres para avanzar cuando han sufrido violencia machista y deciden denunciar penalmente o romper la relación con el victimario, reside en el inadecuado tratamiento, incluso hostil, que, con demasiada frecuencia, reciben las mujeres, las niñas y los niños en sede judicial, consecuencia de una Justicia que carece de perspectiva de género y de infancia, porque con frecuencia está impregnada de prejuicios y de estereotipos machistas que tienen como efecto, no solo la revictimización, sino la mala aplicación de buenas leyes.

La violencia de género no desaparece con la ruptura de la pareja; por el contrario, es habitual que los victimarios se aprovechen de los variados y a veces largos procesos del derecho de familia para seguir ejerciendo violencia contra sus víctimas, mujeres e hijas e hijos, ocasionando daños tan graves o más como los que motivaron la ruptura.

En el año 2021, por encargo del Instituto Balear de la Dona, Themis realizó el estudio que titulamos *Estudio del tratamiento judicial dado a las mujeres y a sus hijas e hijos menores de edad en los procedimientos de familia en los que se constata la existencia de violencia de género (2021)*³. Dicho trabajo tuvo por finalidad precisamente conocer el tratamiento judicial que recibían las hijas e hijos menores en esos procedimientos judiciales, mediante el estudio de todas las resoluciones judiciales dictadas por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el periodo comprendido entre el 01/07/2015 y el 30/06/2021.

El objetivo del presente trabajo es mucho más amplio, tanto respecto a los indicadores que hay que analizar, como al mapa judicial, mucho más ambicioso, porque pretende conocer el estado de la cuestión en todo el territorio nacional, llevando a cabo para ello el análisis cuantitativo y cualitativo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de los tribunales superiores de justicia y la de todas las audiencias provinciales, mediante el estudio de todas las resoluciones judiciales dictadas en la materia durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2022 y el 31 de diciembre de 2023.

Conocer cuál ha sido la respuesta judicial en todo el país, era para Themis una necesidad. Poder evidenciar con datos objetivos cual es la respuesta; comprobar si la constatación de la existencia de violencia de género por parte del tribunal conlleva o no una resolución judicial garantista para la mujer y del interés superior de las y los menores de la familia; en la que se adopten las medidas concernientes a la patria potestad, régimen de custodia, comunicaciones y visitas, atribución del uso del domicilio familiar y otras medidas, teniendo siempre en cuenta la existencia de esa relación violenta y la necesidad de proteger a la parte más vulnerable de la familia; comprobar si se acuerda o no la derivación a algún punto de encuentro familiar para el cumplimiento del régimen de visitas o a otros servicios, públicos o privados de atención a la familia; si existe interés real o no por conocer cómo

³ <https://www.mujeresjuristasthemis.org/nuestro-trabajo/publicaciones#:~:text=Estudio%20del%20tratamiento%20judicial%20dado%20a%20las%20mujeres%20y%20a%20sus%20hijas%20e%20hijos%20menores%20de%20edad%20en%20los%20procedimientos%20de%20familia%20en%20los%20que%20se%20pueda%20constatar%20la%20existencia%20de%20violencia%20de%20g%C3%A9nero.>

afectan a las y los menores las medidas que se adoptan en las resoluciones judiciales, revisándolas pasado un tiempo o si por el contrario no existe interés por saber cómo afectan; si se suspenden o no las visitas, o si se ve afectada la patria potestad o su ejercicio sobre las personas menores cuando se constata la existencia de violencia machista y la búsqueda de solución a muchas más preguntas que nos hemos planteado para obtener una respuesta global al tratamiento judicial que reciben las mujeres y las personas menores de edad en los pleitos de Familia cuando se ha denunciado la existencia de violencia de género.

Igualmente, por su importancia, se pretende estudiar, en la medida que consten transcritos en todo o en parte en las resoluciones judiciales estudiadas, los informes de los gabinetes adscritos a los juzgados, sus recomendaciones y si son o no seguidas en las sentencias. Es igualmente esencial para las autoras comprobar si la existencia de violencia de género es considerada y valorada en los informes periciales de dichos gabinetes, pues, aun no siendo vinculantes para el tribunal, son en muchos casos decisivos.

En el momento de redactar este trabajo nueve niñas y niños han sido asesinados en España por sus padres en lo que va de este año, seis meses; la cifra más negra en similar periodo desde que existe cómputo.

Todos ellos han sido asesinados en el marco de la ruptura de la relación de pareja de sus progenitores o de la madre y otra pareja diferente al padre; existiendo denuncia penal por violencia de género en tres de los nueve casos, el 42,8 %, (lo que pone fuertemente en evidencia que en esos tres casos no se estudió adecuadamente el riesgo existente y, en consecuencia, que se desprotegió a esos menores al igual que a sus madres).

Hasta la fecha, desde que se comenzó a hacer el cómputo oficial en el año 2013, han sido asesinados sesenta y dos niñas y niños, por lo que estamos asistiendo a un incremento desproporcionado de una forma de violencia machista, que se ha acuñado como violencia vicaria, aquella que el victimario lleva a cabo sobre las hijas e hijos como una forma, la más dañina, de continuar ejerciendo violencia sobre la mujer tras la ruptura, causándole daño donde sabe que más le duele, sus hijas e hijos con el único fin de ocasionar a aquella el máximo sufrimiento y dolor.

Estos últimos asesinatos de niñas y niños justifican por sí la necesidad de realizar este trabajo, cuyo fin es, insistimos, señalar las debilidades y las buenas prácticas de nuestro sistema judicial en la protección de las víctimas de la violencia machista.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)⁴ ratificado por España el 6 de junio de 2014, reconoce que «la violencia contra las mujeres es una manifestación del desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación». De la misma forma, reconoce «que la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género», y se entiende como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres».

⁴ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

Establece como objetivo, entre otros, prevenir y eliminar este tipo de violencia y proteger a las mujeres contra ella.

El convenio referenciado define el concepto de género como la persistencia de actitudes y estereotipos sobre roles, comportamientos y responsabilidades de mujeres y hombres en la familia y en la sociedad tradicionalmente arraigados y socialmente construidos, que se consideran propios de mujeres o de hombres.

Especialmente importantes resultan los artículos 26 y 31 de este convenio, que comentamos en otro apartado del presente estudio (Normativa).

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁵, previó en su articulado la afectación negativa de la violencia de género en las y los menores. Por esa razón, los artículos 65 y 66 de dicho texto legal contienen disposiciones relativas a la suspensión de la patria potestad y/o la suspensión de la guarda y custodia y régimen de visitas para el maltratador.

Del mismo modo la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia⁶, constituye el marco legal, junto con el Código Civil, en cuanto a la regulación de los derechos de las y los menores de edad. Dicha norma, de conformidad con las observaciones efectuadas por el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, dispone como derecho de las y los menores que su interés superior sea una consideración primordial, definiéndolo como un derecho sustantivo; un principio general de carácter interpretativo y como una norma de procedimiento.

La más reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la Infancia y Adolescencia frente a la violencia⁷ establece como objetivo de la misma «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral».

Todo ello en consonancia con los acuerdos del Pacto de Estado contra la Violencia de Género de septiembre de 2017, actualmente prorrogado, que contiene un amplio elenco de medidas para la erradicación de la violencia sobre las mujeres, formando parte importante de las mismas la intensificación de la protección de las y los menores que son víctimas directas de la violencia de género. Precisamente, el Eje 4 del Pacto mencionado gira sobre la necesidad de proteger a las y los menores de las graves consecuencias que en sus vidas y en su desarrollo personal tiene la violencia de género. Por lo que todas las medidas del Eje indicado están dirigidas al conocimiento de esta incidencia negativa, su reparación y protección.

⁵ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

⁶ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015).

⁷ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).

La Ley 8/2021, de 2 de junio⁸, 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, modifica varios artículos fundamentales del Código Civil para la materia estudiada; lo hace con el artículo 94, cuyos párrafos cuarto y quinto disponen:

«No procederá el establecimiento de un régimen y 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 de 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 menor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar».

«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».

Al respecto, la Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional, STC 106/2022, de 13 de septiembre de 2022⁹, dictada resolviendo el recurso de inconstitucionalidad nº 5570/2021, interpuesto por 50 diputados de un partido político de la extrema derecha contra la modificación del artículo 94.4 del Código Civil implementada por el artículo 2.10 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, transcrito en parte más arriba, desestima el recurso y afirma lo siguiente: «[...] así como su deber (del Juez) de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (artículo 45 del Convenio de Estambul)»ⁱ.

El pilar fundamental del razonamiento de la sentencia constitucional es el interés superior del menor, su protección integral y de la protección social, jurídica y económica de la familia. Pero la sentencia indicada tiene un voto particular concurrente, emitido por las magistradas Inmaculada Montalbán, María Luisa Balaguer y el Magistrado Juan Antonio Xiol, con el que mostramos total conformidad; voto que fundamentan los disidentes en el desacuerdo con la argumentación de la constitucionalidad del art. 94.4 del Código Civil que se hace en la sentencia, «porque ignora completamente la perspectiva de género, obviando de este modo la razón que llevó al legislador a la aprobación del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio. No es posible ignorar que la norma impugnada surge en desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017... la argumentación de la sentencia obvia totalmente esa conexión de sentido y razona como si las medidas cuestionadas no tuvieran nada que ver con la protección de las madres de los niños y niñas víctimas de violencia de género. La sentencia

⁸ 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).

⁹ BOE -A-2022-17272 Pleno. Sentencia 106/2022, de 13 de septiembre de 2022. Recurso de inconstitucionalidad 5570/2021.

elige una perspectiva de examen excluyente de la mujer, por más que cite el Convenio de Estambul en un par de ocasiones... Y ello supone, como tantas veces sucedió en el pasado, privar a las mujeres de visibilidad que, siendo madres, viven situaciones de violencia ejercida por sus parejas o exparejas y padres al tiempo de sus hijos e hijas. La sentencia que nos ocupa construye toda la argumentación en torno a los hijos e hijas y a la relación con sus padres, sin introducir en la reflexión el elemento esencial que mediatiza esa relación y que es la violencia contra la mujer. El principio feminista de que «lo que no se nombra no existe», es una exigencia universal que el feminismo particulariza para las mujeres e integra en su reivindicación de la igualdad como un elemento de importancia. Y en esta sentencia no se interioriza, por más que se cite el Pacto de Estado. No se nombra la violencia contra la mujer. Y no se considera que las medidas controvertidas tienen por finalidad no solo la protección de los hijos e hijas que viven sometidos a situaciones de violencia directa o indirecta, sino la protección de sus madres que pueden sufrir a través del trato que los padres dispensan a los menores, situaciones de violencia vicaria en distinto grado de intensidad».

No podríamos estar más de acuerdo con esta argumentación del voto particular, que incorpora la perspectiva de género a la de infancia para defender la constitucionalidad del artículo 94.4 del Código Civil.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité CEDAW, órgano de personas expertas que evalúa la aplicación de la convención por parte de los países que la han ratificado, señala que se deben tener en cuenta todos los antecedentes de violencia de género en los procedimientos de fijación de guarda y custodia y del régimen de visita de niñas y niños, para que no se ponga en peligro la seguridad de las víctimas de violencia, incluidas sus hijas e hijos.

Por otro lado, los tribunales no siempre tienen en cuenta la regla general con jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo (entre otras muchas, STS número 537/2013, de 14 de enero de 2014 dictada por la Sala de lo Civil, Sección 1ª, ponente Francisco Javier Orduña Moreno, ROJ 49/2014), que considera que la sentencia penal absolutoria no produce eficacia de cosa juzgada en el ulterior proceso civil; el juez civil no queda vinculado por los hechos probados para el juez penal. Esta regla solo tiene una excepción prevista en el art. 116 de la LECr., absolución por inexistencia del hecho, esto es, que se haya dictado sentencia indicando que los hechos que motivaron el proceso penal nunca existieron, lo que, en general, no ocurre. Sin embargo, comprobamos que cuando existe archivo o absolución de la denuncia penal por violencia de género o por abusos sexuales infantiles o incluso cuando la responsabilidad penal se extingue, salvo excepciones, deja de mencionarse y de tenerse en cuenta en la sentencia civil la existencia de esos antecedentes de violencia de género, acordándose las medidas relativas a guarda y custodia y sistema de visitas al margen de los mismos y sin una valoración de la adecuación al superior interés de las y los menores.

Pese a la normativa nacional e internacional existente y pese a las advertencias y requerimientos hechos al Estado español por organismos internacionales como el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Grupo de expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO), la estadística judicial ha puesto de manifiesto, un año tras otro, cómo la medida cautelar de suspensión de las visitas de niños y niñas

con el progenitor maltratador, y la suspensión de la patria potestad, se aplican de manera sumamente restrictiva, tratando de no lesionar los derechos de la persona adulta más que de proteger a las y los menores.

Al respecto, cabe destacar el Dictamen 47/2012 adoptado por el Comité CEDAW¹⁰ de 16 de julio de 2014, resolviendo la reclamación de Ángela González Carreño contra España, pone de manifiesto, punto 9.4, lo siguiente:

«[...] durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija... Las decisiones pertinentes no traslucen un interés por parte de esas autoridades de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. También se observa que la decisión mediante la cual se pasó de un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de la autora y de su hija, y que el continuo impago por parte de F.R.C. de la pensión de alimentos, no fue tenido en consideración en este marco».

Y el Dictamen del Comité CEDAW formula al estado español, entre otras, la siguiente recomendación:

«b) En general:

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

Y en el punto 39 del Dictamen, se recomendó al estado español que:

«a) Garantice que no se conceda a los padres el derecho de visita sin supervisión en los casos en los que se pongan en peligro los derechos, el bienestar y la seguridad de los niños,

b) Garantice que no se aprueben leyes que establezcan la custodia compartida como norma general para decidir en los casos de custodia de los hijos y tome medidas para abordar adecuadamente la consideración de las necesidades específicas de las mujeres y los niños a la hora de determinar la custodia de los hijos en los casos de violencia doméstica».

Además del Comité CEDAW, el GREVIO¹¹, el comité de personas expertas que controla el cumplimiento de los compromisos asumidos por los estados que han ratificado el Convenio de Estambul, entre ellos España, que lo hizo el 6 de junio de 2014, desde cuya publicación en el BOE está en vigor, realizó en

¹⁰ Comunicación nº 47/2012. Dictamen adoptado por el Comité CEDAW en su 58º periodo de sesiones, decisión de 16 de julio de 2014, presentada por Angeles González Carreño, Estado parte España. CEDAW/C/58(D/47/2012.

¹¹ GREVIO. "Primer informe de evaluación de GREVIO sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul). España. Consejo de Europa. 2020.

noviembre de 2020 el primer informe acerca del grado de cumplimiento del contenido del indicado Convenio en nuestro país y destacamos de él los requerimientos hechos al estado español, referidos a la materia que nos ocupa:

«3. Custodia, derecho de visita y seguridad (artículo 31)

37. GREVIO insta a las autoridades españolas a tomar las medidas necesarias, que puede comprender enmiendas legislativas y formación para: (párrafo 206)

a. limitar el margen de discreción de los jueces penales y civiles en sus decisiones en torno a la custodia y los derechos de visita de los autores condenados por violencia infligida en el ámbito de la pareja, de aquellos que están en espera de juicio y en aquellos casos en que el nivel de pruebas reunidas confirme el abuso del menor o la madre;

b. actualizar las instrucciones dirigidas a jueces relativas a la implementación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género con el objetivo de mejorar el papel proactivo de estos en la identificación y documentación del impacto en los menores testigos de actos de violencia, incluyendo la búsqueda activa de información originada en los servicios de apoyo a las mujeres, en los cuerpos y fuerzas de seguridad, puntos de encuentro familiar y la inclusión o no de menores en las órdenes de protección;

c. mejorar la coordinación y cooperación entre los juzgados y los servicios que asisten a las mujeres víctimas de la violencia y sus hijos (servicios especializados para mujeres, servicios de protección social y salud, puntos de encuentro familiar, etc.);

d. velar porque todos los profesionales implicados, en particular jueces y personal que presta servicios para la familia y en los puntos de encuentro familiar, tenga la formación adecuada que les haga conscientes de que presenciar actos de violencia contra una madre pone en peligro el interés superior del menor;

e. mejorar la financiación y la situación de la dotación de personal de los puntos de encuentro familiar de forma que puedan ofrecer intervenciones de calidad en el acompañamiento a las familias monoparentales tras los episodios de abuso, documentando las pruebas del abuso o los efectos nocivos de las visitas (supervisadas) con el padre agresor;

f. garantizar que todos los puntos de encuentro familiar funcionen sobre la base de principios y valores que estén en consonancia con una comprensión del sesgo de género presente en la violencia contra la mujer y de los principios del Convenio de Estambul, en particular, en lo concerniente al empoderamiento de las mujeres, asegurándose que las autoridades autonómicas supervisen su trabajo, preferiblemente con la ayuda de entidades independientes;

g. asegurarse que los puntos de encuentro familiar cumplen con la obligación de informar a los tribunales sobre los menores en riesgo de abuso, respetando esa responsabilidad, de modo que los tribunales puedan revisar o reconsiderar las resoluciones acerca de los regímenes de visita, si fuera necesario».

Por otra parte, GREVIO puso de manifiesto su preocupación «ante la sospecha recurrente que jueces y algunos profesionales de los servicios familiares albergan acerca de la presunta manipulación a que

los niños habrían sido sometidos por parte de su padre en los casos de haber sido testigos de episodios de abuso por parte de este contra su madre». Afirmó de la existencia de numerosos casos en los que los derechos de los niños y niñas a expresar su opinión y participar en las decisiones relevantes para sus vidas, no son debidamente respetados ante los tribunales, manifestando su preocupación por la existencia de demasiadas resoluciones judiciales en las que se retira la custodia o los derechos de visita a las mujeres víctimas de violencia de género por no cumplir con los regímenes de visitas, considerando los tribunales que con esta actuación la madre ejercía una influencia negativa en la relación del niño con el agresor.

Además, GREVIO apunta «el riesgo de proponer procedimientos de mediación propios del derecho de familia a procesos de divorcio en aquellos casos en los que las mujeres no hayan revelado previamente sus experiencias de violencia ejercida por la pareja. Dado que muchos profesionales de la mediación no están formados en el reconocimiento de los signos de violencia, en los factores de riesgo y en la tendencia generalizada a percibir la violencia ejercida por la pareja como un “conflicto familiar”, los resultados del procedimiento de mediación podrían no reflejar adecuadamente las preocupaciones con respecto a la seguridad y las necesidades de protección de todos los miembros de la familia. Sin embargo, según las autoridades, los casos deben ser remitidos a los juzgados especializados en violencia contra la mujer, en tanto que lugar donde, durante el curso de los procedimientos de mediación, emergen los diferentes aspectos relativos a los episodios de violencia, procesos estos que requieren siempre, no obstante, de una evaluación previa a su puesta en marcha». En este contexto, GREVIO indica con preocupación que en algunas comunidades autónomas estos procedimientos de mediación se desarrollan sin el conocimiento previo por parte de los mediadores de cualquier hecho significativo anterior al mismo proceso.

De manera que los déficits de protección en nuestros tribunales civiles y penales a las mujeres víctimas de violencia de género y a sus hijas e hijos, han sido detectados, no solo por muchos operadores jurídicos españoles, y, entre todos ellos, por las juristas de la Asociación de Mujeres Juristas Themis, que vienen denunciándolos desde hace años, sino también por los organismos de control de los instrumentos internacionales relativos a la materia, ratificados por el Estado español.

4.1. Violencia de género oculta tras muchos procedimientos civiles consensuados de ruptura de familia.

La Macroencuesta del Ministerio de Igualdad¹² nos muestra que el 77.4 % de las mujeres que sufren violencia machista rompen con la pareja violenta, pero solo el 21.7 % presentan denuncia penal. Lo que significa que son muchas las mujeres que, sin presentar denuncia penal, acuden directamente a un procedimiento civil de ruptura de la pareja, ya sea divorcio, separación u otro de guarda y custodia y alimentos. En todos estos procesos civiles que, año tras año, se sustancian en su mayoría por procedimientos de mutuo acuerdo, se ocultan situaciones de violencia machista que pasan silentes ante los juzgados de familia o de primera instancia. Violencia que no cesa con la ruptura, sino que,

¹² [Macroencuesta violencia contra la mujer para web.pdf \(igualdad.gob.es\)](#).

como se constata continuamente, se prolonga más allá a través de la parte más débil de los miembros de la familia, que son los NNyA, mediante el ejercicio de la violencia vicaria.

Según datos del INE¹³ para el año 2021, el 78,8 % de los divorcios fueron de mutuo acuerdo y el 21,2 % fueron contenciosos. En el caso de las separaciones, el 87,9 % fueron de mutuo acuerdo y el 12,1 % contenciosas. En el año 2022, el 80,0 % de los divorcios fueron de mutuo acuerdo y el 20,0 % restante, contenciosos. Es decir, año tras otro, comprobamos que la inmensa mayoría de las rupturas por divorcio se solventan mediante un convenio que las partes proponen al órgano judicial y que este homologa o no, aunque habitualmente es aprobado.

En ciertos, bastantes casos, estos acuerdos ocultan situaciones de violencia de género que implican una relación de desigualdad (dominación-sumisión) entre varón y mujer y el consiguiente riesgo existente para las mujeres y los NNyA antes y después de la ruptura.

En estas situaciones, las mujeres tienen urgencia por poner fin a la violencia, pero no están en condiciones de negociar un pacto equilibrado y que garantice la paz para ella y sus descendientes. La abogacía debería prestar atención a estos asuntos e impedir la suscripción de acuerdos que solo son la puerta para que el maltratador continúe causando violencia tras la ruptura. Un reciente caso de asesinato de las dos hijas menores del matrimonio por parte del padre ocurrió en un asunto en el que concurrían antecedentes de violencia de género y las partes firmaron un convenio de modificación de medidas, que incluía visitas del padre con las hijas, sin ninguna clase de tutela o prevención sobre la seguridad de las menores. Y el padre las mató en una de las visitas.

Todos los operadores jurídicos han de estar alerta y tratar de que estas situaciones no puedan ocurrir, pero especialmente han de ser protectoras la fiscalía y judicatura que deben tener siempre presente la existencia de esa realidad violenta, que se oculta tras muchas rupturas de pareja consensuadas, y asegurarse antes de homologar el convenio, de que preservan siempre la seguridad de las mujeres y sus NNyA.

Al respecto, se pone de manifiesto un auto del TSJ de Aragón, de 19/01/2022, CENDOJ, ROJ 4/2022, ponente Fermín Hernández Gironella, que no se ha incluido en el Estudio porque es un auto de inadmisión de recurso de casación, pero sí lo traemos a colación porque es un ejemplo de por qué no se deberían homologar acuerdos sobre custodias o visitas en familias en las que existe un procedimiento por violencia de género en trámite o con responsabilidad penal vigente. En el caso resuelto por la Audiencia Provincial (AP) de Zaragoza e inadmitido el recurso de casación por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Aragón, por lo que devino firme, la recurrente era la mujer, quien alegaba en su recurso denegación de tutela judicial efectiva por lo siguiente.

La esposa había instado el divorcio contencioso ante el juzgado de violencia sobre la mujer (JVM), que tramitaba un procedimiento por violencia de género (VG) contra el esposo, y, en el mismo día de la vista del juicio de divorcio, ella, alega en el recurso, que accedió «errónea y confusamente al mutuo acuerdo», firmando el convenio, pacto de relaciones familiares en Aragón, que el juzgado después aprobó. Ella, disconforme, alegando que lo había firmado en las condiciones antedichas, que entre

¹³ INEbase /Sociedad /Seguridad y justicia /Estadística de nulidades, separaciones y divorcios / Últimos datos.

ella y el demandado existía una relación de dominación-sumisión, que él había sido recientemente condenado por quebrantamiento de otra condena anterior, recurrió en apelación y posteriormente en casación y no encontró acogida favorable a su recurso, porque, dice el auto de inadmisión, que «lo que pretende la recurrente es precisamente impugnar el pacto de relaciones familiares alcanzado con el otro progenitor en la instancia, con audiencia del Ministerio Fiscal y que es objeto de protección jurídica en los preceptos que se dicen infringidos».

Como se observa, la finalización de un procedimiento de familia por conversión del mismo de contencioso a mutuo acuerdo o por mutuo acuerdo desde su inicio, la encontramos, también, en aquellos procedimientos civiles que se inician tras la interposición de una denuncia penal, esto es los que se tramitan ante un juzgado de violencia sobre la mujer (JVM) o ante el juzgado mixto (JMixo) correspondiente, que competencialmente va a conocer de ambos procesos, el penal y el civil. El porcentaje de los acuerdos es menor en estos casos que el indicado más arriba, pero es importante. En concreto para el año 2023¹⁴ se tramitaron por los JVM 6 924 divorcios; de ellos, 689, es decir, el 9,95 % fueron de mutuo acuerdo.

Sabemos que la violencia machista, especialmente cuando hay hijas e hijos menores de edad no termina con la denuncia penal y el divorcio o la ruptura y que la relación que existe entre la mujer y el hombre de esa pareja es una relación desigual, conociendo bien cómo persiste en la violencia machista a través de las NNYA, de acuerdo con las manifestaciones al respecto de la Fiscal Delegada de Sala de Violencia sobre la Mujer, Teresa Peramato¹⁵, como ella hace, se propone igualmente que, en situaciones de violencia machista, no se homologuen convenios que admitan visitas con los maltratadores, porque no se protege adecuadamente a la mujer y a sus hijos e hijas.

Una actuación proactiva y con perspectiva de género por parte de la judicatura y la fiscalía, los gabinetes psicosociales y la abogacía son necesarios para tratar de evitar la continuación de la violencia machista cuando la mujer ha decidido denunciar y evitar de esa manera dar lugar a que se ocasionen violencia institucional.

A la vista de todo lo expuesto, como se indica al inicio, se ha realizado el estudio de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales indicados dictadas en el periodo de los dos últimos años, los años 2022 y 2023, en aquellos procedimientos de derecho de familia en los que había existido violencia de género, con el objetivo fundamental de determinar si se valoran por los tribunales las consecuencias perniciosas que tiene para las personas menores de edad cuando conviven en situaciones de violencia de género, aplicando mecanismos de protección, o si, por el contrario, su constatación se configura como un «compartimento estanco» que afecta únicamente a la mujer denunciante, no siendo tenida en cuenta en relación a las medidas a aplicar respecto a las y los NNYA, lo cual vulneraría todas las normas jurídicas citadas, no impidiendo situaciones de violencia vicaria e incluso de violencia institucional para las mujeres y sus hijas e hijos.

¹⁴ Informe anual sobre violencia de género. Año 2023. Observatorio contra la violencia doméstica y de género. CGPJ.

¹⁵ Entrevista publicada en *El Correo*, 23 de marzo de 2024.

4.2. Ámbito del estudio.

La población destinataria del estudio son las mujeres víctimas de algún tipo de violencia de género y sus hijas e hijos menores, cuando rompen con la pareja y siguen procesos de derecho de familia, en los que se deben adoptar las medidas en relación con los menores de edad y respecto de las mujeres que por sus circunstancias o por haber desarrollado los roles de género durante la convivencia, se hallaren en una situación de asimetría en el momento de la ruptura, constatándose la existencia de violencia de género y las sentencias y autos dictados en dichos procesos en sede de recurso de apelación durante el periodo comprendido entre el día 1 de enero de 2022 y el día 31 de diciembre de 2023; siendo relevante destacar la trascendencia que pueden tener las resoluciones judiciales en la perpetuación o en la erradicación de las situaciones de violencia de género sobre menores, a menudo difícilmente visibles.

El ámbito geográfico de la muestra es todo el territorio nacional.

Se pretende también analizar si en esta clase de procedimientos judiciales en los que se resuelven problemas de derecho de familia con previa denuncia por violencia de género o no habiendo denuncia hay indicios de la misma o contra menores, si se aplican o no criterios estereotipados que darían lugar a desprotección de las víctimas de la violencia de género que tiene lugar en el ámbito familiar.

Asimismo, se analiza si las resoluciones judiciales se fundamentan en el interés superior del menor, al que se ha referido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo como “una cuestión de orden público”, procurando que los derechos fundamentales de las niñas y los niños resulten protegidos.

Especialmente relevante es el derecho de las y los menores a ser oídos y escuchados (artículo 96.2 del Código Civil y 770.1.4, 775.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 3 e) de la LO 8/2021, de 4 de junio), por lo que el estudio también se dirige a constatar si son escuchados y si se tiene en cuenta su opinión en los asuntos que les afecta, así como el modo y frecuencia en el que los juzgados practican y resuelven sobre su audiencia. La LO 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia persigue, como uno de sus fines, el reforzamiento del ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a «ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria».

Esta investigación también persigue constatar si se aplica la perspectiva de género por parte de los operadores jurídicos y profesionales de la administración de justicia, así como por los gabinetes psicosociales implicados, en su caso, que intervienen en los procesos judiciales. Cuando no son creídos los relatos de las NNyA en los procesos civiles y/o penales, lo que ocurre con mucha frecuencia, ello tiene su causa en los estereotipos y los prejuicios de las personas adultas al respecto y constituye la mayor evidencia de juzgar sin perspectiva de género, con las consecuencias negativas que ello tiene en cuanto a denegación de tutela judicial, revictimización y mala aplicación de una buena ley.

Interpretar y aplicar el derecho, enjuiciar los hechos y valorar las pruebas con perspectiva de género no es una recomendación, es un mandato legal que deriva del derecho nacional y también del derecho internacional y debe aplicarse en todos aquellos procedimientos judiciales en los que existen relaciones desiguales, asimétricas, entre las partes, lo que ocurre siempre que en los procedimientos

por violencia de género, ya sea en el seno de la relación de pareja, ya se trate de violencia sexual o de abusos sexuales infantiles en el seno de la familia. Aplicar la perspectiva de género, de igualdad, es una obligación legal y, con frecuencia no se hace, con las consiguientes consecuencias de revictimización, denegación de tutela y, a veces, violencia institucional.

Los objetivos específicos de la investigación son:

- Examinar cómo influye en las decisiones judiciales de cualquiera de los procedimientos de familia, en los que hay NNyA la existencia de violencia de género.
- Constatar la incidencia práctica judicial de la aplicación de las reformas operadas por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia.
- Establecer cómo se determina y concreta en cada caso analizado el interés superior del menor en contextos de violencia de género, así como la consideración dada en las resoluciones judiciales analizadas a los sentimientos, opiniones y deseos manifestados por las personas menores de edad durante el procedimiento.
- Analizar la naturaleza de las custodias que se adoptan, las medidas que se acuerdan en relación al uso de la vivienda, las pensiones alimenticias y/o compensatorias, los regímenes de comunicaciones y estancias que se establecen entre el padre agresor y la hijas e hijos, las circunstancias en las que se acuerdan la suspensión o limitación de la relación paterno filial, así como las derivaciones en su caso a los puntos de encuentro familiar.
- Determinar en qué circunstancias se acuerda judicialmente la suspensión del ejercicio de la patria potestad o la privación de la misma.
- Examinar los informes de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados, sus recomendaciones y si son o no tomadas en consideración en la resolución judicial que cierra el procedimiento en el que se ha emitido el informe
- Descubrir si en las resoluciones judiciales estudiadas se alega la existencia del falso Síndrome de Alienación Parental u otras nomenclaturas que se nutren de la ideología que fundamenta el mismo, así como las consecuencias de su utilización en orden a la custodia, visitas u otras medidas adoptadas.
- Averiguar si se recurre por los órganos judiciales a servicios públicos o privados de atención a la familia o de otra naturaleza, y con qué objetivos.
- Estudio de las situaciones de vulnerabilidad de las víctimas NNyA y cómo se han tenido en cuenta o no a la hora de fijar la protección y las medidas en las resoluciones.

El estudio está dirigido a todas y todos los estudiosos y profesionales del derecho. No es discutida la dificultad que existe a todos los niveles para erradicar la violencia machista, impedimentos e insatisfacciones que son predicables, también, de la respuesta judicial. Nuestro interés es contribuir a mejorar esta respuesta.

5. METODOLOGÍA

Para el cumplimiento de los objetivos indicados, se ha llevado a cabo un análisis jurisprudencial a través de las resoluciones judiciales publicadas en el CENDOJ (Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial) y de colecciones legislativas en las que se realizaba la labor de búsqueda. Para la elección de la muestra, se decidió realizar el estudio de todas las sentencias civiles sobre las materias anteriormente especificadas del Tribunal Supremo, de todos los tribunales superiores de justicia y de todas las audiencias provinciales, dictadas en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2022 y el 31 de diciembre de 2023.

El objetivo de esta selección ha sido valorar el impacto de la consideración de la infancia como víctima de la violencia de género en las resoluciones judiciales analizadas, a lo largo de este periodo en el que ya ha estado vigente la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Como criterios de búsqueda principal se utilizaron los parámetros divorcio-menores-violencia.

Con los criterios de búsqueda señalados se pudieron extraer 2 181 resoluciones judiciales. Una vez analizadas pormenorizadamente sirvieron para el estudio 1 177 al desecharse todas aquellas sentencias en las que la discusión era exclusivamente patrimonial, aquellas otras en las que, existiendo descendientes, éstos habían alcanzado la mayoría de edad durante el procedimiento y aquellas en las que el debate era únicamente competencial.

De las resoluciones seleccionadas, se ha realizado un análisis cuantitativo y cualitativo. Para el análisis cuantitativo se elaboró una ficha para cada resolución judicial, como unidad básica de recogida de datos de interés para el estudio, en la que se utilizaron parámetros de análisis acordes con los objetivos pretendidos, en concreto 55 indicadores principales; se analizaron las siguientes variables:

- Órgano judicial que la dicta y fecha de la resolución.
- Juzgado de origen de la resolución recurrida.
- Clase de procedimiento.
- Progenitor que actúa como recurrente o recurrido/a.
- Numero de descendientes menores de edad y sus edades.
- Tipo de violencia de género.
- Sujeto pasivo de la violencia de género (mujer, hijas/os o ambos).
- Existencia y estado de la responsabilidad penal.
- Valoración de la violencia de género en la resolución judicial.
- Valoración de la violencia de género para la adopción de las medidas.
- Valoración del interés superior del menor.
- Violencia de género no denunciada pero constatada en el procedimiento.

- Existencia de orden de protección.
- Titularidad de la patria potestad.
- Titularidad de la guarda y custodia.
- Titularidad de las visitas.
- Si no se fijan visitas, cual es el motivo.
- Régimen de visitas, tipos.
- Visitas en PEF.
- Visitas progresivas.
- Prohibición de salida del territorio nacional.
- Derivación a mediación familiar.
- Derivación a coordinación de parentalidad.
- Seguimiento de las medidas por los Servicios Sociales.
- Constatación de aplicación de Síndrome de Alienación Parental.
- Ejecución por incumplimiento de visitas.
- Modificación de la guarda y custodia y sus causas.
- Ingresos de madre y padre.
- Cuantía de la pensión de alimentos por descendiente.
- Progenitor acreedor de la pensión.
- Pensión compensatoria. Cuantía y duración.
- Adjudicación del uso de la vivienda. Duración.
- Informes psicosociales. Recomendaciones régimen de visitas y sistema de custodia.
- Informes psicosociales: detectan manipulación; en caso afirmativo, por parte de que progenitor.
- Exploración de menores.
- Valoración de la opinión de menores en la resolución.
- La resolución atribuye incumplimientos a un progenitor.
- Condena en costas.
- Observaciones.

Posteriormente se creó una base de datos en la que se volcó el contenido de la información recogida en las fichas, con el fin de realizar el análisis de los datos y obtener resultados a través de las oportunas consultas y cruces de datos.

Para el análisis cualitativo se ha realizado un análisis del argumento de las resoluciones judiciales, para conocer las posturas mantenidas en torno a la violencia de género y su impacto en NNyA, así como la presencia de sesgos androcéntricos. Dejamos señaladas, asimismo, aquellas sentencias que, en las materias que valoramos más relevantes y nos parecen paradigmáticas de buenas o malas prácticas.

Previamente al análisis jurisprudencial, se efectuó una revisión bibliográfica en torno a estudios y estadísticas relacionados con el objeto de la investigación, con el fin de llevar a cabo una comparación de los resultados y avanzar en el conocimiento. Igualmente se realizó un análisis de la legislación nacional e internacional sobre la materia objeto de estudio, así como de las recomendaciones hechas al Estado español por organismos internacionales, como la CEDAW y GREVIO en relación con la materia estudiada.

Finalmente, a la vista de los resultados obtenidos del estudio cualitativo y cuantitativo, se han alcanzado conclusiones y efectuado ciertas propuestas, que constan en el Informe, en orden a mejorar la respuesta de los operadores jurídicos, pero fundamentalmente la judicial, a las mujeres y a las personas menores cuando se ven inmersas en procedimientos judiciales de derecho de familia en contexto de violencia de género.

6. ANÁLISIS LEGISLATIVO

Con la finalidad de conocer la evolución legislativa en materia de protección a los NNyA víctimas de violencia de género, hasta llegar a la situación actual, se realiza en el presente epígrafe una revisión de las diferentes leyes en materia de violencia de género y su impacto en las rupturas familiares, cuyo contenido está dirigido a incrementar su protección, y aun cuando en la actualidad contamos en nuestro país con una legislación muy proteccionista hacia las y los menores, posiblemente, una de las más avanzadas en los países de nuestro entorno, lo cierto es que no consigue el objetivo para el que ha sido diseñada y ello resulta como consecuencia de la falta de sensibilización y de perspectiva de género en gran parte de los operadores jurídicos, que siguen minimizando las consecuencias de esta violencia y que continúan obstinados en no reconocer a los NNyA como víctimas de violencia de género, en contra de lo que establecen diferentes tratados internacionales y el propio Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, o el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio Estambul) que, en su Preámbulo, reconoce que los niños y niñas son víctimas de violencia doméstica, y en su artículo 2, apartado 2, recomienda a los Estados Partes que apliquen el mismo a todas las víctimas de violencia entre las cuales se encuentran las niñas y los niños

6.1. Normativa nacional

La Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica¹⁶.

Esta ley surge de la necesidad de dar una respuesta integral a las mujeres víctimas de violencia y responde, como dice su Exposición de Motivos, «a una inquietud que se ha venido manifestando en diversos documentos e informes de expertos tanto nacionales (CGPJ, Instituto Mujer, Fiscalía General del Estado) como de organismos supranacionales (ONU, Consejo de Europa, instituciones de la U.E)» y a una necesidad de dotar, en el ámbito judicial, de una protección rápida a las mujeres víctimas de violencia de género, tanto en el ámbito penal como en el civil, a través de un procedimiento sencillo, en los casos en que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad y se aprecie una situación objetiva de riesgo.

Temporalmente se ha de situar esta norma, así como la ley orgánica 1/2004 que la siguió, en las consecuencias de la IV Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en el año 1995 en Pekín, que supuso un espaldarazo muy importante a las políticas de igualdad en el mundo, pero, particularmente, en el ámbito de la Unión Europea y, por supuesto, en España.

Entre las medidas de carácter civil que se pueden adoptar en la Orden de Protección se contemplan: régimen de custodia, visitas, comunicación y estancias con los hijos e hijas menores, uso de domicilio

¹⁶ <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/07/31/27/com>.

familiar, régimen de prestación de alimentos y cualquier otra disposición que se considere oportuna a fin de apartar al y a la menor de un peligro o de evitarle perjuicios (art. 544 LECr.); en definitiva, lo que se pretende es dotar a la víctima de un estatuto integral de protección posibilitando la adopción inmediata de las medidas indicadas que tendrán una vigencia de treinta días y deberán ser ratificadas mediante la interposición, en dicho plazo, de un procedimiento de familia.

La orden de protección se ha revelado como un instrumento rápido y eficaz en orden a conseguir una primera barrera de protección y según los datos obrantes en el informe anual 2023 realizado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, en el año 2023 se interpusieron 199 282 denuncias, se incoaron 42 495 órdenes de protección lo que equivale al 21,32 % de las denuncias, habiéndose adoptado 29 190, es decir, el 68,70 % del total: se protegieron el 14,64 % de las mujeres denunciadas en ese año. Más adelante se analizará qué tipo de medidas se adoptaron en las mismas en relación con los NNyA.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Su promulgación vino a reconocer la violencia de género como «el símbolo más brutal de desigualdad existente en nuestra sociedad que constituye uno “de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamada en nuestra Constitución”» como recoge la propia Exposición de Motivos de la Ley y responde a la necesidad de atender a las recomendaciones de los organismos internacionales.

Su artículo 1 conceptúa la violencia de género como una forma de discriminación contra la mujer basada en «las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» y desde el año 2015, a través de la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, que se analizará más adelante, se reconocen de forma expresa, a los y las menores como víctimas directas o indirectas de esta violencia y se reconoce como una de las formas de violencia contra la mujer, la violencia vicaria (entre otros el art.19), en consonancia con las recomendaciones de la ONU, organismo internacional que reconoció en el año 2014 que las niñas y niños hijos de mujeres que padecen violencia, son víctimas de maltrato infantil.

La ley 1/2004 contempla como medidas de protección, las reguladas en los artículos 64, 65 y 66, sobre las que necesariamente deberá pronunciarse el juez competente, ya sea «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 y custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida» (art. 61.2); estas medidas pueden ser adoptadas tanto en los procedimientos civiles como penales y consisten en la salida del inculcado por violencia de género del domicilio habitual, así como prohibición de volver al mismo, suspensión para el inculcado por violencia de género de la patria potestad, guarda y custodia, suspensión del régimen de visitas, estancias o comunicación con los y las menores.

A pesar de la claridad con la que la ley reguló la adopción de las medidas de protección en relación con los NNyA, lo cierto es que los operadores jurídicos se han mostrado siempre tibios a la hora de adoptar medidas de protección a su favor, al no reconocérseles, en muchos casos, como víctimas de violencia de género, al considerar que esta solo afectaba a sus madres, sin tener en cuenta que este tipo de violencia ejercida contra las mujeres, no puede dissociarse del daño provocado en las hijas e hijos víctimas directas o indirectas de las misma, lo que denota, sin duda, una concepción banalizadora de la violencia de género como uno de los problemas más importantes de nuestra sociedad, como se desprende de las cifras que se muestran a continuación demostrativas de lo expuesto; en los juzgados de violencia sobre la mujer durante los años 2006 a 2015, tan solo se suspendieron los regímenes de visitas como medida civil de la orden de protección concedida, en una media de un 3,61 % de los casos, siendo prácticamente inexistentes los supuestos en los que se acordó la suspensión de la patria potestad.

Imagen 1. Adopción de medidas civiles en las órdenes de protección y medidas de protección incoadas en los juzgados de violencia sobre la mujer (2006-2015)¹⁷.

Año	Órdenes de protección adoptadas	Suspensión régimen de visitas [1]	Suspensión patria potestad [2]	Suspensión guarda y custodia [3]
	Nacional	Nacional	Nacional	Nacional
2006	27 078	4,00 %	0,30 %	7,00 %
2007	27 967	6,80 %	3,40 %	0,40 %
2008	30 405	3,40 %	0,28 %	7,80 %
2009	28 782	3,00 %	0,30 %	8,00 %
2010	25 531	2,90 %	0,30 %	7,00 %
2011	23 514	3,40 %	0,20 %	7,10 %
2012	21 245	3,10 %	0,40 %	7,10 %
2013	19 349	3,00 %	0,30 %	6,70 %
2014	18 775	3,00 %	0,30 %	5,70 %
2015	20 827	3,50 %	0,40 %	5,90 %

[1] Porcentaje sobre el total de las órdenes de protección adoptadas y de otras medidas cautelares.

[2] *Ibidem*.

[3] *Ibidem*.

¹⁷ Fuente: Elaboración propia extraída de la estadística judicial violencia sobre la mujer. Consejo General del Poder Judicial y recogida en el trabajo *Estudio del tratamiento judicial dado a las mujeres y a sus hijas e hijos menores de edad en los procedimientos de familia en los que se constata la existencia de violencia de género* (2021), citado *ut supra*.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y Adolescencia

Los aspectos más relevantes de esta ley, en atención al objeto del presente Estudio, son los siguientes:

- ✓ Se reconoce expresamente a los NNyA como víctimas de violencia de género mediante la modificación, entre otros, del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y se refuerza la necesidad de pronunciarse respecto de las medidas civiles en el ámbito judicial, en relación con los NNyA víctimas directas o indirectas de la violencia genero a través de la modificación del artículo 61 de la referida ley, estableciendo con carácter imperativo el pronunciamiento de las medidas de protección, especialmente las reguladas en sus artículos 65 y 66 que también fueron objeto de modificación.
- ✓ Otra de las novedades instauradas por la Ley orgánica 8/2015, fue la de concretar el interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado que permitía interpretaciones muy dispares y que se utilizaba como un cajón de sastre para fundamentar resoluciones dispares. Esta norma le confiere un triple contenido: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento, según recoge la Exposición de Motivos de la ley; y su finalidad es la de «asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral» entre los que se recoge expresamente «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia» (art. 2.2.c de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en su redacción dada por la LO 8/2015) y establece una serie de criterios que vienen a perfilar el concepto de interés superior del menor, facilitando de esta manera a los operadores jurídicos su aplicación de una forma mucho más precisa, alejada de subjetivismos. Esta norma viene a ser una trasposición de la Observación General número 14 de 2013 elaborada por el Comité de los Derechos del Niño, en aplicación de la Convención sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1º).
- ✓ El artículo 2 de la Ley orgánica 8/2015 antes mencionada, reconoce que las personas menores de edad que viven en entornos de violencia de género, son víctimas de la misma y en ella se define qué debe entenderse por interés superior de las y los menores, para que este deje de ser un concepto jurídico indeterminado, estableciendo —en lo que interesa al presente trabajo— «su derecho a vivir en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; el derecho al mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para la y el menor y el derecho a ser informado, oído y escuchado, así como a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en función de su edad y madurez».

A pesar del esfuerzo legislativo, los resultados obtenidos no han conseguido el efecto deseado, pues aun cuando aumentaron las órdenes de protección adoptadas, respecto de las de años anteriores, el porcentaje de suspensiones de regímenes de visitas, apenas alcanzó una media de un 3,51 % de los casos en los cinco primeros años de aplicación de la ley, siendo absolutamente anecdóticos los casos en que se acordó la suspensión de la patria potestad; es cierto que a partir del año 2021 se ha observado un incremento de las suspensiones del régimen de visitas que, sin duda, responden

no solo a una mayor sensibilización social, sino también a la alarmante cifra de menores asesinados en los últimos años, víctimas de violencia de género: concretamente, desde el año 2013 han sido asesinados por violencia vicaria sesenta y dos niñas y niños, de los que nueve lo han sido en los seis primeros meses del año 2024, según datos del Ministerio de Igualdad. Estas cifras no vienen más que a confirmar la falta de sensibilización respecto de tan grave problema y la reticencia de los operadores jurídicos a reconocer a las y los menores como víctimas de violencia a pesar de su reconocimiento expreso en el texto legal comentado.

Imagen 2. Adopción de medidas civiles en las órdenes de protección incoadas en los juzgados de violencia sobre la mujer (2016-2023)¹⁸.

Año	Órdenes de protección adoptadas	Suspensión régimen de visitas [1]	Suspensión patria potestad [2]	Suspensión guarda y custodia [3]
	Nacional	Nacional	Nacional	Nacional
2016	16 675	5,70 %	0,70 %	8,40 %
2017	26 044	2,90 %	0,40 %	4,80 %
2018	27 093	2,90 %	0,40 %	4,40 %
2019	28 682	3,04 %	0,53 %	3,86 %
2020	25 289	3,01 %	0,72 %	4,27 %
2021	26 254	7,20 %	0,72 %	5,29 %
2022	27 201	14,41 %	1,45 %	8,14 %
2023	29 190	12,75 %	1,30 %	7,80 %

[1] Porcentaje sobre el total de las órdenes de protección adoptadas y de otras medidas cautelares.

[2] *Ibidem*.

[3] *Ibidem*.

- ✓ Y otra novedad, de gran calado fue la referida al derecho fundamental de los NNyA a ser escuchados, regulando y estableciendo mecanismos para que este derecho tenga una efectividad plena y ello de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la explotación y el abuso sexual hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado por España en noviembre de 2010 y con la Observación número 12 de 12 de junio de 2009 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley y evitar, de esta manera, resoluciones como la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 11 de octubre de 2016 (asunto Iglesia Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c.

¹⁸ Fuente: Elaboración propia extraída de la estadística judicial violencia sobre la mujer. Consejo General del Poder Judicial. Observatorio anual contra la violencia doméstica y de género. Informes anuales.

España) que condenó al estado español por vulnerar el derecho de los hijos menores a ser oídos en un procedimiento de divorcio.

En diciembre de 2017 se aprueba en España el Pacto de Estado contra la Violencia de Género que nace con vocación de seguir avanzando en la erradicación de la violencia de género, de manera mucho más firme, insistiendo en la necesidad del enfoque transversal del grave problema que acucia a nuestra sociedad e incidiendo por tanto en medidas transversales con la finalidad de conseguir una protección integral y eficaz tanto a las mujeres víctimas de violencia de género como a las y los menores, víctimas directas e indirectas de esta forma de violencia, estableciéndose en el Pacto una serie de ejes de actuación entre los que cabe destacar, en lo que respecta a los NNA:

- ✓ «El perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección que se ofrece a las mujeres víctimas de la violencia de género y a sus hijos e hijas» (Eje 3), entre cuyas medidas se recalca la necesidad de reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género.
- ✓ «La intensificación de la asistencia y protección de menores. La protección específica de los y las menores parte de su reconocimiento como víctimas directas» (Eje 4) y entre las medidas que se incluyen en este eje se proponen, entre otras: realizar estudios sobre la situación de los menores (custodia, régimen de visitas, relaciones con el padre maltratador...); adoptar las medidas que permitan que la custodia compartida en ningún caso se imponga en casos de violencia de género en los supuestos previstos en el artículo 92.7 del Código Civil, y que no pueda adoptarse, ni siquiera provisionalmente, si está en curso un procedimiento penal por violencia de género y existe orden de protección; establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la ley orgánica 1/2004.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia (en adelante LOPIVI)

Esta ley da un paso más en orden a combatir la violencia sobre la infancia y la adolescencia, desde una perspectiva integral, promoviendo medidas de protección, desde la prevención hasta la reparación del daño, pasando por la necesidad de la sensibilización y la detección precoz, prohibiendo toda forma de violencia sobre los NNA.

Responde a la exigencia del Comité de los Derechos del Niño de la ONU que en el año 2010 hizo a España para que aprobase una ley integral sobre la violencia contra los niños y niñas y, como se recoge en el Preámbulo de la ley «son especialmente relevantes las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, en concreto la Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado, la Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés del niño y de la niña sea considerado primordialmente». Y se incorpora al texto legal, a

través de la modificación del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el reconocimiento expreso, aún sin nombrarla, de la violencia vicaria como una forma de violencia de género, expresando el nuevo apartado 4 del antedicho artículo:

«4. La violencia de género a que se refiere esta ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero.»

Se trata de una norma cuyo objetivo es garantizar de forma exhaustiva los derechos fundamentales de los NNyA a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier tipo de violencia y que va a incidir en diferentes áreas de actuación, tales como: sensibilización, prevención, detección precoz, protección y reparación del daño.

En su artículo 1 establece que el objeto de la ley es el de «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad», por lo tanto lo que se persigue es la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia y, en consecuencia, va a tener su ámbito de aplicación en distintos planos: familia, colegios, salud, nuevas tecnologías, deporte y ocio, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado, protección de datos y regulación relativa a los centros de protección de menores de edad; de ahí que son numerosos y diversos los textos legales modificados por esta ley orgánica aunque a los efectos del presente Estudio nos centremos, tan solo, en las modificaciones del Código Civil en lo que afecta a las situaciones de crisis familiar, concretamente en los artículos 92, 154 y 158 de dicho cuerpo legal.

El artículo 11 de esta ley está destinado al derecho de las víctimas a ser escuchadas; su apartado 3 establece que «los poderes públicos impedirán que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presumen interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración». Así, este es otro de los extremos que analizamos en las resoluciones judiciales, porque el uso de teorías no científicas, como es el Síndrome de Alienación Parental (SAP), aún con otro nombre (preocupación mórbida, *gatekeeping*, entre otros muchos), supone una violación de los derechos humanos de niñas, niños y mujeres, tal y como se contempla en el informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y contra los niños de 13 de abril de 2023¹⁹.

En lo que se refiere a la modificación del artículo 92 del Código Civil, se refuerza la exigencia de escuchar a las y los menores y la necesidad de motivar la resolución que se dicte en su interés cuando se adopten medidas que les afecten y su apartado 8 sigue manteniendo la excepcionalidad del sistema de custodia compartida, cuando no exista acuerdo entre los progenitores, a pesar de lo cual, la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, viene declarando, ya desde el año 2013, el carácter ordinario y deseable de este régimen, en contra de lo dispuesto en el texto legal.

¹⁹ [A/HRC/53/36: Custodia, violencia contra las mujeres y violencia contra los niños Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, Reem Alsalem | OHCHR.](#)

El artículo 154 del Código Civil incorpora, de forma expresa, la necesidad de la decisión conjunta de ambos progenitores sobre el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que requerirá el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, autorización judicial; extremo que no planteaba problemas en la práctica por cuanto es cuestión pacífica que se trata de una facultad encuadrada dentro del ejercicio de la patria potestad, justificando la Exposición de Motivos la necesidad de la reforma, a fin de aclarar dudas interpretativas respecto del concepto de responsabilidad parental en reglamentos comunitarios que sí comprenden el derecho a decidir sobre el lugar de residencia de los menores de edad, a diferencia de lo que ocurre en nuestro derecho, en que tal facultad no se encuadra dentro de las facultades de la guarda y custodia, sino de la patria potestad.

Esta prohibición expresa puede resultar perjudicial para los NNyA víctimas de violencia y para sus madres que van a ver limitados sus derechos a fijar su domicilio libremente dentro de la misma ciudad y habrá que estar expectante a la interpretación que se realice de este precepto por los tribunales, pues si se hace una interpretación restrictiva habría que solicitar autorización judicial para cualquier cambio de domicilio, aunque no afecte a la situación existente, en cuanto a custodia, visitas, colegio, etc., lo que supone una ampliación de la patria potestad y nueva causa de judicialización de la situación de ruptura, más cuando exista violencia, y podría, además, considerarse un delito de sustracción regulado en el artículo 225 bis del Código Penal, también reformado por la propia ley orgánica 8/2021, revictimizándose a las víctimas.

También se introduce la previsión de que los NNyA deben de ser oídos siempre, si tuvieran suficiente madurez, cuando se trate de adoptar medidas que les afecten tanto en los procedimientos contenciosos como en los de mutuo acuerdo, debiendo garantizarse que sean oídos en condiciones idóneas; la audiencia de los NNyA es un tema recurrente y exigiría la necesidad de un protocolo consensuado entre todos los operadores jurídicos que unifique y fije unos criterios determinados de cómo llevarla a cabo, produciéndose muchas diferencias de trato entre los diferentes juzgados de nuestra geografía que deberían ser eliminadas por un elemental principio de igualdad.

La reforma del artículo 158 del Código Civil, afecta a su apartado 6, que establece la posibilidad de suspender cautelarmente el ejercicio de la patria potestad y/o ejercicio de la guarda y custodia, régimen de visitas y comunicaciones establecidas en resolución judicial o convenio regulador aprobado judicialmente y en general, cualquier otra medida para apartar de un peligro, tanto en su entorno familiar como frente a terceras personas; estas previsiones tienen un carácter potestativo y no se limitan a las situaciones de violencia sino que van dirigidas a proteger a los NNyA de cualquier tipo de peligro, tanto en el entorno familiar como frente a terceras personas, y van a poder adoptarse en procesos penales o civiles, siendo concordantes con el objetivo de la ley de proporcionar a NNyA una protección integral.

La LOPIVI en su artículo 11, al regular el derecho de los NNyA a ser escuchados, establece la necesidad de «la adecuada preparación y especialización de profesionales» para «garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto», si bien, en la práctica forense se detectan, en muchos operadores jurídicos, esa falta de especialización y preparación que propugna la ley tan necesaria para que los NNyA puedan expresar su opinión en un entorno seguro.

El informe anual del Defensor del Pueblo del año 2022²⁰, en la Separata Infancia y Adolescencia recoge la necesidad, al hilo de una queja recibida, de una interpretación distinta de la que se viene realizando en los tribunales, del art. 770, regla 4ª de la LEC, a la luz de las innovaciones introducidas por la ley 8/2021 de 4 de junio «se trata de que los menores por debajo de los 12 años de edad puedan ser efectivamente escuchados si tienen madurez suficiente como permite dicha regla» (página 29).

El apartado 3 del artículo 11 de la LOPIVI insta a los poderes públicos a que impidan la aplicación del llamado Síndrome de Alienación Parental (SAP), constructo sin aval científico alguno, como ya se puso de manifiesto en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género (Eje 2) que, entre sus medidas, incluyó la necesidad de «Realizar aquellas actuaciones que sean necesarias para evitar que el denominado Síndrome de Alienación Parental pueda ser tomando en consideración por los órganos judiciales, fomentando el conocimiento entre los operadores jurídicos del significado de dicha expresión».

El SAP carece de base científica y está excluido de los catálogos de enfermedades científicamente reconocidas, por lo que será inadmisibles como acusación de una parte contra la otra en los procesos de violencia de género, separación, divorcio o atribución de custodias a menores.

Este falso síndrome ha sido rechazado por la comunidad científica y, en la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Protección Integral contra la Violencia de Género publicada por el CGPJ de 13 de octubre de 2016²¹, recoge al respecto:

«La utilización del llamado “Síndrome de Alienación Parental” (en adelante, SAP), o la de una denominación alternativa, pero con la misma virtualidad, para explicar y tratar de solucionar los problemas de relación entre padres e hijos tras una situación de crisis matrimonial —una de las reacciones referidas— es una preocupante realidad cada vez más común.

Aceptar, en suma, los planteamientos de las teorías de Gardner —que incluso excluía la aplicación de su teoría en los casos en que se evidenciaba una situación de violencia, abuso o negligencia— en los procedimientos de guarda y custodia de menores supone someter a éstos a una terapia coactiva y una vulneración de sus derechos por parte de las instituciones que precisa mente tienen como función protegerlos».

La judicatura, por tanto, es consciente y concedora de la existencia de violencia oculta en los procedimientos de ruptura familiar y de la necesidad de formación en perspectiva de género y de infancia para detectar estas situaciones y, así, entre las conclusiones alcanzadas por los y las participantes en el Encuentro entre Jueces y Magistrados con competencias de Familia, las Asociaciones de la abogacía especializadas y las Asociaciones de psicología forense y de trabajo social forense que tuvo lugar en Barcelona en noviembre de 2021²², en el que participó como es habitual la Asociación de Mujeres

²⁰ <https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2023/06/Separata-infancia-y-adolescencia-.pdf>.

²¹ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Guias-practicas/Guia-practica-de-la-Ley-Organica-1-2004>.

²² CGPJ – EN21059.

Juristas Themis, se alcanzaron, entre otras, las siguientes conclusiones referidas a la violencia oculta en los procesos civiles:

«(11) Para que se pueda apreciar la existencia de violencia oculta, es necesario que se priorice la formación judicial especializada en perspectiva de género y en perspectiva de infancia. Esta formación es tan necesaria para los titulares de los juzgados civiles con competencia en familia, como en los VSLM, incluyendo a los de segunda instancia y la casación. Formación que también es necesaria que se imparta a todos los operadores jurídicos que intervengan en estos casos (LAJ, fiscalía y equipos técnicos). De esta forma, se podrá determinar qué indicios hay que tener en cuenta por ser reveladores de la existencia de violencia oculta para prevenir hechos luctuosos posteriores.

Recomendaciones dirigidas especialmente a los jueces en los procedimientos civiles:

(13) Tener en cuenta que el archivo del procedimiento penal de violencia sobre la mujer o la sentencia absolutoria no determinan, por sí mismo, que no haya existido entre la pareja o con los hijos situaciones de violencia.

(16) Se ha de valorar en cada caso la conveniencia de adoptar medidas de protección de menores en supuestos de existencia de indicios de violencia sobre la mujer cuando la víctima no quiere que se inicie la vía penal ni quiera denunciar la situación. En estos casos se debe requerir al ministerio fiscal para que se pronuncie expresamente».

No solo la LOPIVI incide en la prevención de la violencia estableciendo para las diferentes administraciones públicas unos deberes generales, sino que impone a toda la ciudadanía el deber de comunicación a las autoridades competentes de las situaciones de violencia sobre los NNyA y, de manera particular, pone énfasis en la especialización de los y las profesionales que estén en contacto con NNyA víctimas de violencia y de manera específica en relación con los juzgados y tribunales y por ello la Disposición Final vigésima incorpora «un mandato al Gobierno para la elaboración de dos proyectos de ley con el fin de establecer la especialización de la jurisdicción penal y civil, así como del Ministerio Fiscal» y la creación de nuevos juzgados especializados con la denominación de «Juzgados de Violencia contra la Infancia y Adolescencia» estableciendo el plazo de un año para remitir a las Cortes Generales sendos proyectos de ley; se trata de una iniciativa pionera en los países de nuestro entorno, pendiente de desarrollo.

Aun cuando la 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 jurídica² tiene como finalidad la adaptación de nuestra legislación a la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, lo cierto es que introduce modificaciones en el Código Civil previstas para supuestos de ruptura familiar, ajenas al objetivo de la ley. Vamos a referirnos, en concreto, a las reformas en los artículos 94, 96 y 156 Código Civil.

El artículo 94 del Código Civil incorpora una nueva previsión en orden a reforzar la protección integral de los NNyA que pretende la LOPIVI con la finalidad de preservarles de un entorno de violencia y a tal

fin se introduce una prohibición de establecimiento de un régimen de visitas o estancias y si existiera se suspenderá en las siguientes circunstancias:

- Existencia de un procedimiento 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.
- Cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados en violencia de género o doméstica.
- Y se mantiene la prohibición de 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 antes indicados, prohibición que ya se contemplaba con anterioridad.

La regla general, por tanto, es la suspensión del régimen de visitas fijado con anterioridad o su no establecimiento en los casos expuestos (supuesto análogo al establecido en el artículo 92.7 del Código Civil, referido a la prohibición de establecer custodia compartida en situaciones de violencia), pudiendo ser acordada la suspensión tanto por el juzgado de violencia como por el juzgado civil a petición de la víctima o bien del Ministerio Fiscal (art. 544.ter.7 reformado por la LOPIVI); no obstante, y de forma excepcional, se podrá establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia que deberá estar fundamentada en el interés del NNyA o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación paterno filial.

La Fiscalía General del Estado, Unidad de Violencia sobre la Mujer, en su Nota de Servicio 1/2021 de fecha 14 de octubre de 2021, estableció criterios orientativos a los representantes del Ministerio Fiscal para que no interesen régimen de visitas en la comparecencia de la OP (art. 544 ter LECriminal) cuando existan hijos o hijas menores que convivan con la mujer víctima de violencia, o soliciten la suspensión en el caso de que esté establecido, si los menores han presenciado, sufrido o convivido con la violencia, y tan solo de forma excepcional se interesará el mantenimiento con base en el interés superior del menor evaluando la relación paterno filial, si bien las cifras correspondientes a los años 2022 Y 2023, arrojan los siguientes resultados²³:

Imagen 3. Suspensiones de visitas, patria potestad y guardas y custodias adoptadas.

Año	Suspensión régimen de visitas	Suspensión patria potestad	Suspensión guarda y custodia
	Nacional	Nacional	Nacional
2022	14,41 %	1,45 %	8,14 %
2023	12,75 %	1,30 %	7,80 %

Esta regla tiene su justificación en el deber de los poderes públicos de proteger a las personas menores que vivan en ambientes de violencia (artículo 29 LOPIVI) y a la exigencia establecida en el artículo

²³ Informes Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género —CGPJ—. Años 2022 y 2023.

26.3.a de la referida ley en relación con la parentalidad positiva que requiere que las personas menores crezcan en un entorno afectivo y sin violencia, exigencia que ya venía recogida en el EJE 4 de las medidas incluidas en el Pacto de Estado contra la Violencia, y que preveía la suspensión imperativa del régimen de visitas en los supuestos que los NNyA hubieran presenciado, sufrido o convivido con violencia de género.

La reforma de este artículo y la imposición, con carácter general, de la suspensión del régimen de visitas suscitó un importante debate social, muestra de la percepción un tanto distorsionada que tiene un sector de la ciudadanía del alcance de la violencia de género y sus efectos en los NNyA.

Se planteó cuestión de constitucionalidad por posible vulneración de diferentes derechos fundamentales, si bien el Pleno del Tribunal Constitucional, en resolución 106/2022, de 13 de septiembre desestimó por unanimidad el recurso planteado indicando que el párrafo cuarto del art. 94 del Código Civil carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores, ya que «si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas o estancias, respecto del progenitor denunciado o querellado que hubiera sido imputado formalmente por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del art. 94 del Código Civil señala, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal, así como la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas»²⁴.

La ley 8/2021 modifica el artículo 96 del Código Civil relativo a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar; los cambios tienen por objeto, entre otros extremos, establecer la limitación del derecho de uso sobre el domicilio familiar a la mayoría de edad de todos los hijos, haciéndose eco del criterio jurisprudencial mantenido desde la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 624/2011 de 5 de septiembre de 2011, ponente Juan Antonio Xiol Ríos, ROJ: STS 6237/2011. Se establecen las excepciones a esta regla general en el caso de que existan hijos menores en situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación del derecho de uso, alcanzada la mayoría de edad, o bien cuando siendo mayores de edad se encuentren también en situación de discapacidad, estableciendo en estos casos la posibilidad de establecer la continuación del derecho de uso «en función de las circunstancias concurrentes»; hubiera sido de interés que se fijaran criterios que pudieran orientar respecto a la duración de esa ampliación de plazo, lo que, sin duda, en la práctica va a producir muchas desigualdades por las diferencias de criterios que se puedan tener por cada órgano judicial y que se irán perfilando jurisprudencialmente.

Y otra modificación que se introduce en el referido artículo 96 del Código Civil es la previsión que establece de que, extinguido el uso, las necesidades de vivienda de las hijas e hijos mayores de edad, pero económicamente dependientes, se atenderán según lo previsto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil, relativo a los alimentos entre parientes, lo que obliga a las mujeres con hijos e hijas mayores de edad y dependientes económicamente, a acudir a un nuevo procedimiento de modificación de medidas para regular esta nueva situación, lo que supone una nueva judicialización de la situación

²⁴ Nota informativa del Tribunal Constitucional 75/2022.

de ruptura y la asunción de una nueva carga económica hasta tanto se regule, lo que es especialmente grave en situaciones de violencia, por razones obvias.

Otra de las modificaciones introducida por la ley ordinaria es la relativa al artículo 156 del Código Civil que establece una excepción al necesario consentimiento de ambos progenitores para que sus hijos e hijas reciban asistencia psicológica, en los siguientes supuestos:

- ✓ Cuando exista 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, integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor.
- ✓ Aun cuando no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia de un servicio especializado en violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación.
- ✓ Si los hijos e hijas son mayores de 16 años se requerirá su consentimiento expreso y, en cualquier caso, se exige la necesidad de informar previamente al otro progenitor.

Estas previsiones ya existían con anterioridad por las modificaciones introducidas por la Disposición Final Segunda del Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de Medidas Urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género y se han ampliado a los supuestos en los que la madre esté recibiendo asistencia especializada de violencia de género y exista un informe emitido por el referido servicio acreditativo de dicha situación.

6.2. Normativa internacional

A nivel internacional, el primer instrumento jurídico que vino a reconocer el conjunto de los derechos de los NNyA y un sistema de protección a la infancia y adolescencia fue la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, fruto de la cual, el 21 de septiembre de 1992, se aprobó por el Parlamento Europeo la Carta Europea de los Derechos del Niño en la que se fijan y desarrollan una serie de principios dirigidos a salvaguardar sus derechos, entre los que se enumeran el derecho a ser oídos desde el momento en que su madurez y edad lo permitan, en todas aquellas decisiones que les afecten, «especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación de la patria potestad, la determinación de la guarda y custodia...» como se recoge en el apartado D.7.15 de la Carta; y, en su apartado E.7.G, se recoge la exigencia de que «todo niño deberá ser protegido contra toda forma de esclavitud, de violencia o explotación sexuales».

La Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E. del año 2000, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el día 1 de diciembre de 2009, obliga a la U.E. y a los Estados Miembros a proteger los derechos en ella reconocidos cuando apliquen el Derecho de la Unión Europea y en su artículo 24 se enuncian los Derechos del Niño concretados en:

- ✓ El derecho a expresar libremente su opinión en función de su edad y madurez (apdo. 1).

- ✓ El derecho a que su interés superior constituya una consideración primordial en todo acto que le concierna (apdo. 2).
- ✓ El derecho a mantener relaciones personales y contactos directos, de forma periódica, con sus progenitores «salvo si son contrarios a sus intereses» (apdo. 3).

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España con fecha 10 de abril de 2014, reconoce que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y aunque no está dirigido específicamente a los y las menores, en su Preámbulo se les reconoce como víctimas:

«Reconociendo que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación.

Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres.

Reconociendo, con profunda preocupación, que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del «honor» y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres.

Reconociendo que los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia».

Y a lo largo del Convenio se contienen diferentes referencias a los NNyA. Así, el artículo 3, letra f) considera a las niñas menores de 18 años mujeres, siéndoles aplicables, por tanto, las disposiciones contenidas en dicho Convenio; el artículo 2, apdo. 2, recomienda a los Estados parte que apliquen el Convenio a todas las víctimas de violencia, entre las cuales se encuentran las niñas y niños, recogándose en sus artículos 7 y 12 las obligaciones que deben asumir los Estados miembros en orden a la lucha contra toda forma de violencia:

«Art. 7. 1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para adoptar y poner en práctica políticas nacionales efectivas, globales y coordinadas, incluyendo todas las medidas pertinentes para prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, y ofrecer una respuesta global a la violencia contra la mujer».

«Art. 12.2: 2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para prevenir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio por toda persona física o jurídica».

El artículo 26 del Convenio comentado establece la necesidad de que se tengan en cuenta adecuadamente los derechos y las necesidades de las y los menores expuestos a todas las formas de

violencia, adoptando las partes las medidas legislativas necesarias, y teniendo en cuenta debidamente el interés superior de los mismos.

En relación con la custodia, derecho de visitas y seguridad, el artículo 31 del referido convenio establece la obligatoriedad para los Estados parte de adoptar las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a hijas e hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia, así como que ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y seguridad de la víctima y de las niñas y niños. Finalmente, el artículo 45.2 del Convenio mencionado dispone que las partes podrán adoptar otras medidas en relación con los autores de los delitos (de violencia de género) como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma.

Y su artículo 31, «Custodia, derecho de visita y seguridad», establece la necesidad de tener en cuenta las situaciones de violencia a la hora de adoptar decisiones en relación con los derechos de custodia y visitas relativas a los NNyA, estableciendo textualmente dicho artículo:

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

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

6.3. Normativa comunitaria

Recientemente ha sido aprobada la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024²⁵, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que ha sido publicada en el DOUE el pasado 24 de mayo de 2024 y establece como plazo máximo de transposición el 14 de junio de 2027.

Esta Directiva tiene como objetivo proporcionar un marco integral para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres en todo el territorio de la Unión Europea. Para ello, tipifica en la toda la UE los siguientes delitos: mutilación genital femenina, matrimonio forzado, difusión no consentida de imágenes íntimas, ciberacecho, ciberacoso e incitación cibernética al odio o a la violencia; y establece medidas de protección que los Estados miembros deberán regular para las víctimas. Entre sus considerandos se expresa la necesidad de juzgar con perspectiva de género indicando que: «(10) La violencia contra las mujeres es una manifestación persistente de la discriminación estructural contra las mujeres, resultado de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Es una forma de violencia de género, infligida principalmente a mujeres y niñas por hombres. Hunde sus raíces en los roles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad determinada considera adecuados para las mujeres y para los

²⁵ <https://www.boe.es/doue/2024/1385/L00001-00036.pdf>.

hombres. Por tanto, se debe tener en cuenta una perspectiva que tome en consideración el género al aplicar la presente Directiva».

La Directiva aborda una definición integral y define la «violencia contra las mujeres» como todo acto de violencia de género dirigido contra una mujer o una niña por el hecho de ser mujer o niña, o que afecten de manera desproporcionada a mujeres o niñas, que causen o sea probable que causen daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

En relación con los y las menores, el artículo 32 de la Directiva, al regular la seguridad de los menores, establece la obligación de los Estados miembros de facilitar lugares neutrales supervisados, en presencia de funcionarios o asistentes sociales, donde deban desarrollarse las visitas de los NNyA con el progenitor «autor o sospechoso de actos de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica» que tenga reconocido ese derecho de visita, regulación que debería haber contemplado la necesidad de suspender ese derecho, al menos, cuando el progenitor haya sido condenado.

La Directiva ha nacido incompleta al no incluir como violencia de género la violación, la violencia sexual, por la oposición de países como Francia y Alemania que se negaron a introducir la definición del consentimiento en los delitos sexuales. De forma que, tratando de emular la Directiva el contenido del Convenio de Estambul no ha llegado donde sí lo hizo aquel, que contempla la violencia sexual como una manifestación de la violencia de género, que queda excluida, por lo tanto, de la Directiva; nace coja.

La diferencia entre uno y otro instrumento jurídico, aparte del contenido señalado, es que el Convenio de Estambul es aplicable directamente en todos los países que hayan ratificado el indicado Convenio, mientras que la Directiva se aplicará en todos los países de la Unión Europea, en el plazo de transposición que la misma determina.

6.4. Normativa sobre juzgar con perspectiva de género

A mayor abundamiento toda la legislación analizada debe ser aplicada desde la perspectiva de género que tiene el rango de obligación legal y, por lo tanto, no se trata de una cuestión potestativa sino impositiva, es decir, de obligado cumplimiento, que viene recogida en los siguientes textos legales:

A.- Del Derecho Internacional:

1.- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer regula, entre otros, en los artículos 1,2 c, d y f y artículo 5.a, la necesidad de condenar la discriminación contra la mujer y establecer medidas de todo tipo para eliminarla.

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de

su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2

Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

Artículo 5

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Juzgar sin perspectiva de género es uno de los obstáculos para el acceso de las mujeres a la Justicia. Así lo afirma la Recomendación General CEDAW 33 de 3 agosto de 2015 en cuyo apartado 26 se recoge:

«Los estereotipos distorsionan las percepciones y determinan resoluciones basadas en creencias y mitos preconcebidos y no en hechos relevantes».

«Los estereotipos afectan a la credibilidad dada a las declaraciones, argumentos y testimonios de las mujeres como partes o testigos... esto tiene profundas consecuencias... por ejemplo, dando lugar en el derecho penal a la absolución de perpetradores de violaciones de los derechos de las mujeres, sosteniendo así una cultura de la impunidad».

3.- El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011, conocido como el Convenio de Estambul de 2011, art. 49 en relación con el art 3, establece la obligación de los Estados parte de adoptar medidas legislativas, teniendo en cuenta la perspectiva de género. Así, el Artículo 49 «Obligaciones generales» establece:

«1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la investigación y los procedimientos judiciales relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio se lleven a cabo sin demoras injustificadas, sin perjuicio del derecho de la víctima a todas las fases del proceso penal.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio».

B.- Del Derecho Nacional:

1.- La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, regula en sus artículos 4 y 15 la integración del principio de igualdad en la aplicación de las normas y la transversalidad de la igualdad.

«Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

«Artículo 15. Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

2.- Los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Española que establecen la obligatoriedad de cumplir los tratados internacionales una vez publicados oficialmente.

De todo lo expuesto se desprende que todos los operadores jurídicos cuentan con instrumentos legislativos, tanto a nivel nacional como internacional, para adoptar, en todo caso, medidas de protección a favor de los NNyA que eviten colocarles en una situación de riesgo. Por lo tanto, será necesario incidir en una mayor especialización de todas las personas intervinientes en procesos en los que estén implicados los y las menores, con la finalidad de comprender y detectar las situaciones de violencia que pueden y deben ser evitadas y en la materia objeto del presente Estudio se echa en falta la aplicación de la perspectiva de género y son pocas las resoluciones en las que se ha aplicado.

7. EL INTERÉS SUPERIOR DE LAS Y LOS MENORES

El Interés superior del niño y la niña es un concepto jurídico indeterminado que se concreta en la realización efectiva de los Derechos Humanos de las personas menores, individual y grupalmente, cuando se trata de un colectivo con singularidades o circunstancias idénticas.

Este interés superior de las y los menores, tiene complejidad en la medida que es, al mismo tiempo, un principio general del derecho y, una condición procedimental, que sitúa la protección y el desarrollo integral de las personas menores de edad, como una cuestión primordial frente a la existencia de intereses y derechos de personas adultas, los cuales están sujetos a la ponderación de sus intereses, con la protección y el desarrollo integral de las y los menores.

El artículo 39 de la Constitución Española, en sus apartados 2 y 3 del Capítulo III «De los principios rectores de la política social y económica» en relación con el artículo 10.1 del texto constitucional, centra la perspectiva de los derechos fundamentales de las personas menores. Aunque se resume en un concepto jurídico indeterminado que es el interés superior de los niños y niñas, en el Capítulo II del texto constitucional se especifican los derechos inalienables de todas las personas menores, de cuya efectividad están obligados los progenitores, en primer lugar.

Este mandato de protección también se extiende a los poderes públicos (poder legislativo, ejecutivo, judicial, además de las entidades públicas territoriales, ayuntamientos, consejos, cabildos, comunidades autónomas y organismos especializados en menores) como garantes del interés superior de los y las menores en cualquier actuación o medida que, respecto de ellos y ellas se acuerde; asimismo los interpela frente a la omisión de la protección, o la vulneración física, psíquica y moral de las personas menores.

En Europa, a partir de la segunda mitad del siglo XX, el interés superior del menor constituye uno de los ejes sociales, hasta tal punto, que permite la observación de la evolución humana retrospectivamente, en especial las relaciones paterno-materna-filiales.

La evolución jurídica, hasta llegar al reconocimiento de las y los menores como sujetos de derecho, ha seguido un camino paralelo con los derechos de las mujeres. Para que las mujeres y las personas menores alcanzaran estatus como sujetos de derecho, ha sido necesario que el feminismo de la década 1960-1970 desarrollara la máxima de «lo personal es político»; de este modo, la familia ha evolucionado desde ser un ente genérico considerado como una unidad, donde el cabeza de familia, establecía las normas, y se ha pasado a una suma de personas unidas por el parentesco y/o afinidad, cada una de ellas considerada destinataria de los derechos y deberes establecidos por el legislador público.

Prueba de este cambio de paradigma son las siguientes leyes: La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de 1996²⁶, que es la primera ley del ordenamiento jurídico español

²⁶ Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

que reconoce al menor como sujeto de derechos. Como novedad, establece que el propio menor pueda solicitar el auxilio judicial; a su vez, la primera que regula medidas sociales, administrativas, civiles y penales, rompiendo con los compartimentos estancos; esta ley, aun manteniendo su estructura, ha sufrido modificaciones legislativas en la medida que se incrementa el deber de protección y reconocimiento de derechos de los y las niñas.

Otra ley de gran calado para los derechos de los y las menores es la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia²⁷, norma que establece medidas de protección detección precoz, asistencia, restitución de los derechos vulnerados, recuperación integral y evitación de la victimización secundaria.

Para conocer la dimensión del *statu quo* desde sus inicios, conviene analizar aquellas instituciones que, teniendo sus orígenes en el derecho romano (año 753 a. C. hasta el Siglo VI d. C.), han llegado hasta el siglo XXI atemperadas. Entre las instituciones más significativas, cabe destacar la «*patria potestas*» el «*ius vitae et necis*» que el padre detectaba sobre los hijos e hijas, la «*cum manu*» sobre la mujer, todas ellas precursoras de la violencia de género y la violencia vicaria sobre los hijos e hijas, desafortunadamente presentes en la sociedad democrática.

La familia de la Antigua Roma se basaba en el parentesco jurídico del *pater familia*, estando sometidos a su potestad: la mujer tenía la consideración jurídica de hermana de los y las hijas. Con el matrimonio, la mujer y las y los hijos quedaban subordinados al *pater familia*; el suyo era un poder unitario sobre las personas y las cosas, hasta el punto de que las reclamaciones sobre la patria potestad se realizaban bajo la misma figura jurídica que la reclamación de la propiedad de las cosas, la *vindicatio patriapotestatis*.

La estructura de la familia era semejante a un pequeño estado, donde el *pater familia* era el soberano, se constituía como unidad económica y todas las personas subordinadas eran consideradas «agentes patrimoniales actuando en interés del *pater familia*». Respecto de los hijos e hijas, el padre tenía el derecho de vida y muerte. Otra de las potestades del *pater familia* era la posibilidad de vender a su prole.

La *Manus* sobre la mujer consistía en la potestad sobre la mujer que ejercía el *pater familia*. Al contraer matrimonio, la mujer dejaba de formar parte de su familia originaria y pasaba a formar parte de la familia del esposo, con el estatus jurídico de hija del marido que, a su vez, que tenía la consideración de hermana de sus hijos, quedando bajo la absoluta dependencia del *pater familia*.

El marido tenía la facultad para corregirla, venderla en esclavitud e, incluso, matarla previa consulta al consejo de parientes próximos, si bien no hacía falta la consulta en los casos de adulterio de la mujer. A través del *Interdictum Uxore exhibenda et ducenda* el marido podía exigir que la mujer que había hecho abandono de familia fuera exhibida por quien la amparara y nuevamente conducida a la familia del marido.

El marido podía divorciarse solo pronunciando su deseo de hacerlo, bastaba una simple notificación, podía ser de mutuo consentimiento o por repudio. En todos los casos de divorcio ella tenía que abandonar el domicilio conyugal y los hijos e hijas permanecía con el padre. El marido divorciado

²⁷ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección a la Infancia y Adolescencia frente a la violencia.

mantenía el control sobre la mujer divorciada: aún en el caso de que ella mantuviera una convivencia con otro, no podía contraer matrimonio hasta transcurrido un año del divorcio, y en el supuesto de que el divorcio hubiera sido por culpa de ella, no podía casarse en los cinco años siguientes a este.

Estas arcaicas instituciones han llegado, atemperadas, hasta el siglo XX; a modo de ejemplo, la sanción penal y civil a la mujer por abandono de familia, incluso si era víctima de violencia por parte de su pareja; otro ejemplo es el delito de uxoricidio, que consistía en una sanción penal de destierro al hombre que mataba a la esposa sorprendida en adulterio que estuvo vigente desde 1828 hasta el año 1963, salvo el periodo entre 1932 y 1943 que la II República suspendió su aplicación, recuperándolo el régimen franquista en el Código Penal de 1944 hasta 1963, que se derogó definitivamente.

En el momento de la Codificación (mitad del siglo XVIII, principios del siglo XIX) el derecho romano tuvo una influencia considerable en muchas áreas del Código Civil y Penal, algunas instituciones fueron transpuestas al derecho de familia.

La patria potestad es una institución con la que el sistema patriarcal ha justificado el ejercicio de violencia hacia las mujeres y la progenie, unas veces por no cumplir el deber de obediencia²⁸ y otras en el ejercicio de la facultad de corrección física o psicológica a la mujer y la prole.

Con la democracia, llegó la Constitución Española aprobada por las Cortes y Senado el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum el 6 de diciembre, y sancionada por el rey ante las Cortes el 27 de diciembre²⁹. La Constitución establecía la igualdad ante la ley de hombres y mujeres en sus artículos 9.2 y 14, y el artículo 39 establecía la igualdad de los hijos ante la ley junto con el deber de los poderes públicos de la protección integral de los hijos.

La Constitución abrió la puerta a un frenesí legislativo con el fin de transitar de un estado autoritario a un Estado social, democrático, y de derecho, en el cual el derecho de familia fue una de las prioridades legislativas.

Hasta la Constitución, la patria potestad era ejercida exclusivamente por el padre. Con la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio se mantuvo el nombre «patria potestad». No obstante, ambos progenitores era titulares de ésta. Hasta la promulgación de esta ley el padre podía dar en adopción a un hijo o hija sin el consentimiento de la madre; el solo enunciado a la esposa de esta potestad patriarcal era suficientemente intimidatorio para que ella se sometiera a la voluntad del esposo para que no cediera los hijos en adopción.

Nombrar, en el vigente Ordenamiento Jurídico Español las responsabilidades paterno-maternas para con los hijos e hijas «patria potestad», no deja de ser una concesión al patriarcado predemocrático. Actualmente y después de reformas continuadas del artículo 156 del Código Civil con la ley del

²⁸ Llamada autoridad marital, vigente hasta la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

²⁹ BOE 311 de 29 de diciembre de 1978.

11/1981, de 13 de mayo, la Disposición Final 1.ª de la ley 54/2007 de 28 de diciembre, el RDL 9/2018 de 3 de agosto, y la Disposición Final 1.ª de la ley 15/2015 de 2 de julio, la patria potestad se describe como una facultad dual a ejercer por ambos progenitores, quienes deben actuar conjuntamente en interés de su descendencia menor de edad.

La facultad de corregir físicamente a las y los hijos hasta llegar a resultado de muerte, por exceso de castigo, no siempre ha sido sancionada; hasta 1956, los tribunales españoles solían absolver al padre, bien por causa de justificación en aplicación de algunas de las eximentes 8.ª, 9.ª u 11.ª del artículo 8 del Código Penal de 1944.

La facultad de corrección a la prole ha estado explícitamente recogida en el Código Civil hasta el año 2007, en que la ley 54/2007 de 28 de diciembre, en la Disposición Final Primera modificó el artículo 154 del Código Civil estableciendo que «la patria potestad se ejercerá con respeto a la integridad física y psicológica de los hijos». El artículo 153.2 del Código Penal prevé el castigo a quien de cualquier forma ocasione un menoscabo físico o una lesión de menor gravedad, cuya sanción puede llegar a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad ya que los y las hijas pueden ser víctimas en este tipo de delito.

La Observación General **número 8 del Comité de Derechos del Niño** «El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes», sobre la aplicación de los art. 19 y 28 párrafo 2 de la Convención Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, muestra preocupación del comité, ante la ausencia de una prohibición explícita de cualquier tipo de violencia o castigo corporal en la corrección a los menores, y recomienda a los Estados que han ratificado la Convención:

«Es preciso que en su legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, abofetear o pegar a un niño, como lo es dar ese trato a un adulto, y que el derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se la denomine “disciplina” o “corrección razonable”».

La Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 582/2022 de 13 de Junio, ponente Andrés Palomo del Arco ROJ: STS 2349/2022, analizando la jurisprudencia de la Sala Segunda de los últimos años (entre otras) sentencias 578/2014, de 10 de julio; 666/2015, de 8 de noviembre; 654/2019, de 8 de enero de 2020 y 47/2020, de 11 de febrero, subrayando que aunque la Sala ha recogido la persistencia de cierto derecho de corrección, siempre que sea moderado, y esté proporcionado a la función de educar inherente en la patria potestad, los comportamientos violentos que ocasionen lesiones nunca pueden encontrar amparo en el derecho de corrección (SSTS 654/2019 y 47/2020 antes citadas), «como tampoco lo pueden encontrar cuando la actuación consolida un patrón de dominación violenta que supere el umbral que se considera socialmente adecuado en la época actual, lo que se sintetiza a partir de la constatación de que la acción esté desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad (STS 666/2015).

«[...] En este sentido los comportamientos violentos que ocasionen lesiones —entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que

constituyan delito— no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles».

¿Queda suficientemente protegido el y la menor de los castigos corporales con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo?

Hay una máxima que, cada vez más, es constatada empíricamente, «los menores que viven en un estado de violencia tienen muchas probabilidades de ser adultos violentos»³⁰. El aprendizaje mimético del comportamiento de los progenitores, en que las niñas y los niños se forman, no pasa por el filtro del raciocinio, sino que este aprendizaje se asimila como natural y se integra en el patrón de ser y hacer.

La prohibición de los castigos corporales, tratos crueles e indignos, para corregir a las personas menores, debería ser la máxima expresión del Interés superior del y la menor.

La aplicación del derecho penal respecto a NNyA dependerá de la interpretación que hagan los tribunales, sobre donde están los límites en el derecho de corrección y sobre la antijuricidad de la acción encuadrada en el tipo penal aun cuando se encuentre justificada y socialmente aceptada.

Los conceptos jurídicos indeterminados «corrección moderada, razonable o proporcional» pueden tener distintas interpretaciones a la hora de establecer el *quantum* con el que se concuerda el nivel de la corrección admisible, decisiones sobre las que el órgano juzgador se ha de pronunciar, ello hace emerger, aún sin buscarlo, la subjetividad y los prejuicios de las y encargados de resolver.

Como ya se ha expuesto, el derecho romano consideraba a las hijas e hijos propiedad del padre, el sistema patriarcal que le sucedió, siguió basándose en el derecho de propiedad de las cosas, la mujer y los hijos e hijas, que en pleno siglo XXI tiene su manifestación más cruel en la violencia vicaria, el progenitor violento se autopercebe propietario de sus hijas e hijos y los utiliza como instrumentos para hacer a esposa, pareja o ex, más daño que el propio de quitarle la vida; para la madre, el asesinato de sus hijas e hijos, la pérdida de ellas y ellos, la acompañará por el resto de su vida; el dolor, y hasta culpa por no haber podido impedir su asesinato, se prolongará mientras viva.

Uno de los casos más paradigmático de violencia vicaria fue el asesinato de una menor por su padre, el 24 de abril de 2003, después que la madre A. G. C. hubiera interpuesto hasta 47 denuncias.

Después del fallecimiento de la hija, la madre denunció su caso al Comité sobre la eliminación de la discriminación de la mujer CEDAW, previsto en el artículo 17 de la Convención, y Protocolo Facultativo

³⁰ «Menores testigos de violencia entre sus progenitores: repercusiones a nivel psicoemocional». Sandra Carracedo Cortiñas, 5-COLECCIÓN: Premio de la Delegación de Gobierno para la violencia de género a Tesis Doctorales sobre Violencia de Género.

«Familia niños y delincuencia: La violencia como herencia». Eric Olson 20.06.2018, Blog: SIN MIEDOS. [Familia, niños y delincuencia: La violencia como herencia \(iadb.org\)](https://www.iadb.org/).

«Cuáles son las consecuencias de la violencia en la crianza» 29.06.2020 UNICEF <https://www.unicef.org/uruguay/crianza/etapa-escolar/cuales-son-las-consecuencias-de-la-violencia-en-la-crianza>.

ratificado por España el 29 de junio de 2001³¹. El Comité emitió su dictamen número 47/2014 que estableció la responsabilidad del Estado, como ya se ha referenciado en la Justificación del Estudio.

Una vez establecida por el Comité de la CEDAW la responsabilidad del Estado español y ante la inoperancia de la Administración General del Estado, a la madre no le quedó otro remedio que interponer un recurso contencioso administrativo de reclamación al Estado, por funcionamiento anormal de la administración de justicia, el cual fue desestimado, seguido de otro por error judicial que igualmente fue desestimando y por otro de Protección de los Derechos Fundamentales que sí fue estimado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo dictó la Sentencia número 1263/2018 de 17 de julio ROJ: STS 2747/2018 siendo ponente Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo, estimando el recurso de casación reconociendo, por primera vez, la vinculación y ejecutabilidad de cumplimiento por parte de España, y, consecuentemente, ante los tribunales españoles, del dictamen comité sobre la eliminación de la discriminación de la mujer CEDAW.

Esta sentencia reconoce que los dictámenes internacionales basados en los tratados internacionales ratificados por España (art. 102 en relación con el art. 96.1 de la Constitución Española), sí afectan a Derechos Fundamentales, y establecen obligaciones para el Estado, son ejecutables ante los tribunales españoles aún en ausencia de un procedimiento específico y cabe la reclamación por funcionamiento anormal de la administración de justicia; la sentencia del Tribunal Supremo establece y cuantifica la indemnización para la madre, por causa de discriminación.

El fundamento jurídico 8.º de la sentencia establece:

1º) que la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un dictamen del comité de la CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en La Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes.

2º) que, no obstante esa afirmación, dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir en este caso que ese dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse.

3º) que, en este caso y en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, concluimos que la administración vulneró derechos fundamentales de la recurrente, concretamente sus derechos a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral, y a la tutela judicial efectiva, y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad

³¹ Publicado en el BOE 190 de 9 de agosto de 2001.

patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de La Convención y El Protocolo Facultativo.

4º) que casamos y anulamos la sentencia impugnada en cuanto no apreció tal vulneración de derechos fundamentales, así como la inicial decisión administrativa por silencio, y declaramos la obligación de la Administración de reparar esa vulneración imponiéndole directamente una condena por importe de seiscientos mil (600 000) euros por los daños morales padecidos.

No es este el único procedimiento que tramita el Comité de la CEDAW contra España por causas de violencia hacia la mujer y las niñas; cabe referir como mínimo la 9/2019 y la 11/2019, todas ellas tienen en común las consecuencias para las y los menores que supone la falta de credibilidad que dan a las declaraciones y denuncias de las mujeres, algunos tribunales españoles, cuando estas ejercitan acciones judiciales, en aras a la protección de las y los hijos frente al padre y a su seguridad.

7.1. La Convención de los Derechos del Niño y su transposición a la legislación española.

Los precedentes de la conceptualización del Interés Superior del Niño y la Niña son, por una parte, la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, en su principio 2 indica que, al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que **«se atenderá será el interés superior del niño»**.

El segundo precedente está en la Convención sobre toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW), hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 y publicada en el BOE número 69, el día 21 de marzo de 1984, en su artículo 5 indica que «el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos».

La Convención sobre los Derechos de los niños aprobada por la Asamblea General de la ONU el día 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990 publicada en el BOE número 313 de 31 de diciembre de 1990 contempla el Interés Superior del Menor como un principio primordial en los artículos 3. Apartado 1; 9. Apartados 1 y 3; y 18 Apartado 1.

Artículo 3.1) En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 9.1) Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (...) 3) Los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

A los efectos de este Estudio son relevantes los artículos que forman parte de la conceptualización del Interés Superior de las Personas Menores, el artículo 12 que establece el derecho de las y los niños y adolescentes a ser escuchados, este derecho está plenamente inserto en el Interés Superior de las y los menores, y el artículo 19 que proscribe la violencia contra los menores.

Para que Naciones Unidas pudiera hacer el seguimiento de la implementación de la Convención por los Estados parte, la misma Convención, en los artículos 43 a 45, crea el Comité de los Derechos del Niño y la Niña, que está constituido por diez personas de reconocido prestigio y expertas en las distintas temáticas, cada una perteneciente a un estado parte, que tendrán el encargo de la recopilación de información sobre la aplicación, sugerencias a los Estados, realizar observaciones generales para todos los Estados parte, y particulares cuando a raíz de los informes recibidos, detecten irregularidades u omisiones respecto a la aplicación o no aplicación de las medidas previstas en la Convención.

Para el tema que ocupa este Estudio, el Comité ha formulado tres recomendaciones que tienen formato de OBSERVACIONES GENERALES, la 8.ª «El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes» (2006), la 12.ª «El derecho del menor y la menor a ser escuchados» (2009) y la 14.ª «El principio del interés superior».

Desde el punto de vista legislativo España ha sido diligente en trasladar al ordenamiento jurídico las observaciones generales, como ya se ha hecho constar, un año después de la Observación General Octava, mediante la Disposición Final Primera de la ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 se modificó el artículo 154 del Código Civil estableciendo que «la patria potestad se ejercerá con respeto a la integridad física y psicológica de los hijos» desapareciendo cualquier referencia explícita al derecho de corrección.

Las Observaciones Generales 12.ª y 14.ª fueron traspuestas mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, que modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y modifica los artículos 2, 3 y ss., recogiendo buena parte de la Observación General 14 sobre Interés Superior del Menor, sus derechos, de los que debemos hacer especial referencia al derecho a estar informado, oído y escuchado al derecho a convivir en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, estableciendo el artículo 2º los criterios a tener en cuenta en la valoración del interés superior y su consideración primordial, así como la necesidad de motivar las resoluciones explicitando qué criterios se han seguido y en qué hechos o circunstancias se fundamenta la decisión. El derecho de estar informado.

El artículo 9º de la ley orgánica de protección jurídica del menor recoge las recomendaciones de la Observación General 12, el derecho a ser oído y escuchado sin discriminación de ningún tipo, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de otro tipo. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o la audiencia de las y los menores, la resolución deberá ser motivada en el interés superior del menor, incluyendo una estimación de sus posibles consecuencias positivas o negativas.

El artículo 92 del Código Civil que regula los procedimientos para la separación, la nulidad y el divorcio, establece en su apartado 2.º que cuando el juez deba adoptar cualquier medida sobre la custodia,

cuidado y educación de los hijos e hijas menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión. En los procedimientos de familia con hijas o hijos menores, «ser oído» es una norma de carácter imperativo.

El Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, publicado por el Defensor del Pueblo en Madrid, mayo 2014, en su conclusión séptima indica cómo la fórmula legal española «derecho a ser oído» difiere de la utilizada por la Convención, que pone el acento en la escucha, puesto que en la tradición jurídica española ser oído implica, fundamentalmente, un trámite del que no se sigue obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. El concepto de escucha es más exigente ya que además de atender lo escuchado, ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño, la niña o adolescente.

El Informe de 2 de agosto de 2013, del secretario general de la Asamblea de Naciones Unidas, relativo a la situación de la Convención, en su párrafo 52 indica:

«Varios estados han intentado incorporar el derecho de los niños a ser escuchados en sus procedimientos administrativos y jurídicos. Sin embargo, siguen siendo motivos de preocupación la insuficiente claridad y la limitada aplicación práctica de las disposiciones jurídicas, en particular las salvaguardias y los mecanismos para garantizar el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados sin ser objeto de discriminación, manipulación o intimidación».

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la STS 731/2024 de 27 de mayo de 2024, de la que es ponente D. Antonio García Martínez³², establece la obligación de los órganos judiciales de escuchar directamente las opiniones de los menores, sin que se considere equiparable a la escucha realizada por el equipo psicosocial.

La Observación General 13.^a sobre los Derechos del niño y de la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia, referida a los artículos 19 y 28.2 de la Convención del año 2011 destinada a los 193 Estados que han ratificado la Convención, evidencia la necesidad de concienciación sobre la violencia hacia las niñas y los niños desde una visión holística, motivo aun mayor para su estudio³³.

El conocimiento de las consecuencias de la violencia hacia los menores y su grave incidencia en el entorno familiar, como se constata en la Observación Octava, son razones más que suficientes para que el artículo 94 párrafo 4.^º del Código Civil establezca como regla general la suspensión del régimen de visitas o guarda del progenitor imputado por atentar contra la compañera, esposa o ex, o contra los hijos e hijas. La violencia psicológica que supone que un menor presencie violencia contra su madre debería ser por sí misma una causa para la suspensión de la comunicación del progenitor violento con las hijas e hijos.

El artículo 94 del Código Civil establece que cuando el órgano judicial se aparta de la regla general tiene que motivar las razones por las que considera que el interés superior del menor sea el de mantener

³² STS CENDOJ ROJ.: 2896/2024.

³³ [Observacion-General-No-13-2011-del-Comite-de-los-Derechos-del-Nino \(1\).pdf](#).

la comunicación con el progenitor violento, incluyendo la estimación de las posibles repercusiones, positivas o negativas.

La suspensión de la comunicación entre las hijas e hijos y el investigado o imputado, también es una medida de seguridad, tanto para la madre como para la prole, ya que en no pocas ocasiones el investigado aprovecha la comunicación o visitas con la descendencia común, para seguir demostrando a la mujer que él mantiene el poder y control de la familia, pese a haber sido denunciado, lo que sin lugar a dudas altera la paz de la mujer y las hijas e hijos, y en los casos más graves de violencia vicaria las y los menores corren riesgo de perder la vida.

El artículo 2.2c) de la ley orgánica de protección jurídica del menor indica la conveniencia de que el entorno familiar esté libre de violencia, el artículo 9.1 de la Convención asimismo señala la conveniencia de la separación de los hijos del violento cuando estos sean víctimas de malos tratos.

7.2. La Unión Europea y el Consejo de Europa ante el Interés superior de las y los menores.

La Carta Europea de Derechos de la Infancia, aprobada por el Parlamento Europeo el 21 de septiembre de 1992 enumera una serie de principios que afectan a los niños y las niñas que han de cumplir todos los países miembros. El principio número 15 referido al derecho del menor a ser oído, especialmente en los procesos de familia.

15. Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, este deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño.

La reciente Directiva Europea (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, establece entre sus Consideraciones:

13) Debido a su vulnerabilidad, ser testigo de violencia doméstica puede ser devastador para los menores. Los menores que son testigos de violencia doméstica dentro de la familia o de la unidad doméstica suelen sufrir daños psicológicos y emocionales directos que afectan a su desarrollo y corren un mayor riesgo de padecer enfermedades físicas y mentales, tanto a corto como a largo plazo. El reconocimiento de que los menores que han sufrido daños causados directamente por haber sido testigos de violencia doméstica son a su vez víctimas supone un paso importante en la protección de los menores que sufren como consecuencia de la violencia doméstica.

69) Teniendo en cuenta las secuelas de por vida que la violencia contra las mujeres o la violencia doméstica deja en los menores cuyos progenitores hayan sido asesinados como consecuencia de dichos delitos, los Estados miembros deben garantizar que estos menores puedan beneficiarse plenamente de la presente Directiva, en particular mediante medidas especiales de protección y apoyo, también durante cualquier procedimiento judicial pertinente.

En relación con las y los menores víctimas de violencia, el artículo 2.c) define como víctimas de violencia aquellos que «hayan sufrido algún daño directamente o porque hayan sido testigos de violencia de género o doméstica», y el artículo 32 se refiere a las medidas para la seguridad de las y los menores.

En el contexto del Consejo de Europa, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica aprobado el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España el 18 de marzo de 2014, publicado en el BOE número 137 de 6 de junio reconoce que las niñas y los niños son víctimas de violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia.

El artículo 31 establece las medidas que deben adoptarse en caso de violencia de género o doméstica, desde una perspectiva de seguridad de la mujer y de los y las hijos, respecto a la custodia y régimen de visitas, indicando que:

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.
2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

Los tratados y convenios ratificados por España en esta materia priorizan la seguridad de la mujer y su prole y la prevención y sensibilización con el fin de poner fin a la dinámica con que se retroalimenta la violencia machista, la cual inmuniza a la prole para que no identifiquen la gravedad de la violencia de género y normalicen la violencia de género como parte de los roles que las niñas y los niños tienen que aprender.

7.3. Una aproximación a la Doctrina y Jurisprudencia sobre el Interés Superior del Niño y de la Niña.

Es pacífica la doctrina que afirma que el Interés Superior del Menor supone el reconocimiento de las y los NNyA como sujetos con plenos derechos, para cuyo ejercicio se prevén procedimientos legales para suplir su falta de madurez, la cual siempre debe interpretarse restrictivamente, escuchando a la persona menor. La y el menor tienen derecho a que sean tenidas en cuenta sus opiniones y deseos, en las decisiones que tengan trascendencia sobre su vida, y ello configura el derecho a ser escuchado sin ser objeto de discriminación, manipulación o intimidación.

Como principio constitucional el Interés superior del menor es un deber de protección a las y los NNyA en base al artículo 39 de la Constitución Española; como principio general del derecho es una

regla interpretativa que obliga a priorizar los intereses del menor. El riesgo en la función interpretativa es doble, por una parte, se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo que obliga al intérprete a una mayor asepsia, ya que, al tratarse de la resolución de asuntos frecuentes, que implican a la cotidianidad del propio intérprete de la norma, quien, aún actuando con objetividad, no es ajeno a sus propias convicciones y prejuicios.

El segundo aspecto se halla en cómo se aplica la cláusula general del interés primordial del menor en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 2 de la ley orgánica de protección jurídica del menor). Este artículo, siguiendo las pautas establecidas en la Observación 14 del Comité de Derechos del Menor, establece los indicadores que, como mínimo, tiene que analizar el órgano juzgador y además motivar la resolución con el análisis de los indicadores observados incluyendo una estimación de las posibles repercusiones tanto en positivo como en negativo, sin que sean suficientes expresiones como «se toma la decisión X por el interés superior del menor» o suplir la falta de motivación exigida con otro concepto jurídico indeterminado, reduciendo el interés superior del menor a un «cajón de sastre» donde todas las interpretaciones son válidas.

En el ámbito doctrinal cabe señalar cómo el profesor Isaac Ravetllat Ballester, director del Centro de Estudios sobre Derechos de la Infancia y Adolescencia de la Universidad de Talca, indica sobre la conceptualización del Interés Superior del Menor en su ponencia: *Interés Superior del Niño, concepto y delimitación del término*, publicado por Educatio Siglo XXI. Revista de la Facultad de Educación, Universidad de Barcelona ISSN 1699-2105, concluye:

«(...) el concepto de interés del menor no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general. Partiendo de la base de que el menor es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento (de acuerdo con el art. 29 Código Civil), el principio del interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales, a las personas. En consecuencia, la regulación que desarrolle este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación a problemas suscitados con menores, no se encuentran con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad. Ahora bien, si desde un punto de vista jurídico-formal puede bastar inicialmente con identificar, tal y como acabamos de realizar, el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, desde un punto de vista humano, y aún más tratándose de un niño, parece que no pueda prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal de ese individuo, al equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden contribuir (positiva o negativamente) a la formación y desarrollo de su personalidad: porque ni el interés (del menor) ni la personalidad son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana concreta».

En su artículo sobre «La capacidad natural como criterio de determinación del derecho del niño a ser escuchado en los procesos matrimoniales» publicado en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, ISSN-e 2341-0566 bº 7-2015, incidiendo en «la suficiente madurez», concepto

jurídico indeterminado que es práctica generalizada por el legislativo y los operadores jurídicos, resume:

«Cuando se hace referencia a que deben tomarse en consideración los deseos y sentimientos de las personas menores de edad en cualquier asunto y circunstancia que les afecte directamente, a tenor siempre de su edad y capacidad de discernimiento (artículos 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño), no es tarea fácil averiguar en qué casos debe ello, efectivamente, llevarse a cabo; ni tampoco determinar cuáles son los verdaderos deseos de un niño, niña o adolescente; y, por último, y una vez conocidos éstos, sopesar la importancia que debe otorgárseles. Pues bien, todas esas dudas afloran en los procesos de separación y divorcio en los que hay implicadas personas menores de edad»”.

La catedrática de Derecho Civil y magistrada del Tribunal Constitucional, Encarnación Roca Trías, en su artículo «*Dura lex sed lex* o de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada» publicado en el Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX Núm. 2179, junio 2017, en sus conclusiones señala cómo el Interés Superior del Menor forma parte del concepto de Orden Público, y a tal efecto indica:

«[...] que la protección del interés del menor forma parte de los conceptos de orden público español, dado que España es parte en el Convenio Internacional de los Derechos del Niño, de 1989, convenio que ha sido introducido directamente en el derecho español al haberse ratificado por España y haberse introducido en el artículo 2 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor».

Aplicando el Orden Público a los procedimientos de familia y el Interés Superior de las Personas Menores, el Código Civil, en su artículo 1.3, establece que la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable y siempre que no sea contraria a la moral o al orden público (el llamado derecho de corrección aunque haya sido costumbre no puede tener lugar si para corregir se utilizan los castigos corporales); el artículo 6.2 del Código Civil indica que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros (la remisión a las partes a mediación en los procesos en los que hay o ha habido violencia de género, es contraria, además de a la ley, al orden público. El interés superior de las y los NNyA siempre tiene que primar sin que pueda excluirse voluntariamente una ley aplicable), y el artículo 1255 del Código Civil sobre contratos, dispone que los contratantes pueden establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Los convenios reguladores con cláusulas contrarias a las leyes o al orden público son susceptibles de anulabilidad y nulos de pleno derecho cuando afectan al interés superior de los y las menores.

7.4. Analizando la Doctrina del Tribunal Constitucional.

El Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia número 64/2019, de 9 de mayo de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 3442-2018, ponente Fernando Valdés Dal-Re, publicada en el BOE número 138 de 10 de junio de 2019, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona respecto

del art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, analiza en su Fundamento Jurídico Cuarto el Interés superior del Menor en la exploración judicial, la cual es indisponible toda vez que es una norma de orden público. A tal efecto en el tercer párrafo del mentado Fundamento Jurídico Cuarto indica:

«El derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, Fundamento Jurídico Quinto). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre, Fundamento Jurídico Quinto; en el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril, Fundamento Jurídico Séptimo; 152/2005, de 6 de junio, Fundamentos Jurídicos Tres y Cuatro, y 17/2006, de 30 de enero, Fundamento Jurídico Quinto)».

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 178/2020 de 14 de diciembre de 2020, BOE núm. 22, de 6 de enero de 2021, ponente Encarnación Roca Trías, resuelve la pretensión relativa a la determinación de los apellidos, ignorando que el principio de protección del menor prima sobre las normas procesales y analiza el interés superior del menor como principio constitucional en el Fundamento Jurídico Tercero, indicando que «El interés superior del menor como principio constitucional y canon de motivación de las resoluciones judiciales», estos dos aspectos son los que han de priorizar sobre cualquier norma procesal, en este sentido indica;

«[...] En consecuencia, en el caso de autos la decisión sobre la admisión o no del incidente no puede soslayar el interés superior del menor, que reclama, en la medida en que sea legalmente posible, y tan pronto como sea legalmente posible, pues el paso del tiempo es pernicioso, preservar la seguridad jurídica y estabilidad de la menor, esto es, proporcionar una resolución judicial motivada que permita saber con certeza su situación de acogimiento». Dicho de otro modo, en atención al papel que tiene encomendado el principio constitucionalmente impuesto a todos los poderes públicos de proveer a la protección del menor, no cabe duda de que su aplicación prima sobre la de cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de las pretensiones. Por ello, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo debió prescindir del óbice procesal observado y conocer del fondo del asunto planteado para determinar si la resolución que había sido recurrida había observado dicho principio y razonado conforme al mismo los motivos de la decisión de alterar los apellidos de la menor. En atención a ello, hemos de concluir que la ausencia de un análisis razonado ex art. 39.4 Constitución Española sobre el fondo de la cuestión suscitada en torno a los apellidos que debía ostentar la menor tras la determinación de su filiación paterna, lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución Española), de la recurrente en amparo, que actúa en representación de su hija menor».

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 53/2024 de 8 de abril de 2024, ponente Ramón Sáez Valcárcel publicada en el BOE núm. 118 de 15 de mayo de 2024 sobre el régimen de visitas

y derechos del condenado que esté cumpliendo pena en prisión. La sentencia, que estima el recurso de amparo, en su Tercer Fundamento Jurídico señala que el objeto del proceso se limita a determinar si las resoluciones judiciales han respetado la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada, pone de relieve que no se ha cumplido el canon reforzado de motivación que deben superar las resoluciones judiciales que afecten a menores, que no se indican que criterios han sido tenidos en cuenta, ni explícita en el juicio de ponderación entre valores en liza para hacer efectiva la exigencia de proporcionalidad de la decisión. El interés superior del menor como principio constitucional y el deber de motivación reforzada.

Respecto al derecho de la y del menor a ser oídos y escuchados el tribunal señala en el párrafo 5.º del citado Fundamento Jurídico:

«Entre los valores y derechos en liza que el órgano judicial ha de incluir en su juicio de ponderación se encuentran los deseos, sentimientos y opiniones del menor. La STC 5/2023, de 20 de febrero, Fundamento Jurídico Tercero, a la que nos remitimos, analizaba las disposiciones internacionales y nacionales que tratan de garantizar la participación de las personas menores de edad en los procedimientos que les afecten, en función de su edad y madurez, así como que su opinión, libremente expresada, sea tenida en cuenta en la ponderación de lo que debe considerarse en cada caso como interés superior del menor. En línea con las disposiciones internacionales que regulan la materia, el artículo 2.2.b) de la ley orgánica 1/1996 establece entre esos criterios generales «[l]a consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior». El artículo 9, por su parte, regula en detalle el «derecho del menor a ser oído y escuchado, que forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, Fundamento Jurídico Quinto), y que se integra en el contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española)».

7.5. El Interés superior del menor interpretado con perspectiva de género.

«El Derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres» (C. Mackinon). Esta premisa no se refiere al sexo de las personas, no se trata de que el órgano juzgador sea hombre o mujer, se trata de que los patrones por los que se guía el derecho son los propios del patriarcado, la experiencia de la vida y los prejuicios de las personas, y entre ellos los órganos encargados de la interpretación de las normas, aún con toda la voluntad de ser objetivos e imparciales, no son ajenos a las subjetividades, y ello cuando se trata de cuestiones que afectan a la familia, pero también a la igualdad de mujeres y hombres, se añade un plus de dificultad en la neutralidad que los operadores jurídicos, especialmente los que tienen que resolver.

La falta de perspectiva de género y de infancia no permite ver el alcance de las decisiones que se toman.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no ha sido un referente del análisis de los hechos con perspectiva de género, a pesar de que en el ámbito civil los procedimientos de familia precisan de un análisis de

género y de interpretación del Interés Superior del Menor conforme se ha descrito anteriormente, el deber de protección de NNyA, la garantía de que las medidas que se vayan a adoptar permitan el desarrollo de todo el potencial y capacidad de los y las NNyA.

Tomando como muestra la atribución del uso de la vivienda a hijas e hijos y al progenitor/a a quien se haya atribuido la custodia, se ha producido un retroceso tanto en la conceptualización jurisprudencial de la causa por la que se establecía esta medida, como en la reducción paulatina de la aplicación de la medida en su sentido literal.

Cuando en el año 1981 se legisló sobre el divorcio, se estableció que el uso de la vivienda se atribuiría a las hijas e hijos y a aquel progenitor con quien convivan, porque de este modo se protege el interés superior de las y los menores que, en este caso consiste en minimizar los efectos de la ruptura conyugal evitando el factor de riesgo para su estabilidad, manteniendo a las y los hijos viviendo en el mismo domicilio en el que convivían constante la unión de sus progenitores, en un contexto social y cultural conocido por ellos, vecindario, amistades, colegio, ultramarinos, etc.

Una conceptualización jurisprudencial sobre qué se ha de entender por vivienda familiar, ha tenido como consecuencia la pérdida de perspectiva respecto del Interés Superior del Menor por el que la norma atribuye el uso de la vivienda a los hijos y aquel progenitor bajo cuya custodia se queden.

Hay dos sentencias del Tribunal Supremo cuya interpretación del artículo 96 del Código Civil ha sido extensiva respecto a lo prescrito en el artículo 3.1 Código Civil, es decir han interpretado la literalidad de la ley restringiendo el concepto de vivienda familiar y las causas por las que esta vivienda familiar deja de tener tal consideración, aún vigente la causa por la que se atribuyó, bien a los hijos e hijas y el progenitor custodio, bien a progenitor cuyas circunstancias personales le hacían digno de protección.

Pese a ser resoluciones que no corresponden al periodo que se ha estudiado, se consideran ilustrativas de cómo la falta de perspectiva de género y del Interés Superior del Menor puede dejar a los menores desprotegidos o en riesgo de serlo. Se trata de las siguientes sentencias:

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 726/2013 de 19 de noviembre de 2013, ponente José Antonio Seijas Quintana ROJ: Sentencia del Tribunal Supremo 5509/2013. Esta sentencia desestima el recurso, y a pesar de la literalidad del párrafo primero del artículo 96 del Código Civil, considerando que esta es una norma taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras, actuando en su función de interprete de las leyes y en aras a eliminar el «rigor de la norma» supedita el uso de la vivienda a la menor y a su madre hasta la liquidación del régimen económico del matrimonio.

Esta sentencia considera que la vivienda pierde su consideración de «familiar» por cuanto pese a estar empadronado el matrimonio en este domicilio, estando viviendo allí la madre y la hija, en la misma población que los abuelos maternos, y la madre por su trabajo de azafata deja de pernoctar en la vivienda 6 o 7 días al mes, sin tener en cuenta que la madre tiene un salario de 1 200€ y el padre piloto con un salario entre 3 200 y 3 800€, se obligó al padre a abonar una pensión de 250 € por alimentos para la hija.

¿Cómo se protegerá el Interés Superior del Menor una vez desalojadas de la vivienda? ¿Habría que interponer una nueva demanda para el incremento de la pensión alimenticia en proporción al coste del 50 % del arrendamiento de una vivienda?

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Pleno, número 641/2018, de 20 de noviembre de 2018, ponente José Antonio Seijas Quintana. CENDOJ, ROJ: STS 3882/2018. Esta sentencia acuerda la extinción del uso de la vivienda a los hijos y a la madre porque la madre tiene una nueva pareja con la que convive en la vivienda que fue atribuida a ella y a los hijos.

Aunque siempre se ha considerado que el uso de la vivienda forma parte de la pensión alimenticia y que la recurrente solicitó, desde el primer momento, que en caso de extinción de la pensión se incrementara la pensión alimenticia que percibía por los dos hijos, esta petición no fue atendida

La falta de perspectiva de género también se evidencia cuando la sentencia explicita que la madre «*que se benefició del uso de la vivienda por habersele asignado la custodia de los hijos*». El pleno del Tribunal Supremo, al establecer doctrina, obvia que su jurisprudencia ha evolucionado para que apenas se tenga en cuenta la diferencia de ingresos entre la madre y el padre a la hora de establecer la pensión de los hijos del progenitor no custodio, que no se cuantifique la dedicación personal de la madre a los hijos, pero lo más llamativo de la sentencia es cuando establece:

«La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene a favor de la madre. La atribución del uso de los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá que se les proporcione una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial (...)»

La ley orgánica de protección jurídica del menor en su artículo 2.1 establece que su interés superior sea considerado primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

Esta sentencia ha supeditado el interés superior del y la menor a un mero interés patrimonial del padre, quien paradójicamente, tiene el deber de velar por la prole.

Otro ejemplo de falta de perspectiva de género en el ISM está en la supresión por parte del Tribunal Supremo de la *excepcionalidad* de la atribución de la guarda y custodia compartida³⁴ en los casos de que uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad y la integridad moral o la libertad e indemnidad del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos³⁵. Esta sentencia y las sucesivas en idéntico sentido, han supuesto la generalización de la custodia compartida aún en los casos en los que hay iniciado un procedimiento penal o condena por las causas señaladas, y en aquellos casos en los que la violencia de género o contra los hijos e hijas, permanece oculta, pese a los indicios de existencia de la misma.

No solo la interpretación de la norma ha de tener perspectiva de género, sino que esta abarca también la valoración de la prueba, donde los roles de género se pueden convertir en prejuicios de género por el órgano enjuiciador, con las consecuencias que ello tiene en la concreción de la justicia material.

³⁴ Artículo 92.8 del Código Civil.

³⁵ Sala Primera del Tribunal Supremo 579/2011 de 22 de julio de 2011.

8. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DICTADAS POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES ENTRE EL 01/01/2022 Y EL 31/12/2023 EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA EN AQUELLAS PAREJAS EN LAS QUE EXISTE O HA EXISTIDO VIOLENCIA DE GÉNERO.

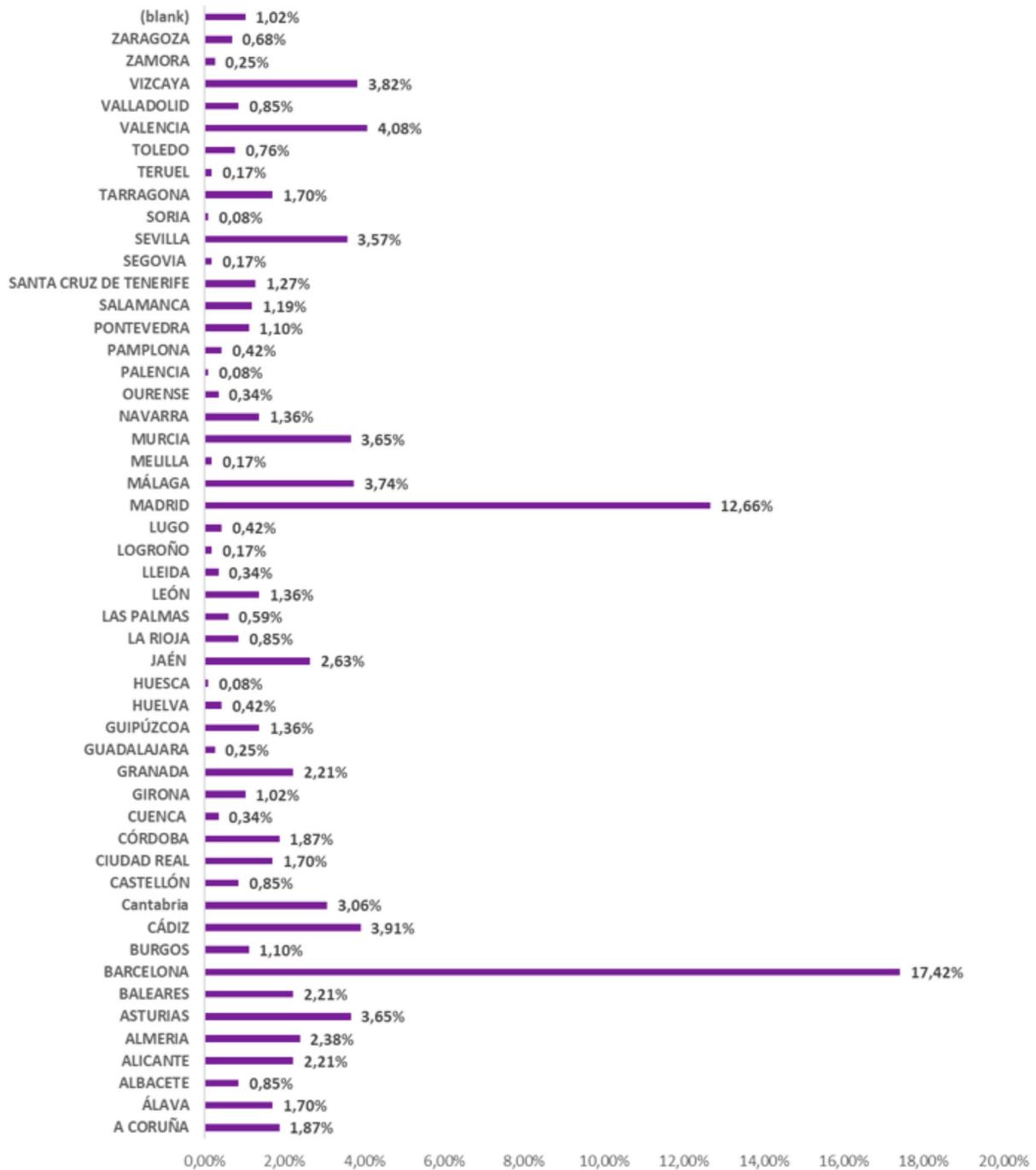
Se han analizado desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo las 1.177 resoluciones judiciales seleccionadas por reunir todos los requisitos en cuanto a tipo de procedimiento; que hubiera hijas o hijos menores de edad y que hubiera violencia de género vigente o hubiera habido en el pasado. Para el análisis cualitativo y cuantitativo de las resoluciones hemos empleado los parámetros indicados en el apartado de la metodología desde una perspectiva de género y de infancia.

8.1. Tribunales que las han dictado

En el periodo examinado, años 2022 y 2023, el Tribunal Supremo ha dictado cuatro sentencias que reúnan los requisitos indicados y solo los tribunales superiores de justicia de Cataluña (6), Aragón (2) y Navarra (1) han dictado sentencias que cumplan los criterios.

En cuanto a las Audiencias Provinciales que han dictado las resoluciones judiciales analizadas, destacan por su número las dos Secciones de la de Barcelona (el 17,42 %) y las de Madrid (el 12,66 %), siguiendo a mucha distancia las de Valencia (4,08 %), Vizcaya (el 3,82 %), Málaga (el 3,74 %), Murcia (el 3,65 %) y Sevilla (el 3,57 %).

Imagen 4. Resoluciones de audiencias provinciales objeto de la muestra.

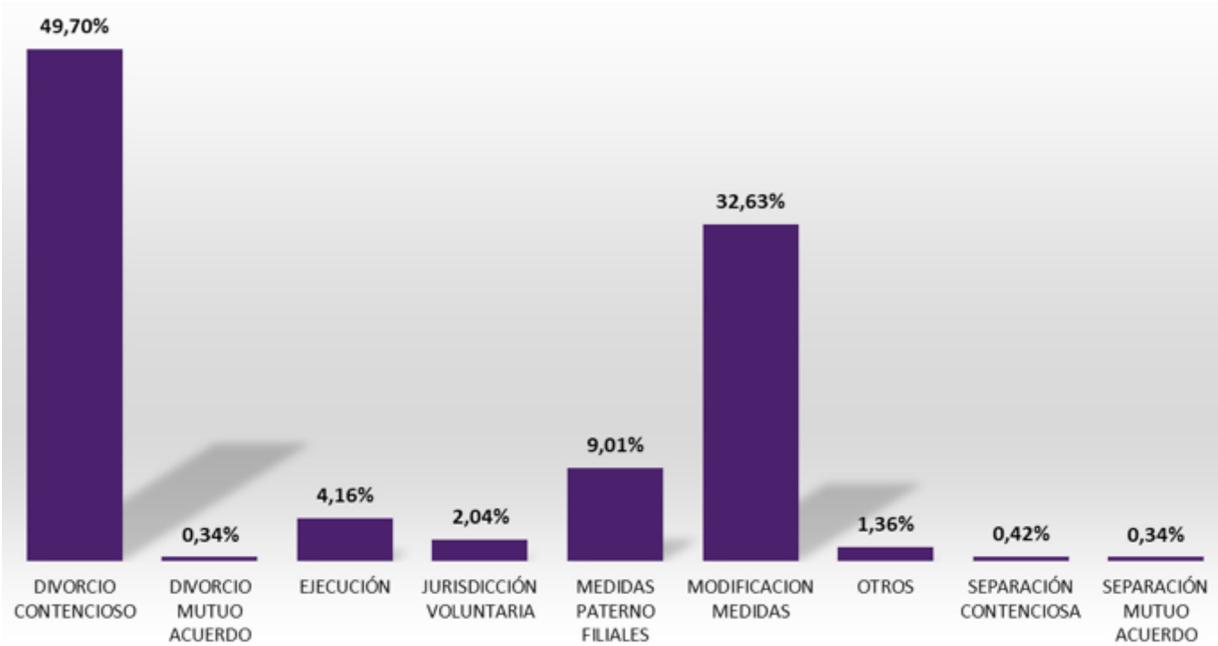


8.2. Tipo de procedimientos de derecho de familia analizados

El 49,70 % de los procedimientos judiciales de la muestra corresponden a divorcios contenciosos y le siguen con el 32,63 % los procedimientos de modificación de medidas. Es irrelevante el porcentaje de

separaciones (0.76 %), incluidas las contenciosas y las de mutuo acuerdo. El 9,01 % son procedimientos de medidas paterno-materno filiales. El 4,16 % son autos que resuelven procedimientos de ejecución de sentencia.

Imagen 5. Tipos de procedimientos de derecho de familia analizados.



El elevado porcentaje de los procedimientos de modificación de medidas, que son el 32,63 %, tienen que ver con la concurrencia de violencia de género, bien porque se produjo antes del divorcio y se ha extinguido la responsabilidad penal o se ha producido el sobreseimiento de la causa, o bien porque el episodio de violencia se ha producido tras la ruptura. En ambos casos se trata de adecuar las medidas a la nueva situación.

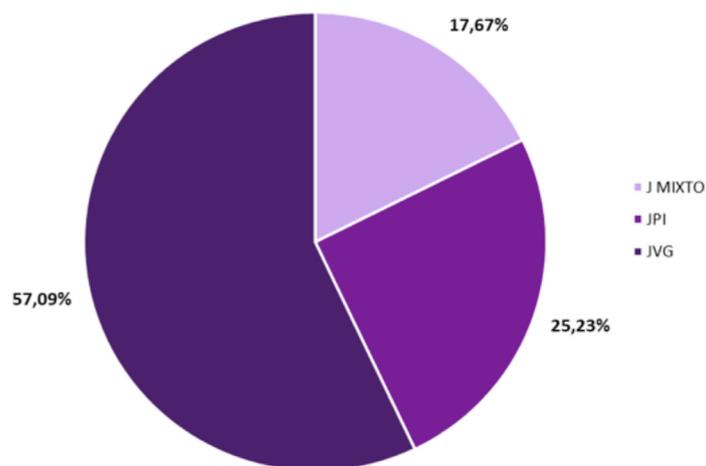
Llamamos la atención de los 148 procedimientos de modificación de medidas que se sustancian ante un juzgado de violencia sobre la mujer y que, de entre ellos, en 42 registros existe responsabilidad penal vigente. Lo que significa que la violencia de género continúa tras la ruptura de la pareja. Y, en este sentido, volvemos a alertar sobre los procedimientos de familia de mutuo acuerdo en situaciones de violencia de género que posibilitan o facilitan que se siga ejerciendo violencia, pero ahora a través de las hijas e hijos.

8.3. Juzgados de origen de las resoluciones judiciales apeladas

Las resoluciones judiciales que comprenden la muestra del estudio han sido dictadas en segunda instancia por las audiencias provinciales o en recurso de casación por un Tribunal Superior de Justicia o por el Tribunal Supremo. Por tanto, todas ellas proceden de un juzgado que dictó la sentencia inicial, al que denominamos juzgado de origen.

El 57,09 % de los recursos se interpusieron contra sentencias dictadas por juzgados de violencia sobre la mujer, que son competentes para conocer los procedimientos de familia de aquellas parejas en las que se haya iniciado contra el varón un procedimiento por violencia de género; el 17,67 % de las resoluciones judiciales proceden de juzgados mixtos con competencia para conocer los asuntos de violencia de género y el 25,23 % proceden de juzgados de primera instancia.

Imagen 6. Órganos judiciales de origen.

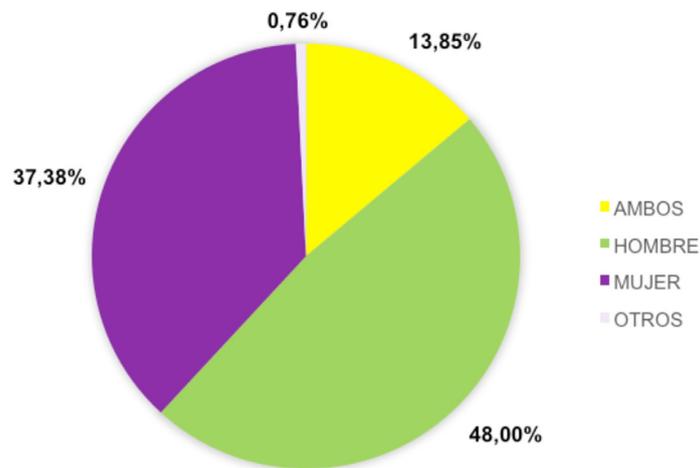


8.4. Recurrentes y recurrido/a

Nos interesa conocer qué parte recurrió la sentencia del juzgado *a quo*, si fue la mujer o el varón porque se sintió menos beneficiada o más perjudicada por la misma y por ello la recurrió en apelación.

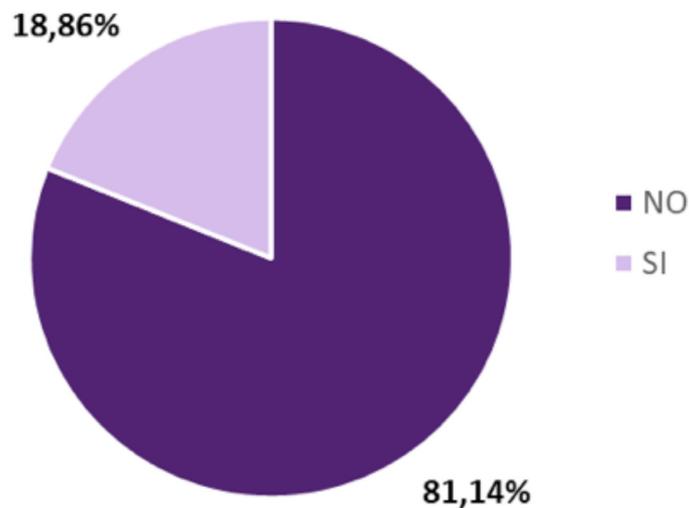
El resultado de la muestra es que recurrió el hombre de la pareja en un 48,00 %; la mujer en un 37,38 % y ambos lo hicieron simultáneamente en el 13,85 % de los casos. Por lo que, en definitiva, los varones lo hicieron en el 61,85 % y las mujeres en el 51,23 % de los recursos. Es preciso matizar que la razón por la que apelan las sentencias los varones en mayor porcentaje no tiene solo que ver con el hecho de que se sientan más perjudicados por la resolución judicial, sino también, en muchas ocasiones, con su superior capacidad económica para pleitear, como demuestran los datos de los ingresos de los varones y de las mujeres de nuestro Estudio. El INE sitúa la brecha salarial de las mujeres en el 82,9 % respecto de los ingresos de los varones.

Imagen 7. Recurrentes.



Respecto a la condena en costas cuando decae el recurso, solo en el 18,86 % de los casos ha sido condenado el o la recurrente vencido/a al pago de las costas. Del total de las personas condenadas en costas en segunda instancia, ese 18,86 %, el 63,91 % fueron hombres y el 36,09 % mujeres. La práctica de no condenar en costas en sede de recurso de apelación (art. 398 de la ley de enjuiciamiento civil) es habitual en materia de derecho de familia atendiendo a su especialidad, sobre todo, cuando la cuestión debatida no es exclusivamente económica.

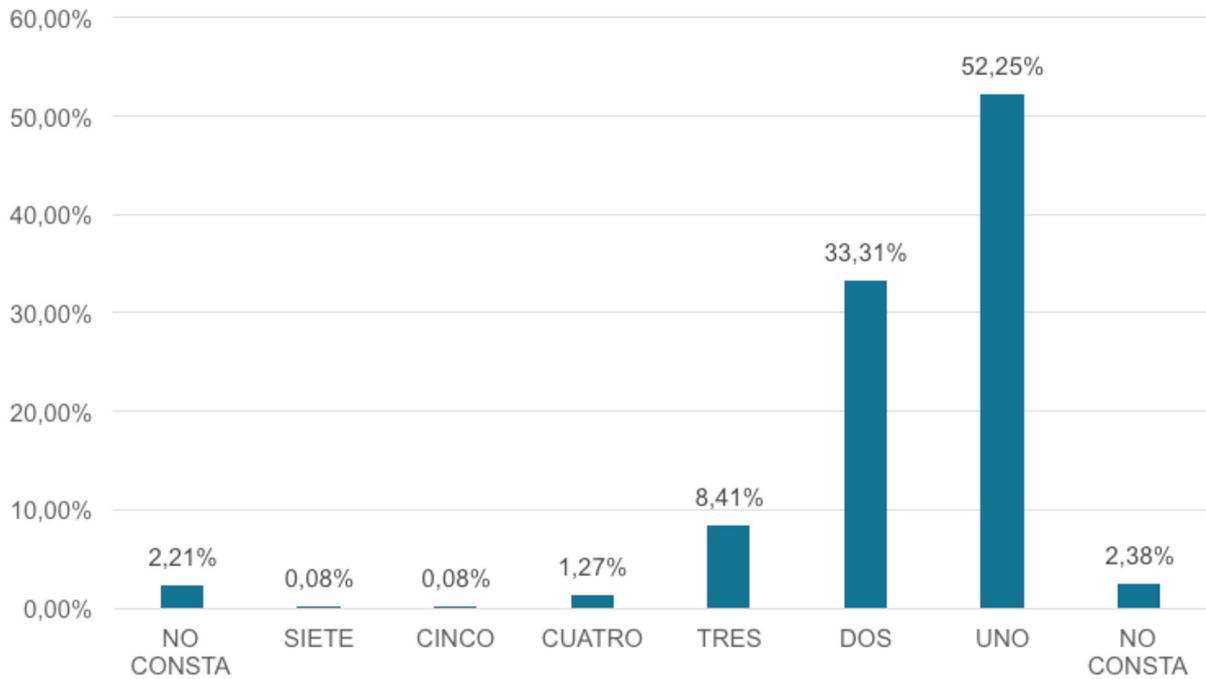
Imagen 8. Condena en costas.



8.5. Número y edades de hijas e hijos

El porcentaje más elevado de las parejas litigantes tenía un solo descendiente, el 52,25 %; dos, en el 33,31 %; tres hijos en el 8,41 % y 4 hijas/os en el 1,27 % de los casos.

Imagen 9. Número de descendientes.



En cuanto a las edades, constatamos que no se consignan las edades en el 40,48 % de las resoluciones. Del total de los 1 843 hijas e hijos que constan en la muestra (hay casos, como hemos visto, que tienen más de un hijo, por eso el número es superior al de las sentencias), las edades son las siguientes:

Imagen 10. Edad de los descendientes.

TOTAL	0 a 3 AÑOS	3 a 12 AÑOS	12 a 16 AÑOS	MÁS DE 16 AÑOS	NO CONSTA LA EDAD
1843	66	569	274	189	745

EDAD DE LOS DESCENDIENTES		
ENTRE 0-3 años	65	5,93%
ENTRE 3-12 años	569	51,87%
ENTRE 12-16 años	274	24,98%
MAS DE 16	189	17,23%
NO CONSTA	745	
TOTAL	1843	
SUBTOTAL	1097	100,00%

Estas cifras ponen de manifiesto que la mayor parte de las rupturas se producen cuando la edad de los hijos se sitúa entre los y los 12 años, e incluso antes, en aquellos casos estudiados en los que los

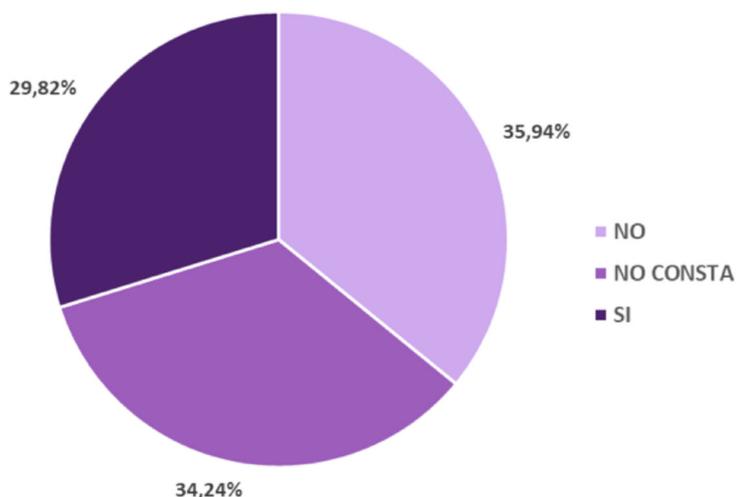
procedimientos no son de divorcio o de medidas paternofiliales, sino de modificación de medidas (la ruptura de la pareja se produjo previamente).

Este dato viene a coincidir con la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019, del Ministerio de Igualdad, según la cual el 89,6 % de las mujeres que han sufrido violencia de género de alguna pareja, que tenían hijos en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia y que responden que sus hijos e hijas presenciaron o escucharon la violencia contra la madre, afirma que los hijos eran menores de edad cuando sucedieron los episodios de violencia.

8.6. Valoración de la violencia de género en la adopción de las medidas reguladoras del divorcio y ruptura de familia.

Teniendo en cuenta que uno de los tres parámetros de búsqueda de las resoluciones judiciales es el de existencia de violencia de género, señalamos que en el 34,24 % de las resoluciones del Estudio, no se hace referencia a la violencia de género, a pesar de haber sido dictadas por juzgado de violencia sobre la mujer o juzgado mixto con competencias; en el 35,94 % no se valora y solo en el 29,82 % de los casos se menciona la existencia de violencia de género en la resolución judicial.

Imagen 11. Valoración de la VG en las medidas adoptadas en las resoluciones judiciales.



Analizamos también la incidencia de la violencia de género en las resoluciones desde la perspectiva del ISM, que es la palanca articuladora de todos los derechos que tienen los menores, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) junto con la doctrina constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo han configurado el concepto de ISM como un derecho constitucional a la protección del menor que abarca tanto a los progenitores y tutores como a las administraciones públicas, un principio general del derecho de orden público que obliga a la observación de los derechos fundamentales de las y los menores en cualquier actuación privada y pública, y finalmente una norma procedimental de preferencia del interés superior del menor frente a derechos e intereses de personas adultas.

El desarrollo del artículo 2 de la LOPJM describe lo que constituye el centro nuclear del ISM en el 1er apartado, en el 2.º los criterios de interpretación y aplicación, en el 3.º indicadores de ponderación, en el apartado 4.º la prioridad del ISM ante cualquier otro interés legítimo, y en el apartado 5.º reglas y garantías procedimentales para la efectividad del ISM.

Uno de los puntales del artículo 2 es el recogido en el apartado 2.c) La conveniencia de que la vida de los menores se desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

Los datos constatados en el Estudio evidencian que en el 21,07 % de las sentencias analizadas la violencia está vigente (248 asuntos), es decir hay sentencia condenatoria pendiente el cumplimiento total de la pena, el 10,79 % el procedimiento está en trámite (127), el 6,88 % la pena está prescrita (81), el 5,27 % el asunto está sobreseído (62) y el 2,55 % hay sentencia absolutoria (30).

Imagen 12. Situación procesal de la responsabilidad penal en los procesos penales.

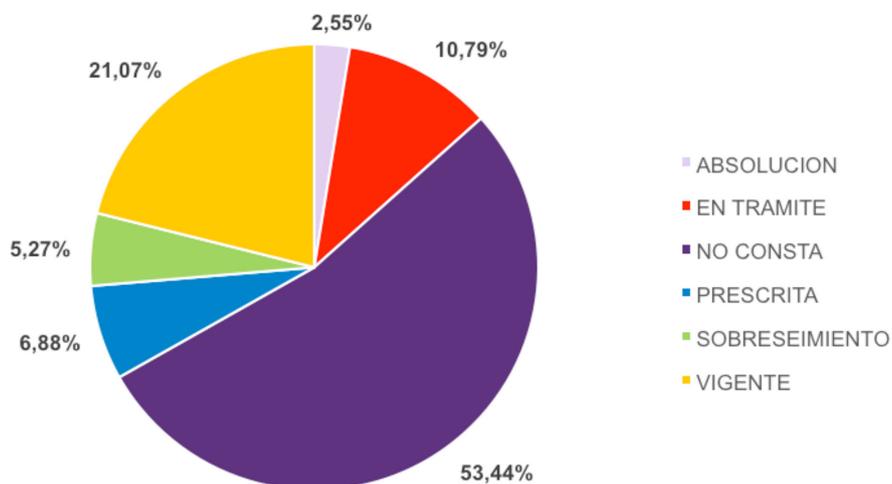
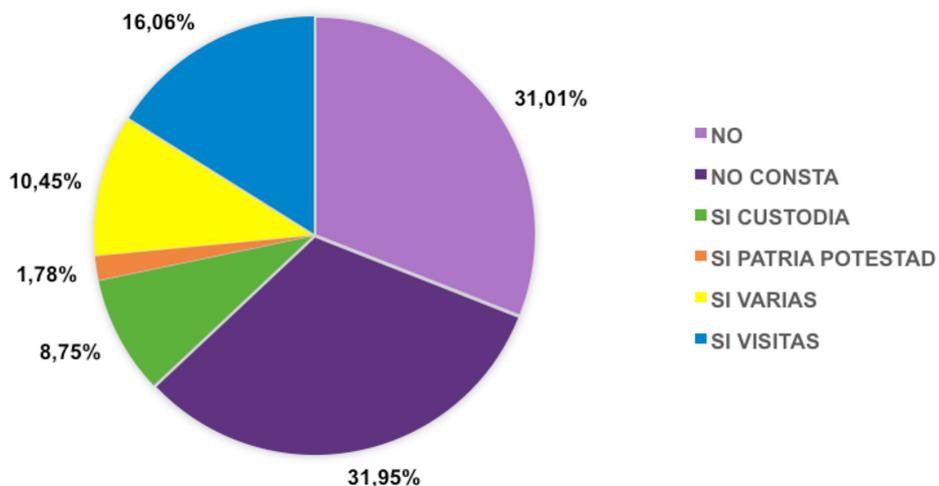


Imagen 13. Valoración de la VG en la resolución judicial.



De la totalidad de las sentencias, en el 37,04 % hay una valoración de la violencia de género en la resolución judicial. De este porcentaje se ha tenido en cuenta la violencia para decidir sobre la patria potestad en el 1,78 %, en la custodia en el 8,75 %, en el régimen de visitas en el 16,06 %, y en otras medidas en el 10,45 %.

8.6.1. Orden de protección

Respecto a que se hubiera dictado o no previamente orden de protección, solo en el 20,05 % de las resoluciones judiciales de la muestra se hace referencia expresa a la existencia de una orden de protección dictada previamente, lo que no significa que no existiera en más casos, sino que la resolución judicial analizada obvia ese dato, a pesar de la importancia que debería tener para el contenido de la resolución judicial dictada si se adoptaron en la misma medida civiles.

La existencia de una orden de protección o una pena de alejamiento es considerada por el Tribunal Constitucional (TC) como un impedimento para la custodia compartida, aún en los casos de mutuo acuerdo.

La Sentencia del Pleno del TC 98/2022, de 12 de Julio, ponente Juan Antonio Xiol Ríos, publicada en el BOE n.º 195 de 15 de agosto de 2022 que inadmite una Cuestión de Inconstitucionalidad, indica en su fundamentación:

«(...) Si como se afirma en el auto de planteamiento, tales medidas (cautelares de alejamiento) siguen vigentes no es posible atribuir a los padres la custodia compartida. Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo SSTS 23/2017 de 17 de enero, Fundamentos Jurídicos FJ 8 y 729/2021 de 27 de octubre FJ 7), para que este régimen pueda acordarse es preciso que los progenitores puedan tener comunicación entre ellos, pues solo de este modo pueden adoptarse las decisiones consensuadas que esta forma de custodia demanda».

8.6.2. Incidencia de la violencia de género en la patria potestad

El art. 154 del Código Civil define la patria potestad como el conjunto de facultades y deberes de los progenitores sobre las hijas e hijos no emancipados.

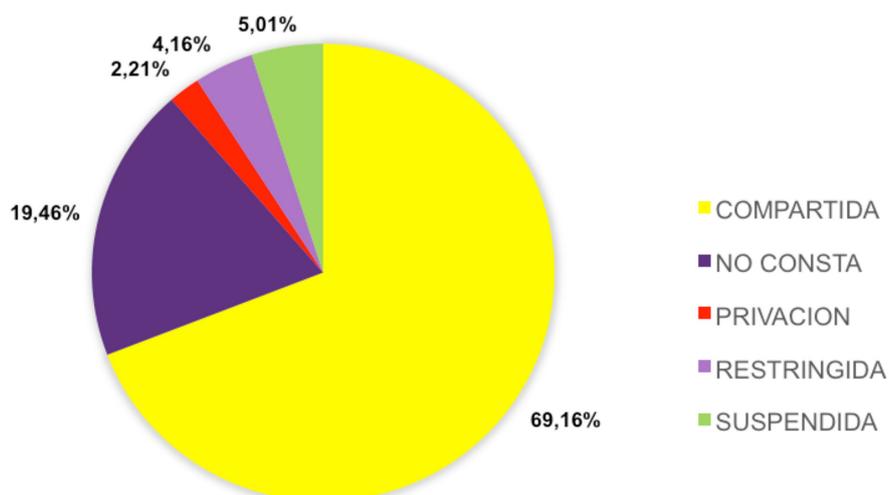
Cuando se constata la existencia de violencia de género, el art. 65 de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOMPIVG) prevé que el juez puede suspender al padre en el ejercicio de la patria potestad. Ello significa que, durante el tiempo que se extienda la suspensión, no tendrá que ser consultado por la madre para la adopción de decisiones de patria potestad sobre el o la menor: la realización de una intervención quirúrgica, cambio de colegio, de domicilio, religión o cualquier otra decisión de importancia.

El art. 158 del Código Civil, modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, establece, igualmente, que el juez, incluso de oficio, puede acordar la suspensión cautelar del ejercicio de la patria potestad para apartar al menor de un peligro o para evitarle perjuicios en su entorno familiar o por parte de terceros.

Debe dejarse claro que no es lo mismo la suspensión del ejercicio de la patria potestad que la privación de la misma patria potestad. La primera se residencia en el art. 156 del Código Civil, mientras que la privación está recogida en el art. 170 del mismo cuerpo legal y, en determinadas circunstancias, los tribunales pueden acordar su recuperación. La mayor parte de las sentencias analizadas que afectan a la patria potestad, lo hacen al ejercicio de esta, pero no a su titularidad.

La muestra pone de manifiesto que solo en el 2,21 % de los casos se privó al padre de la patria potestad. Se suspendió y/o restringió en el 9,17 % (5,01 % y 4,16 % respectivamente) de los casos. Se mantuvo compartida la patria potestad en el 69,16 % de los casos, destacando que en un 19,46 % más de las resoluciones analizadas, no consta medida alguna al respecto, lo que debemos interpretar como que en este último porcentaje tampoco se limitó la patria potestad (ya que, de lo contrario, se habría hecho constar en la parte dispositiva de la sentencia), lo que significaría una cifra del 88,62 % de casos en los que la patria potestad no se ha visto afectada.

Imagen 14. Medidas relativas a la patria potestad.



Para la limitación o la privación de la patria potestad la jurisprudencia menor exige la concurrencia de determinadas circunstancias, entre ellas, las siguientes:

- a) Ingreso del padre en prisión 1.- Si procede la privación o suspensión de la patria potestad: SAP de Sevilla, de 17 de enero de 2022, Sala de lo Civil, CENDOJ, ROJ 48/2022, ponente Rafael Márquez Romeo. SAP de Granada, de 20 de septiembre de 2022, CENDOJ, ROJ GR1952/2022, ponente José Manuel García Sánchez. SAP de Barcelona, de 27 de enero de 2022, CENDOJ, ROJ B 477/2023, ponente María Dolores Viñas Maestre. SAP de Valencia, de 4 de mayo de 2023, CENDOJ, ROJ V 1181/2023, ponente Ana Delia Muñoz Jiménez. 2.- No procede la privación ni la suspensión de la patria potestad: SAP de Navarra de 30 de mayo de 2023, CENDOJ, ROJ NA 324/2023, ponente Aurelio Herminio Vila Dupla.

b) Existencia de violencia de género.

b.1.-Con proceso vigente por VG:

1.- Procede la privación o restricción de la patria potestad: SAP de Barcelona, de 23/12/2022, CENDOJ, ROJ B14741/2022, ponente Mercedes Caso Señal. SAP de Navarra de 31 de mayo de 2022, CENDPJ, ROJ NA 613/2022, ponente Ildefonso Prieto García-Nieto. SAP Granada, de 10 de enero de 2022, ENDOJ, ROJ GR 66/2023, ponente Raúl Hugo Muñoz Pérez. SAP de Navarra de 31/05/2022, CENDOJ, ROJ NA 613/2022, ponente Ildefonso Prieto García-Nieto (atribuye a la madre el ejercicio en exclusiva de la patria potestad).

Como ejemplo de buena praxis la SAP de Barcelona de 13 de septiembre de 2023, CENDOJ, ROJ B 9481/2023, ponente Francisco Javier Pereda Gámez, revoca la sentencia de instancia y priva de la patria potestad al padre, afirmando que «La privación se ha de dar para proteger al menor. La dejación total de las funciones y deberes que integran la potestad equivale a un abandono del menor con consecuencias emocionales de difícil predicción».

Como ejemplo de mala praxis, cabe señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 2 de octubre de 2023, CENDOJ, ROJ NA1104/2023, ponente Aurelio Herminio Vila Dupla, en caso con dos condenas por violencia de género y otra por violencia doméstica a una hija, en la que se atribuye el ejercicio de la patria potestad en exclusiva a la madre porque existe pena de alejamiento y durante el tiempo de la condena, pero se acuerdan visitas con otra hija menor de edad de la pareja.

Sin hacer referencia a la existencia de violencia de género, pero por los graves incumplimientos con los hijos y en atención al interés superior de aquellos, se priva al padre de la patria potestad: SAP de Granada, de 10 de enero de 2023, CENDOJ, ROJ GR 66/2023, ponente Raúl Hugo Muñoz Pérez.

2.- No procede: SAP de Baleares, de 22 de julio de 2022, CENDOJ, ROJ IB 2232/2022, ponente María Pilar Fernández Alonso. SAP de Barcelona, Sección 12, de 24 de noviembre de 2023, CENDOJ, ROJ: B12774/2023, ponente Mercedes Caso Señal, en asunto con condena por tres delitos del art. 153.1 y 3; un delito de maltrato habitual del art 173.2 y otros dos delitos del art. 153.1 todos ellos del Código Penal y dos hijos de 5 y 6 años de edad, porque «nuestro legislador, tanto el estatal, único competente en materia penal, como el civil, no vinculan necesariamente la pérdida de la potestad parental a la condena por estos tipos delictivos, dejándolo a la valoración del juez penal... El art. 236-6 del CCCat establece que los progenitores “podrán” ser privados de la potestad parental, pero no la impone necesariamente».

b.- 2.- En caso con varias condenas por violencia de género y cumplimiento de pena en prisión, no procede la privación de la titularidad de la patria potestad, pero sí la atribución a la madre del ejercicio en exclusiva de la misma: SAP de Valencia de 19 de diciembre de 2022, CENDOJ, ROJ V3945/2022, ponente María Pilar Manzana Laguarda.

b.-3.- Aunque la responsabilidad penal derivada de delito de VG está prescrita, como existe «desatención afectiva prolongada» del padre, se suspende la patria potestad: SAP de Santa Cruz

de Tenerife de 8 de septiembre de 2022, CENDOJ, ROJ TF 2354/2022, ponente María Paloma Fernández Reguera.

b.4.- El abandono económico (y afectivo) del padre que fue condenado por delito de impago de pensiones (una forma más de violencia de género) y renunció a las visitas con sus hijos, no es motivo para la privación de la patria potestad que insta la madre: SAP de Baleares, de 7 de junio de 2022, CENDOJ, ROJ IB 1840/2022, ponente Juana María Gelabert Ferragut.

8.6.3. Incidencia en la guarda y custodia de hijas e hijos

La regulación de la guarda y custodia en situaciones de violencia de género, artículo 92.7 del Código Civil, fue modificada por la ley 8/2021, de 4 de junio, de manera que desde su entrada en vigor «No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

Antes de analizar los datos obtenidos en este apartado del estudio, se debe indicar que el inciso 4 del artículo 94 citado más arriba ha sido objeto de dos cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La primera de ellas, elevada por el Magistrado del Juzgado de Violencia contra la Mujer (CVM) de Jerez de la Frontera, cuestionó la constitucionalidad del indicado precepto legal, alegando que podría contradecir el interés superior del menor. Esta cuestión fue inadmitida por indebida formulación mediante Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 98/2022, de 12 de julio³. Pero no está aún resuelta por el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad número 899/2023⁴, planteada por la Sala Primera del Tribunal Supremo mediante Auto de 11/01/2023, admitida a trámite por el Tribunal Constitucional por Providencia de 07/03/2023.

En Cataluña, el artículo 233-11.3 del Código Civil de Cataluña (CCCat³⁶) establece que:

«en interés de los hijos e hijas, no se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún tipo de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista. Tampoco se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún tipo de estancias, comunicación o relación o si existen, se tienen que suspender, mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o de sus hijos o hijas o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal».

³⁶ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

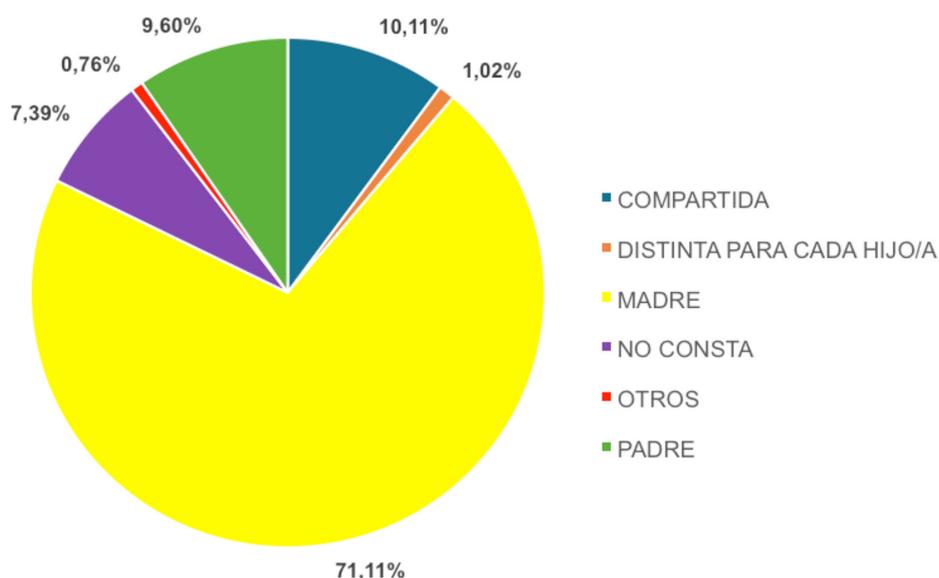
En Aragón, el Código de Derecho Foral de Aragón³⁷ establece en el artículo 80.6 lo siguiente:

«6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. 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».

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha dictado recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón STSJ AR 286/2024, de 7 de marzo de 2024, ponente Javier Seoane Prado, en la que dispone, confirmando otras anteriores, que los efectos de la ruptura de la convivencia se hallan regulados «en su totalidad» en la Sección tercera, Cap. II del Tit. II, del Libro I del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), señalando que: «cuando una institución se regula con vocación de integridad en el derecho foral no tienen entrada las normas de derecho común por la vía del art. 1.2 del CDFA, que tan solo se aplicará en defecto de normas aragonesas». Todo ello para argumentar que no es de aplicación en la comunidad foral el artículo 94.4 del Código Civil.

El estudio cuantitativo de las sentencias analizadas nos muestra que en un 71.11 % la custodia se atribuyó a la madre; se estableció custodia compartida en el 10,11 % de los casos; se acordó custodia paterna en el 9,60 %; se estableció custodia distinta para cada hijo en el 1,02 %, no constando de manera expresa en la sentencia el régimen de custodia en el 7,39 % de los casos.

Imagen 15. Medidas relativas a la custodia y tipo de custodia adoptada.

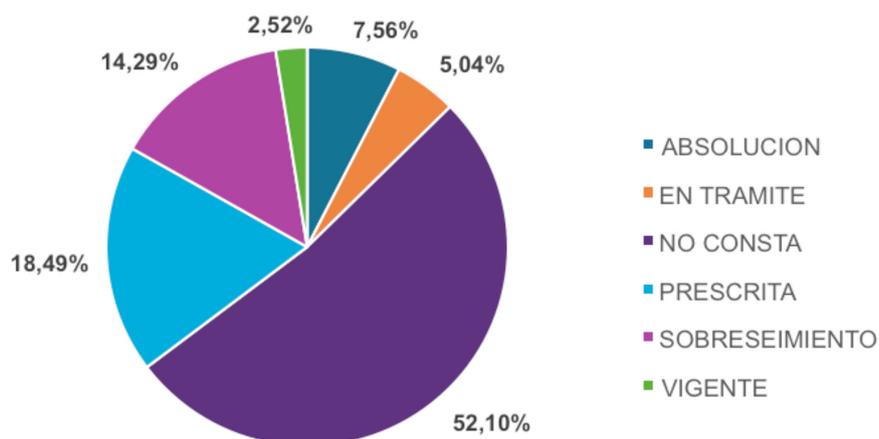


³⁷ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

Hemos cruzado los datos anteriores con las respuestas obtenidas a la pregunta hecha sobre la situación de la responsabilidad penal en el momento de dictarse la sentencia y los resultados son los siguientes:

A.- Se adoptó la **custodia compartida** en el 10,11 % de los casos, en los que la situación de la responsabilidad penal era la siguiente:

Imagen 16. Custodia compartida y estado de la responsabilidad penal.



Hemos agrupado las casillas «no consta» con «en blanco» porque ambos datos responden, a nuestro entender, a la misma situación y es que la sentencia, procediendo directa o indirectamente de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer o Mixto, no recoge la situación procesal penal en la que se encuentra el denunciado.

Por tanto, las dos cifras que destacamos en este apartado son las de aquellas custodias compartidas que se acuerdan cuando el proceso penal está «en trámite», el 5,04 % de los casos, y cuando existe responsabilidad penal «vigente», el 2,52 %, ya que esos casos conculcan la prohibición —«no procederá»— del art. 92.7 del Código Civil.

Como ejemplos de buena praxis en esta materia, destacamos las siguientes sentencias:

- > SAP de Madrid de 29 de noviembre de 2022, CENDOJ, ROJ M 18275/2022, ponente Jesús María Serrano Sáenz, que no homologa el convenio regulador otorgado por las partes que incluye custodia compartida al existir en tramitación un procedimiento penal por violencia de género.
- > SAP de Barcelona, de 31 de enero de 2022, CENDOJ, ROJ B1275/2022, ponente Gema Espinosa Conde, que revoca la sentencia dictada en la instancia que, con varios procesos por violencia de género en trámite, acordó una custodia compartida. La Audiencia Provincial la revoca y deja sin efecto.
- > SAP de Jaén de 8 de septiembre de 2022, CENDOJ, ROJ J 1209/2022, ponente Mónica Carvia Ponsaille, confirma la denegación hecha en la instancia a la petición del padre, inmerso en procedimiento por violencia de género, de custodia compartida y afirma en el FDTO CUARTO. «IV. Los menores que se ven inmersos en una dinámica familiar disfuncional, clima de desajustes

durante la ruptura y posruptura de la pareja, en la que éstos se ven expuestos a contextos donde se menosprecia la figura del otro progenitor, interiorizan el aprendizaje de estrategias inadecuadas en la relación con las otras personas y en la relación de conflictos. V. Estas conductas presentan diferencias de género, pues, con frecuencia, los varones aprenden que la violencia es una estrategia eficaz de solución de problemas que asegura una posición de privilegio y poder dentro de la familia, mientras que las niñas aprenden a adoptar conductas de sumisión y obediencia (Sarasua, Zubizarreta, Echeburúa Corral 2008)».

> SAP de Barcelona, de 31 de enero de 2022, CENDOJ, ROJ B 1275/2022, ponente Gema Espinosa Conde, que revoca la dictada en la instancia, dejando sin efecto la custodia compartida acordada, afirmando «Efectivamente, los actos de violencia machista excluyen la posibilidad de fijar una guarda y custodia compartida (art. 233-11 del CCCat modificado por Decreto Ley 26/2021 de 30 de noviembre)». Consta en los autos la existencia de auto de apertura de juicio oral por un delito de coacciones en el ámbito familiar y un delito de injurias y vejaciones, es decir, delitos contra la libertad e integridad moral contemplados en el precepto indicado como determinantes de la prohibición de establecer la guarda de los hijos menores.

Como ejemplos de mala praxis se señalan las siguientes:

Se acuerda custodia compartida con procedimiento por violencia de género en trámite:

> SAP de Barcelona, de 14 de diciembre de 2022, CENDOJ, ROJ B 14464/2022, ponente Dolores Viñas Maestre, acuerda la custodia compartida porque «ambos progenitores mantienen una dinámica conflictuada, pero con mantenimiento de un filtro parental facilitador» y porque «de las declaraciones en la instrucción se derivan versiones contradictorias», como minimización de la importancia de la violencia machista denunciada.

> SAP de León de 16 de junio de 2023, CENDOJ, ROJ LE 841/2023, ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez, que, en asunto en el que existía vigente orden de protección con medida de alejamiento de 500 metros, revoca la custodia materna acordada en la instancia y acuerda custodia compartida, entre otros porque «las razones aducidas por las hijas menores no son justificativas de que aquel (el padre) deba conformarse con un régimen de visitas, más o menos estándar, con el consiguiente riesgo de que el distanciamiento vaya siendo cada vez mayor, agrandado por el riesgo de que el rol de padre lo vaya ocupando la actual pareja de su madre, procede acceder a la instauración del sistema de custodia interesado por el recurrente, sin perjuicio de dar marcha atrás si la conflictividad que se dice existente no va a menos».

> SAP de Tarragona. De 30 de noviembre de 2023, CENDOJ, ROJ T 1585/2023, ponente Jordi Sans Sánchez, que mantiene la custodia compartida acordada inicialmente, a pesar de existir proceso por violencia de género ocurrida tras la ruptura. Al recurso de la madre instando que se dejara sin efecto la custodia compartida se adhirió el Ministerio Fiscal, no obstante, lo cual, no solo se desestimó, sino que fue condenada al pago de las costas.

> SAP de Zaragoza, de 19 de julio de 2023, CENDOJ, ROJ Z 1762/2023, ponente Juan Carlos Arqué Bescós, que existiendo Orden de Protección que incluye medida de alejamiento, acuerda

la custodia compartida de la hija, debiendo hacerse las entregas y recogidas de la hija en el punto de encuentro familiar.

Se acuerda custodia compartida al producirse la absolución penal:

> SAP de Granada de 10 de octubre de 2022, CENDOJ, ROJ GR 1968/2022, ponente Lourdes Molina Romero, que acuerda la custodia compartida de la hija cuando se produce la absolución penal, contra la petición del Ministerio Fiscal de custodia para la madre «porque no se puede olvidar que el origen de la resolución que se impugna es del Juzgado de Violencia sobre la Mujer». En el mismo sentido, de absolución penal y cambio a custodia compartida, sin valoración de la incidencia de la violencia en los menores, cabe citar la sentencia de la AP de Salamanca, de 31 de marzo de 2023, CENDOJ RPJ SA 189/2023, ponente Juan Jacinto García Pérez.

No se acuerda la custodia compartida al producirse la absolución penal:

> SAP del TSJ de Aragón de 4 de mayo de 2023, AR 1118/2023, ponente Javier Seoane Orado, porque «no ha sido acreditado más cambio de circunstancias que la absolución penal», y no se accede a la petición de paterna de custodia compartida «pues no se ha acreditado en modo alguno que el cambio pretendido favorezca en la actualidad a la hija».

También se acuerda la custodia compartida al extinguirse la responsabilidad penal:

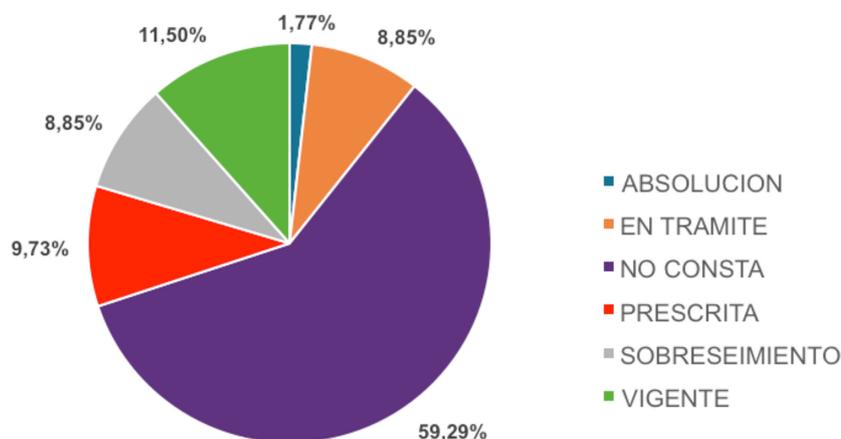
> SAP de Pontevedra, de 24 de marzo de 2023, CENDOJ, ROJ PO 551/2023, ponente José Ferrer González, al extinguirse la responsabilidad penal, el padre solicita la custodia compartida y es acordada.

Por el contrario, deniega la custodia compartida al extinguirse la responsabilidad penal:

> SAP de Pamplona, de 27 de octubre de 2023, CENDOJ, ROJ NA 1212/2023, ponente Ildefonso Prieto García-Nieto.

B.- Se acordó la **custodia paterna** en el 9,6 % de los casos, siendo la situación de la responsabilidad penal la siguiente:

Imagen 17. Custodia a favor del padre y estado de la responsabilidad penal.



Ejemplo de mala praxis (acordar custodia paterna existiendo procedimiento penal en trámite o responsabilidad penal vigente):

- > SAP de Valencia de 18 de enero de 2023, CENDOJ, ROJ V 175/2023, ponente Antonia Gaitón Redondo, contra el criterio del gabinete psicosocial del juzgado y responsabilidad penal vigente por violencia de género, atribuye la custodia de una hija de 15 años al padre, «porque la hija así lo quiere».
- > SAP de Valladolid de 20 de junio de 2023, CENDOJ, ROJ VA 1453/2023, ponente José Ramón Alonso Mañero Pardal, que, en asunto con violencia de género y doméstica pendiente de juicio, la madre se va con sus hijos a otra localidad para vivir con sus padres, se atribuye la custodia al padre, contra el criterio del gabinete psicosocial del juzgado.
- > SAP de Sevilla de 15 de febrero de 2023, CENDOJ, ROJ SE 1641/2023, ponente Andrés Palacios Martínez, que confirma la sentencia del juzgado de violencia que atribuye la custodia de hija de 6 años al padre porque «la madre es instrumentalizadora, confrontadora y beligerante y el padre ofrece un ambiente familiar estable, con mayores recursos y el apoyo de los abuelos paternos».
- > SAP de Granada de 24 de enero de 2023, CENDOJ, ROJ GR 76/2023, ponente Lourdes Molina Romero, que condena en costas a la madre que apela la sentencia que, contra el criterio de la pericial psicosocial, atribuye la custodia al padre, existiendo varios episodios de violencia de género con otras parejas e incluso de violencia doméstica con los menores.
- > SAP de Barcelona, de 30 de noviembre de 2022, ROJ: 14168/2022, ponente Francisco Javier Pereda Gámez, que atribuye la custodia al padre en un asunto en el que consta una condena a seis meses por delito de violencia de género y existe otro proceso en trámite «del que no consta el delito perseguido ni su estado procesal (carga de la prueba que correspondía a la apelante). Entendemos que la previsión legal no viene referida a un solo acto o esporádico acto o episodio de violencia, en un contexto de crisis de pareja, sino a una situación estructurada de dominación del otro miembro de la pareja». Y por ello, para que interiorice esta misma relación de dominación, se atribuye la custodia al padre.
- > SAP de Girona de 22 de julio de 2022, CENDOJ, ROJ GI 1075/2022, ponente Isabel Soler Navarro, tras dos denuncias por supuestos abusos sexuales infantiles, el juzgado, ratificado por la AP, atribuye la custodia de la hija a la abuela materna, acuerda visitas tuteladas con la madre y visitas progresivas con el padre hasta poder acordar la custodia paterna, con advertencia a la madre de suspender las visitas con ella si influía de manera negativa en la hija.
- > SAP de Barcelona de 17 de febrero de 2022, CENDOJ, ROJ B 1720/2022, ponente Raquel Alastruey Gracia. El juzgado de violencia atribuye la custodia al padre tras ser absuelto de denuncia por violencia de género y designa un coordinador de parentalidad, designación que es dejada sin efecto por la Audiencia Provincial, aunque mantiene la custodia paterna.

Sentencias representativas de buena praxis:

- > SAP de Cádiz de 2 de marzo de 2022, CENDOJ, ROJ CA 450/2022, ponente Nuria Auxiliadora Orellana Cano, que revoca la sentencia del juzgado de violencia que atribuyó al padre la

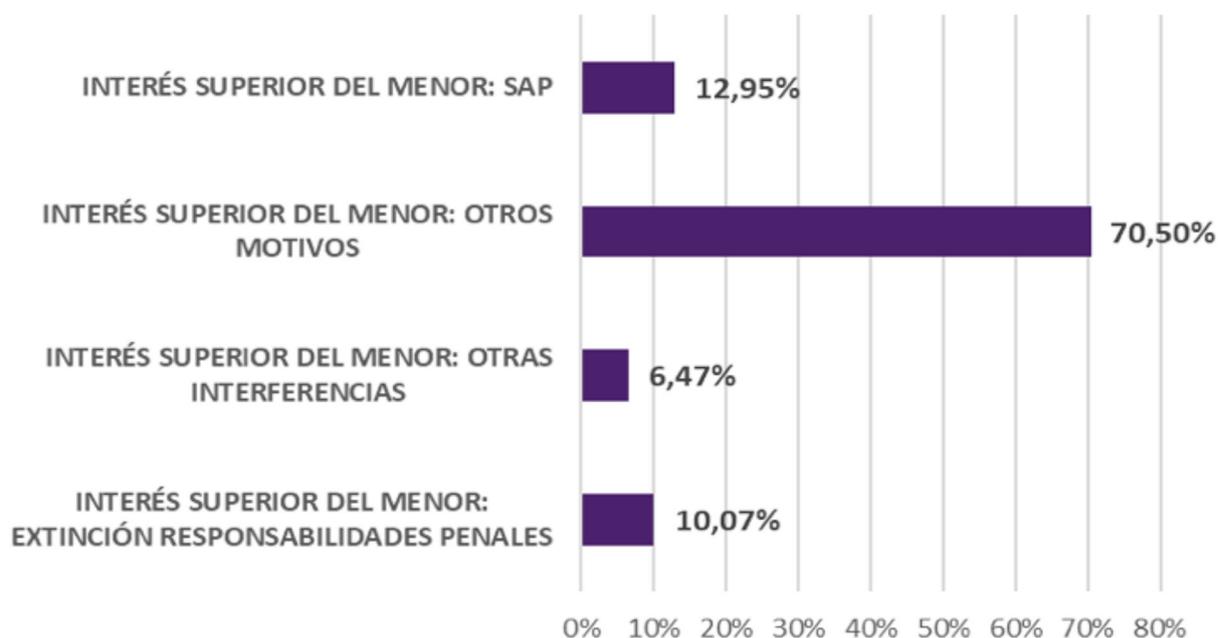
custodia de los tres hijos del matrimonio, a pesar de haber sido condenado en varias ocasiones por violencia de género. No obstante, el cambio de custodia, lo hace por la existencia de esas condenas y por el deseo de los hijos, sin valorar la incidencia negativa que la violencia vivida haya tenido en los menores.

> SAP de Barcelona de 27 de septiembre de 2022, CENDOJ, ROJ 10001/2022, revoca y cambia la custodia paterna por la materna, en caso de padre con varias condenas por VG y responsabilidad penal vigente «en interés superior del menor y a pesar de que este manifieste que quiere vivir con su padre».

C.- Se modificó la custodia en el 10,37 % de la totalidad de los asuntos (se debe tener en cuenta que el porcentaje de asuntos de modificación de medidas respecto a la totalidad es el 32,63 %)

En el 88,19% de la muestra (1038 registros) no se refleja el dato relativo a las causas de modificación de la guarda y custodia. En el 11,81 % de la muestra en los que sí consta este dato, encontramos que en el 10,07 % es la extinción de la responsabilidad penal; en el 12,95 % de los casos se aplica el falso SAP y el 70,50 % es debido a otras causas, junto con el 6,47 % de los casos que responde a otras interferencias.

Imagen 18. Causas de modificación de la guarda y custodia.



Llamamos especialmente la atención sobre el porcentaje no desdeñable de las custodias compartidas acordadas en situaciones de violencia de género, incluso con responsabilidad penal vigente o con el procedimiento penal en trámite y también sobre los casos, en porcentajes tampoco desdeñables, en los que se ha acordado la custodia paterna. En todos ellos se produjo denuncia por violencia

machista; en algunos existió condena y no está prescrita; en otros, el procedimiento se encuentra aún en tramitación.

8.6.4. Incidencia en los regímenes de visitas. Visitas en punto de encuentro familiar. Seguimiento por servicios sociales. Informes psicosociales, recomendaciones

A.- En el presente estudio se ha analizado también el dato del establecimiento de régimen de visitas así como los diferentes tipos de regímenes de visitas fijados en las resoluciones examinadas y ello con la finalidad de poder conocer qué incidencia ha tenido en los procedimientos de ruptura matrimonial o extramatrimonial en los que existen o han existido situaciones de violencia la prohibición regulada en el artículo 94.4 del Código Civil en la reforma operada por la ley 8/2021 que incorpora la previsión, en orden a reforzar la protección integral de los NNyA, de preservarles de un entorno de violencia y a tal fin se introduce una prohibición de establecimiento de un régimen de visitas o estancias o su suspensión en el supuesto de que se hubiera fijado si concurren las siguientes circunstancias:

- Existencia de un procedimiento 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.
- Cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados en violencia de género o doméstica.

Pues bien, del análisis de las sentencias se concluye que los casos en los que no se han fijado visitas alcanzan el 18,01 %, porcentaje que supera al que resulta del Informe Anual de 2023 del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género publicado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que arroja un 12,75 % de suspensiones de los regímenes de visitas acordadas como medidas civiles de las órdenes de protección, si bien observamos que en el supuesto en que no se fijan las visitas -18,01 %, no coincide con los procesos de ruptura examinados en los que la responsabilidad penal está en trámite —10,79 %— o vigente —21,07 %— que suponen un total del 31,86 %, por lo que la obligatoriedad de la suspensión regulada en el artículo 94 del Código Civil en su nueva redacción no se está aplicando con rigor por nuestros tribunales, quienes se están decantando en una mayor medida por establecer las visitas, lo que significa que la prohibición la están interpretando como la excepción y la fijación de las visitas con un carácter general.

Total procesos responsabilidad penal en trámite o vigente	Total suspensiones regímenes de visitas
31,86 %	18,01 %

Es decir, del total de los procedimientos en los que se cumplen los requisitos regulados en el artículo 94.4 del Código Civil se han suspendido las visitas en algo más de la mitad de los casos, porcentaje que llama la atención si estamos al tenor literal de la prohibición legal regulada en el referido precepto sustantivo, lo que a viene a indicar una falta de formación en perspectiva de género como, resulta, por ejemplo, del contenido de las siguientes resoluciones:

> La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de fecha 13 de mayo de 2022 (ROJ SAP M 7393/2022), ponente María Ángeles Velasco García) viene a confirmar una sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 9 de Madrid, que fijó un régimen de visitas paternofamiliar de fines de semana alternos y vacaciones por mitad, por entender la Sala «que en interés de la menor conviene seguir con el régimen de visitas fijado en la instancia sin suspensión que venga impuesta por la pendencia del proceso penal (art. 94 del Código Civil), y ello debido a la ausencia de incidencias reseñables sobre el desarrollo de las visitas y estancias desde que se dictó....» y «a la ausencia de cualquier referencia a un comportamiento directamente nocivo o inadecuado del padre hacia su hija que sea objeto de investigación o valoración en el marco de las diligencias penales» habiéndose opuesto también el Ministerio Fiscal al recurso de la madre.

> El Auto de fecha 1 de julio de 2022 dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga (ROJ: AAP MA 2773/2022. ponente José Luis Utrera Gutiérrez) revoca parcialmente la resolución del juzgado de instancia que acordó la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones paternofamiliar manteniendo tan solo las comunicaciones telefónicas o por medios telemáticos a expensas de lo que pudiera resolverse en el procedimiento penal, y ello a pesar de que, como se expresa en la propia resolución «la Sala comparte la certeza, al menos indiciaria, de los tres episodios recogidos en el auto (fractura de una puerta, golpes durante un viaje en coche y posibles tocamientos) causantes de un comprensible temor de los menores y la necesidad de suspender el régimen de contactos entre el padre y los menores conforme a lo previsto en el artículo 94 del C. Civil»; sin embargo ponderando la posibilidad de que en el futuro pueda hacerse irrecuperable cualquier intento de reconstrucción de la relación paternofamiliar, establece un régimen de comunicaciones, tutelado, en el PEF de una hora semanal los tres primeros fines de semana de cada mes, por lo que no se entiende la ponderación realizada por la Sala que aplica de una manera tibia el contenido de lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil.

> La Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 27 de febrero de 2023 (Roj: SAP CA 606/2023, ponente Ángel Luis Sanabria Parejo) desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre solicitando la custodia compartida porque se encuentra incurso en un proceso penal en calidad de investigado (aun cuando se desconoce el resultado del juicio penal) pero entiende la sala que «no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo» sin embargo ni el Ministerio Fiscal ni la propia sala ponen reparos al régimen de visitas fijado por las partes tanto para el periodo de lactancia del hijo común como el establecido a su finalización, a pesar de la constancia de la existencia de una situación de violencia.

> La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander en resolución de fecha 18 de diciembre de 2023 (Roj: SAP S 1496/2023, ponente José Arsuaga Cortázar) mantiene el régimen de visitas, sin pernocta, fijado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Santander, aun cuando el padre, que se encuentra en este procedimiento en situación de rebeldía procesal, ha sido condenado, mediante sentencia de conformidad por un delito de amenazas leves y otro de injurias leves, ambos en el ámbito de violencia de género; la sentencia fundamenta que la relación entre padre e hijo siempre fue estrecha (a pesar de que el padre hace tiempo que no mantiene contacto con el menor) y afirma que ambos desean su reanudación sin que conste la presencia de «indicadores de riesgo que permitan

deducir que el régimen establecido vaya a ser perturbador para el interés y bienestar emocional del menor, o, lo que sería peor, vaya a desarrollarse mediante exposición a actos de violencia y atentados contra su integridad personal».

Por otro lado debemos destacar una serie de resoluciones que, en aplicación de la legislación nacional e internacional referida a «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad», como recoge el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia, realizan una aplicación correcta de esta exigencia de protección teniendo en cuenta el interés de las y los menores intervinientes, y no establecen régimen de visitas, y así :

> Auto de la Sección 2 de la Audiencia Provincial de Santander de fecha 30 de noviembre de 2022 (Roj: AAP S 874/2022, ponente Manuel Javier de la Hoz de la Escalera) en un procedimiento de ejecución de sentencia instado por el padre, ante la imposibilidad de poder llevar a cabo las visitas con su hijo de 12 años, acuerda la suspensión de las visitas dada la pendencia de una causa penal contra el padre; pero no se limita a la aplicación automática de este precepto, sino que viene a realizar una ponderación de los intereses en juego, de un lado la exigencia de cumplimiento de las sentencias reconocida en el artículo 18 LOPJ y de otro lado el interés superior del menor, aplicando lo establecido en STS 625/2022 de 26 de septiembre, que proclama la preeminencia en todo caso del interés del menor. Asimismo, la resolución comentada realiza una crítica de la parca regulación de nuestra ley procesal civil para llevar a cabo la ejecución de este tipo de resoluciones que no constituyen en absoluto un instrumento apto para poder solventar los especiales problemas que pueden derivarse de su ejecución.

> La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería (Roj: SAP AL 1423/2022, ponente María Esther Marruecos Rumi) de fecha 20 de diciembre de 2022, revoca la custodia compartida establecida por la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Almería, al haberse constatado, con posterioridad a su dictado, episodios de malos tratos hacia los hijos, remarcando que la relevancia no radica en si se trata o no de habitualidad en el maltrato, sino en la existencia o no de malos tratos en el ámbito familiar aplicando, en consecuencia lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil y haciendo referencia a la «Guía de criterios de actuación en materia de custodia compartida», aprobada por la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial en junio de 2020, suspendiendo el régimen de visitas mientras esté vigente la orden de alejamiento y la prohibición de comunicación.

> La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de fecha 31 de marzo de 2023 (Roj: SAP M 5430/2023, ponente María del Rosario Hernández Hernández) viene a revocar parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia número 5 de los de Madrid, acordando dejar en suspenso el sistema de comunicaciones paternofiliales, sin perjuicio de que, de sobreseerse los procedimientos penales en trámite, se intente restaurar la relación paternofamiliar, a través de contactos controlados y supervisados y toma tal decisión en atención a lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil, en su redacción dada por 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, al no encontrarse archivado el proceso penal, ni concurrir la voluntad del hijo favorable a las visitas, que tampoco estaban positivamente informadas en dictamen psicosocial emitido por las peritos psicóloga y trabajadora social integrantes del equipo técnico adscrito al juzgado de origen.

Es de remarcar que en muchos de los supuestos estudiados las resoluciones revocadas por la audiencia provincial suspendiendo los regímenes de visitas, provengan de juzgados de violencia en que ha sido constatada la existencia de violencia de las que han sido víctimas los y las propias menores.

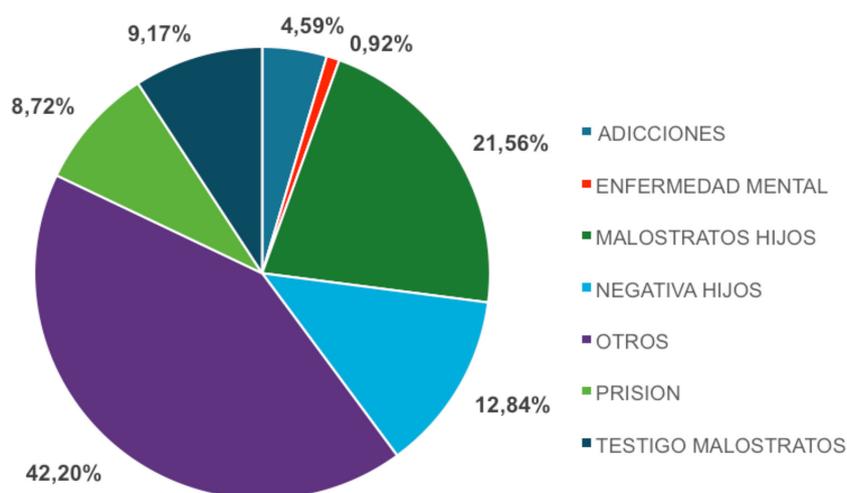
En un 11,13 % de la muestra analizada se han acordado visitas progresivas y, sin embargo, en tan solo 34 casos se ha establecido en la resolución judicial el seguimiento de las medidas por servicios sociales lo que impide conocer si la progresividad establecida en la resolución está siendo o no beneficiosa, a nuestro juicio, supone una desatención a los y las menores pues no se establece medida alguna que pueda fiscalizar esa progresividad de régimen de visitas fijado y que pueda permitir la comprobación de que está resultando acorde con el interés de los y las hijas.

B.- Causas por las que no se fijan visitas

En aquellos casos en que se han suspendido las visitas (18,01 %), hemos analizado cuáles son las causas por las que se suspenden o no se fijan y el resultado arrojado respecto del total de las suspensiones es el siguiente:

- 22 % de las suspensiones tienen su causa en la existencia de malos tratos a los hijos e hijas.
- 9 % de las suspensiones se han producido por haber sido los y las menores testigos de los malos tratos.
- 13 % tienen su causa en la negativa de los y las menores a tener relación con el progenitor o progenitora.
- 42 % que representa el grueso de los casos tiene su causa en otros motivos.

Imagen 19. Causas por las que no se fija un régimen de visitas.



Las resoluciones estudiadas fijan régimen de visitas a favor del padre en un 51,49 % de los casos y en un 7,48 % a favor de la madre, dato que se corresponde con el porcentaje de las custodias paternas que alcanzan el 9,60 %. Si sumamos el porcentaje en el que se establecen visitas a favor del padre —51,49 %— con el porcentaje de visitas que no se fijan —18,01 %— el total —69,50 %— es prácticamente coincidente con el total de custodias establecidas a favor de la madre que alcanza el 71,11 % ; en un 21,24 % de las sentencias analizadas no se recoge la existencia del régimen de visitas, lo que puede tener su base en el hecho de que el motivo del recurso de apelación sea ajeno al régimen de visitas y no se transcriba por la audiencia provincial el contenido del fallo de la sentencia de instancia.

C.- Regímenes de visitas establecidos

En aquellos supuestos, mayoritarios, en que se fijan visitas nos ha interesado conocer su alcance y ello con la finalidad de poder valorar si nuestros tribunales muestran sensibilidad hacia la situación de los NNyA que viven en un entorno de violencia y los resultados obtenidos nos indican que:

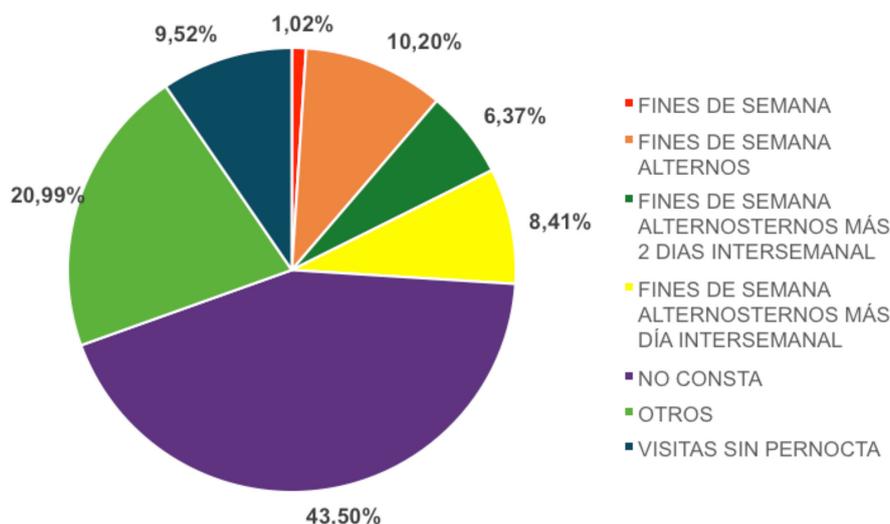
- En un 43,50 % de las resoluciones no consta el régimen de visitas fijado, por las razones ya expuestas.
- En el 14,78 % de las resoluciones se fija un régimen de visitas que podríamos denominar estándar, es decir, fines de semana alternos de viernes a domingo más uno o dos días intersemanales.
- Las sentencias en las que no se establecen pernoctas —9,52 %— son muy reducidas y tampoco se compadecen con los datos en los que la responsabilidad penal estaba vigente —21,07 %— o en trámite —10,79 %—

Si sumamos el porcentaje de casos en los que no se fija o se suspende el régimen de visitas —18,01 %— con el total de las resoluciones que no fijan pernocta —9,52 %— alcanzamos un total de un 27,53 % cifra que todavía se sitúa por debajo del 31,86 % en que se ha constatado la existencia de violencia dentro del proceso de ruptura (por estar vigente o en trámite).

- Llama la atención que en un porcentaje importante —20,99 %— se fijan regímenes de visitas diferentes a los que podríamos denominar estándar, y en ese apartado de otros se recogen regímenes de visitas más extensos que pueden abarcar desde el jueves a domingo o lunes con días intersemanales y/o pernoctas que se asemejan más a una custodia compartida que a una custodia monoparental porque los tiempos de estancias de los NNyA con cada uno de los progenitores son muy similares.

Hemos observado que en algunos casos en que no se establece la pernocta en los fines de semana, paradójicamente si se fijan periodos vacacionales con pernocta, lo que no deja de ser una absoluta incoherencia, como ocurre, por ejemplo, en el supuesto examinado por la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 11 de enero de 2023 (Roj: SAP T 15/2023, ponente Manuel Horacio García Gutiérrez) que revoca la resolución dictada por el juzgado «a quo» por la que acordó la suspensión del régimen de visitas paternofilial. La Sala establece un régimen de fines de semana alternos, sin pernocta, y vacaciones escolares por mitad, aun cuando consta acreditado

Imagen 20. Tipos de regímenes de visitas.



que el progenitor no ha tenido una relación de especial apego con sus hijos, quienes mostraron su desinterés por mantener una relación con su padre y que esta relación se ha interrumpido desde hace ya más de un año. A pesar de que el padre se encuentra incurso en un proceso penal por violencia doméstica, se manifiesta que no se advierte riesgo alguno para los menores (de 16, 14 y 5 años de edad) y entendiendo la Sala que la figura paterna es insustituible en la vida de estos instaure, con la aquiescencia del Ministerio Fiscal que ni siquiera contestó al recurso de apelación, el régimen de visitas antes señalado. Nuevamente nos encontramos con una ponderación de intereses en juego en la que prima la figura paterna como referente de autoridad, en lugar del interés de los hijos.

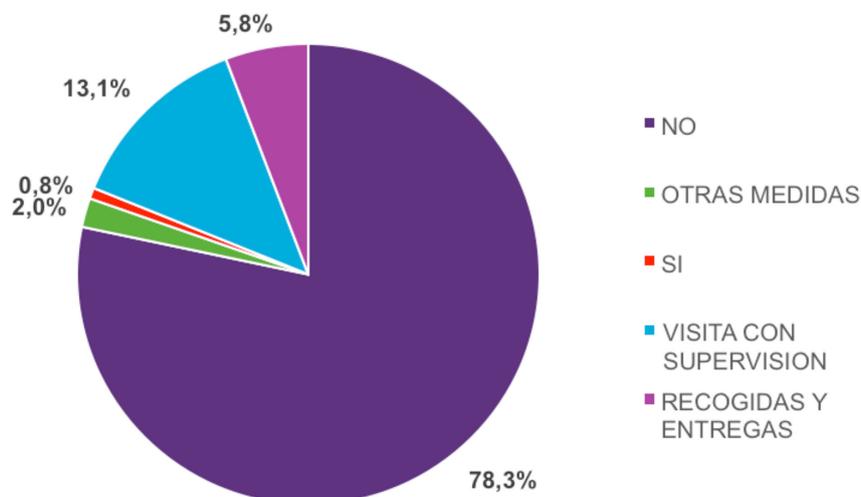
Es ciertamente alarmante y contrario a nuestro ordenamiento jurídico al que nos hemos referido al realizar el análisis legislativo que, siendo la norma general, desde la entrada en vigor de la reforma del artículo 94 del Código Civil operada en el año 2021 por la LOPIVI, se constata que no se fijan visitas tan solo en un 18,01 %, hecho que debe de ser motivo de reflexión.

D.- Visitas en punto de encuentro

En relación con los puntos de encuentro, hemos analizado cuando y en qué manera intervienen, es decir, si se recurre a este recurso con la finalidad de supervisar las visitas o si simplemente se deriva a las partes a los puntos de encuentro a fin de llevar a cabo las recogidas y entregas de los menores y en un 78,30 % de las sentencias estudiadas no se ha hecho uso del punto de encuentro, mientras que en el 21,70 % que sí se ha acordado la intervención del punto de encuentro:

- En un porcentaje del 13,90 % se llevan a cabo con supervisión, es decir, se desarrollan las visitas en el punto de encuentro, y
- En un porcentaje del 5,80 % se llevan a cabo sin supervisión, interviniendo únicamente en las entregas y recogidas, utilizando, por tanto, este recurso para poder cohonstar las órdenes de alejamiento establecidas con respecto de la madre y el régimen de visitas fijado en la resolución.

Imagen 21. Visitas en el punto de encuentro familiar (PEF).



Hemos observado que en muchos casos en que existe orden de alejamiento los tribunales no hacen uso de los puntos de encuentro, posiblemente por la sobrecarga de trabajo que tienen y las consecuentes listas de espera y descargan sobre las partes la responsabilidad de buscar terceras personas para realizar los intercambios de los NNyA en los casos en que existe orden de alejamiento, y así, por ejemplo:

> La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de fecha 21 de febrero de 2022 (Roj: SAP M 3578/2022, ponente María Ángeles Velasco García) desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre solicitando una mínima restricción del régimen de visitas paternofilia por entender que es «acorde al “bonum filii”, cohonestando los intereses en juego y contiene las necesarias previsiones» sin extenderse más al respecto y ello aun cuando el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 11 de Madrid, estableció un amplio régimen de visitas a pesar de estar en vigor sobre el padre las prohibiciones de aproximación y comunicación respecto de la madre, adoptando tan solo la prevención de que las entregas y recogidas de la menor se realicen a través de terceras personas, siendo también de resaltar que el Ministerio Fiscal se opuso al recurso de la madre.

> En la misma línea que la anterior, la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de fecha 30 de junio de 2022 (Roj: SAP M 10249/2022, ponente Emelina Santana Páez) confirma la dictada en la instancia por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 6 de Madrid, que fija un régimen de visitas paternofilia normalizado de fines de semana alternos y mitad de vacaciones estableciendo que mientras permanezcan en vigor las prohibiciones de acercamiento y de comunicación impuestas al padre, las entregas y recogidas de los menores se llevarán a cabo a través de tercera persona.

> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Cuarta, de fecha 20 de julio de 2022 (Roj: SAP O 2768/2022, ponente Javier Alonso Alonso) a pesar de que el padre, durante la tramitación del recurso de apelación, fue condenado como responsable de un delito de amenazas sobre quien fuera su esposa, mantiene el régimen de visitas de fines de semana alternos y mitad de periodos

vacacionales, con la precisión de que la recogida y entrega de la menor en los periodos de estancia con el padre deberá realizarla la persona de confianza que él mismo designe; al igual que las resoluciones anteriormente comentadas el Ministerio Fiscal interesó el mantenimiento del régimen de visitas y la sentencia argumenta que la madre «no ha mencionado cualquier acto de violencia del padre en relación con los hijos que apunte a un pronóstico negativo en su actuación futura; el Ministerio Fiscal se muestra conforme con el mantenimiento de aquellas visitas, señalando la realidad objetiva de que en el proceso penal nada se resolvió en sentido contrario», basándose también en la exploración de la hija que se mostraba conforme con el mantenimiento de las visitas vigentes.

> La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de fecha 10 de octubre de 2022 (Roj: SAP M 15681/2022, ponente María Ángeles Velasco García) desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre contra la Sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Madrid que acordó un amplio régimen de visitas paternofamiliar a pesar de la existencia de una orden de alejamiento, estableciendo como única prevención que las entregas y recogidas de los menores, salvo cuando se realicen en el centro escolar, se lleven a cabo a través de una tercera persona elegida de común acuerdo entre los padres mientras que subsista la prohibición. Fundamenta la resolución «que la relación de los hijos con ambos progenitores es un derecho de los menores que debe potenciarse, siempre atendiendo al superior interés de éstos, lo que debe llevar a establecer un sistema para que ambos, padre y madre, se impliquen en la cotidianeidad, en el seguimiento de la evolución de los menores, en prestarles cariño y atención personal, siempre evitando que la relación pueda ocasionarles un riesgo para su equilibrado desarrollo» y que el hecho de que exista una orden de protección acordada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 3 de Madrid, no habiendo recaído sentencia, no implica necesariamente que no pueda establecerse un régimen de visitas con pernocta de los menores con su padre, sin que se realice por la Sala una evaluación del riesgo que para los menores puede suponer este contacto paternofamiliar o se concrete de forma particularizada el interés de los hijos; también en este supuesto el Ministerio Fiscal se opuso a la modificación del régimen de visitas solicitado por la madre, lo que viene a denotar, de nuevo, la falta de sensibilización de nuestros operadores jurídicos respecto de la violencia de género, realizando una ponderación de los intereses confrontados priorizando no el interés de los NNyA, sino el de los progenitores incurso en procesos de violencia.

E.- Seguimiento de medidas por servicios sociales

En un 90,48 % de las resoluciones estudiadas no se acuerda el seguimiento de determinadas medidas fijadas en la sentencia, como puede ser, por ejemplo, acudir el grupo familiar a un centro de atención a la familia o bien acudir los hijos e hijas a una determinada terapia, por lo que, una vez determinadas, los tribunales pierden todo interés por conocer si están resultando o no eficaces, si se están cumpliendo o no, por lo tanto, pierden su virtualidad.

Así ocurre en los siguientes supuestos:

> La Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2022 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla (Roj: SAP SE 2318/2022, ponente Manuel Julio Hermosilla Sierra) mantiene el

régimen de visitas progresivo establecido por la resolución de instancia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 3 de Sevilla, que va introduciendo pernoctas sin ninguna supervisión argumentando que actualmente no existe prohibición de acercamiento o comunicación entre los progenitores, y aunque la relación entre ambos no es ni fluida ni cordial, y se encuentran abiertos varios procedimientos penales contra el apelado, tampoco existen indicios de que la menor se haya visto en peligro directo o potencial, por las conductas que se imputan al padre quien también ha sido sometido a una prueba pericial en la que se concluye que efectuó un consumo excesivo de alcohol, entendiéndose la Sala que estas circunstancias no son tan graves como para determinar la limitación o suspensión del régimen de visitas, interpretando que el interés de la menor pasa por mantener los lazos de afecto con su progenitor. Puede observarse que aun cuando el padre tiene un problema de alcohol y tiene abiertos diferentes procesos penales, se acuerda la introducción de una pernocta progresiva sin establecer medida alguna que pueda permitir evaluar la situación de la menor.

> La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 17 de mayo de 2023 (Roj: SAP T 644/2023, ponente Raquel Marchante Castellanos) confirma la resolución de instancia que acuerda las peticiones realizadas por la madre en su demanda de suspensión del régimen de visitas paternofamiliar mientras esté vigente la orden de alejamiento y una vez que quede sin efecto se fijen visitas a través del punto de encuentro de la localidad de domicilio de los menores, un sábado cada quince días. La orden de alejamiento, al momento del recurso, ha quedado sin efecto si bien las diligencias previas en las que figura el padre como investigado por un presunto delito de abusos sexuales en el que resultan como víctimas sus propios hijos menores siguen en tramitación. La sala considera «en beneficio de los menores» que las visitas con el padre deben realizarse en el punto de encuentro, extremo que no ha sido discutido en el recurso ni por la madre ni por el Ministerio Fiscal.

En consecuencia, tan solo en un 9,52 % de las sentencias estudiadas se establece la necesidad del seguimiento, lo que, a nuestro juicio, supone una buena práctica que debería extenderse mucho más, dado que es la única manera de poder conocer si esas medidas implantadas son o no eficaces; en caso contrario la parte afectada se ve en la obligación de acudir a un procedimiento de modificación de medidas o bien a un proceso de jurisdicción voluntaria, lo que entraña una nueva judicialización de la vida de los NNyA.

Un ejemplo de buena práctica lo constituye, entre otras, la Sentencia de fecha 24 de enero de 2022 (Roj: SAP M 244/2022, ponente María del Pilar González Vicente) de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid que estima, en parte, el recurso interpuesto contra la Sentencia de modificación de medidas dictada por el Juzgado de Violencia número 7 de Madrid y procede a atribuir el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre y suspender temporalmente el régimen de visitas acordado, pues aun cuando los hechos que dieron lugar a la condena penal del padre por dos delitos de lesiones en el ámbito familiar a la madre y a la hija son anteriores a la sentencia de adopción de medidas paternofamiliares en aplicación de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, que modifica la ley orgánica 1/96 de protección del menor, entiende que el interés de la menor aconseja la suspensión

del régimen de visitas, adoptando la cautela de que su reanudación tendrá lugar una vez cumplidas todas las responsabilidades penales del padre, a petición del mismo al juzgado, y previa la realización de un informe psicológico de la menor en el que se valore la conveniencia de las mismas y que deberán iniciarse, en su caso, con visitas en el punto de encuentro.

F.- Informes psicosociales: recomendaciones

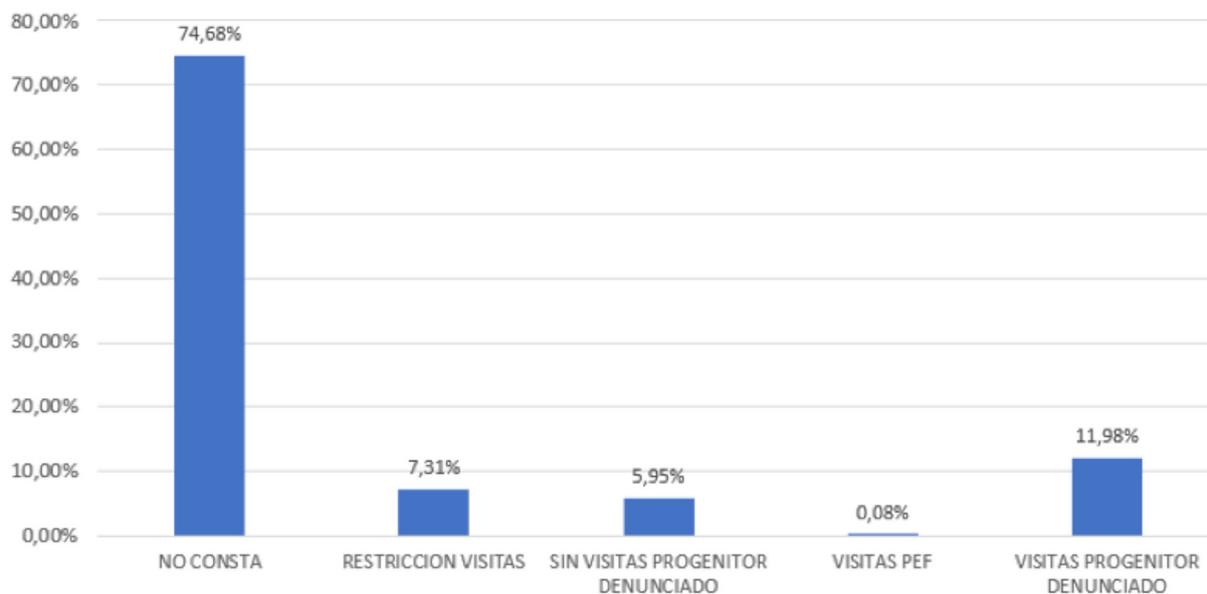
Con la finalidad de conocer también la postura de los gabinetes psicosociales que auxilian a los tribunales a la hora de tomar decisiones relativas a los diferentes tipos de custodia o establecimiento de regímenes de visitas, hemos analizado diferentes cuestiones relativas a los equipos, así como su posicionamiento frente a la existencia de situaciones de violencia previa a la interposición del procedimiento judicial de ruptura o existente en el momento del proceso o aquella que pueda ser detectada en el desarrollo de su misión, lo que también nos puede dar una impresión acerca de si desarrollan su trabajo cumpliendo con la obligación impuesta por la LOPIVI que impone a toda la ciudadanía el deber de comunicación a las autoridades competentes de las situaciones de violencia sobre los NNyA, poniendo énfasis en la especialización de los y las profesionales que estén en contacto con NNyA víctimas de violencia y en cumplimiento del mandato establecido en el art. 2.2.c de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor en su redacción dada por la ley orgánica 8/2015 que, refiriéndose a los y las menores recoge expresamente «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia».

En un 40,02 % de las sentencias analizadas se ha acordado la necesidad de que el equipo psicosocial adscrito al juzgado o a la audiencia provincial, en algunos casos, o bien otros gabinetes, elaboren un informe, porcentaje que viene a coincidir con la suma de los casos en los que la responsabilidad penal está vigente (21,07 %), en trámite (10,79 %) y prescrita (6,88 %) que alcanza el 38,74 % y ello nos hace presumir que en estos supuestos los órganos judiciales consideran más adecuado respaldar sus decisiones con un apoyo técnico.

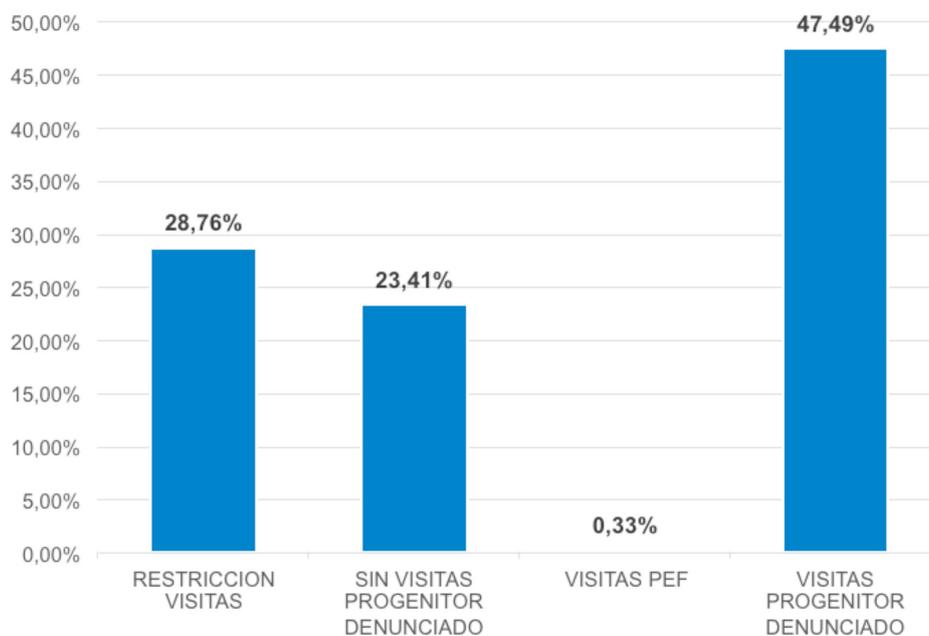
Ahora bien, cuestión diferente es la postura que mantienen estos equipos frente a las situaciones de violencia dentro de los procesos de ruptura cuyas posibilidades de conocimiento y análisis son privilegiadas y cuáles son sus recomendaciones en relación con las decisiones sobre el tipo de custodia a adoptar, así con relación a las visitas paternofiliales cuando consta la violencia en el procedimiento.

Del 40,02 % de los casos en que se ha llevado a cabo la práctica de una prueba pericial nos sorprende negativamente el resultado de las conclusiones y recomendaciones obtenidas por estos equipos técnicos, ya que un 47,49 % de los casos se recomienda régimen de visitas con el progenitor denunciado y tan solo en un 23,41 % se recomienda que no se fijen visitas, optando en un 28,76 % por visitas restringidas (bien sin pernocta, bien sin periodos vacacionales, bien reducidas a tan solo una pernocta quincenal, etc.). Ello pone de manifiesto que, con carácter general, estos equipos ignoran la perspectiva de género, ignoran los mandatos legales y obligan a los NNyA a relacionarse con el progenitor denunciado y/o condenado por violencia de género.

Imagen 22. Recomendaciones de los informes psicosociales.



Sin considerar la ausencia de datos (no consta), la distribución en porcentajes es la que se sigue:



Y, como ejemplo de esta actuación, tenemos:

> La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria de fecha 12 de abril de 2022 (ROJ: SAP VI 903/2022, ponente David Losada Duran) desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre, contra la sentencia dictada por el juzgado de violencia sobre la mujer, recurso al que se opuso el Ministerio Fiscal, que estableció un régimen de visitas paternofilia que se asemeja a una custodia compartida, aun cuando por sentencia del mismo juzgado de instancia, en su condición de

juzgado de violencia sobre la mujer, fue condenado como autor de un delito leve de vejaciones por dirigirse a la apelada con las siguientes expresiones: «sinvergüenza, hija de puta, tonta, fantasma, cerda». Esta sentencia es un ejemplo paradigmático de cómo algunos operadores jurídicos, interpretan y minimizan la violencia de género y así el informe psicosocial que fue practicado en la instancia recomienda «... con base en esta situación, destaca la conveniencia del establecimiento de un régimen de custodia compartida por los beneficios que reportará a la menor, que el próximo agosto cumplirá 8 años». Conclusión que la sala dice compartir si bien entiende que: «Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia viene reconociendo que un elevado nivel de conflictividad entre los progenitores puede justificar que no se adopte un sistema de custodia compartida si ello es perjudicial para los intereses del menor (STS729/2021 de 27 de octubre)», obviando para tal argumentación la literalidad de lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil lo que evita poner de manifiesto la existencia de violencia de género que impide el establecimiento de una custodia compartida, y argumenta que la custodia compartida será el objetivo «superado el momento crítico de convivencia provocado por la ruptura de la relación de pareja» convirtiendo la existencia de violencia de género en una mera crisis de pareja.

> La Sentencia de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 6 de mayo de 2022 (Roj: SAP B 4799/2022, ponente Mercedes Caso Señal) mantiene el extenso régimen de visitas y comunicaciones paternofamiliar establecido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 5 de Barcelona, aun cuando consta en autos la condena al padre, como autor de un delito de lesiones, sentencia que se halla en trámite de apelación, procedimiento en el que consta el informe elaborado por la psicóloga que, al explorar al hijo mayor, recoge el relato del niño sobre lo sucedido, en el que manifiesta que tuvo que intervenir para que su padre dejara de pegar a su madre y pese a ello ni las dos psicólogas, ni el psiquiatra Sr. Luis Manuel ni el equipo de asesoramiento técnico en el ámbito de la familia (EATAF) apoyan una suspensión total del régimen de estancias entre el padre y los tres hijos aunque los dos hijos varones si presentan sufrimiento ante la situación familiar que determina la necesidad de su seguimiento psicológico y también recoge la sentencia, «por otra parte, es importante reforzar la relación del Sr. Edemiro con sus hijos varones quienes no han sido preservados del conflicto hallándose en una situación casi de estrés postraumático al tener conocimiento de los problemas sexuales de su progenitor, conocimiento al que no debían haber tenido acceso»,

En absoluto justifica la resolución que el mantenimiento del régimen de visitas, que se asemeja más a una custodia compartida que a una custodia monoparental, sea favorable a los hijos, ignorando la sala que la decisión no puede descansar en una petición de parte al tratarse de materias no dispositivas que se sustraen al principio de autonomía de la voluntad y por la tanto corresponde al órgano juzgador la decisión que debe ir dirigida a evitar a los menores un probable daño y llama también la atención la absoluta pasividad del representante del Ministerio Fiscal que interesó la desestimación del recurso de apelación y, por tanto, el mantenimiento del amplio régimen de visitas fijado.

> La Sentencia de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 27 de junio de 2022 (Roj: SAP M 10261/2022, ponente Maria del Pilar González Vicente) desestima la petición de la madre de suspender el régimen de visitas restringido y en un PEF acordado por la sentencia de instancia, por entender que a pesar de tener la menor 8 años de edad al momento

de la sentencia y no haber tenido contacto con su padre desde que fue condenado por un delito de amenazas en el ámbito de la violencia doméstica y de género, lesiones, maltrato familiar, cuando la menor no había alcanzado los tres años de edad, es acorde con su interés restaurar esta comunicación, aun cuando ni siquiera se ha preocupado de atender sus necesidades básicas durante todos estos años, por lo que la sentencia atribuyó el ejercicio de la patria potestad a la madre. La resolución comentada basa su decisión en que la prueba pericial concluye y justifica que el padre (Doña Noemi, debido a su actual condición de género) presenta capacidad parental y no se detectan indicadores de trastorno psicopatológico que le impidan un adecuado desarrollo de las funciones parentales y desea retomar la relación parental: la menor muestra un adecuado desarrollo evolutivo y una buena adaptación social y educativa; considerando adecuado para el desarrollo psicoafectivo de la menor la participación de ambas figuras parentales por ello se considera conveniente, con los apoyos necesarios y suficientes, el mantenimiento del régimen fijado en la instancia, aun cuando la menor deberá continuar con el tratamiento de psicoterapia en el centro de salud, y el padre (Doña Noemi) deberá acudir al centro de atención familiar (CAF) para que le ayuden en la recuperación de la relación y el vínculo afectivo con la hija menor. Ciertamente no resulta muy acorde con el interés de la menor tener que asimilar estos cambios producidos en su vida, a tan corta edad, máxime cuando resulta de los informes periciales que en estos momentos la menor se encuentra estable y con una buena adaptación social, someterla a todos estos cambios es someterla a una tensión nada compatible con su interés.

> La Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 21 de noviembre de 2022 (Roj: SAP A 3658/2022, ponente Paloma Sancho Mayo) ratifica la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Denia que estableció, entre otros extremos, la atribución de la guarda y custodia de los menores de 10 y 8 años de edad a la madre fijándose un régimen de visitas a favor del padre consistente en visitas en el punto de encuentro familiar supervisadas con frecuencia quincenal. Llama la atención el hecho de que consta en las actuaciones tal y como recoge la resolución comentada «el informe pericial que se desarrolló en la instancia y que fue realizado por el psicólogo Don Vicente, de la UVFI (Unidad de Valoración Forense Integral) que fue ratificado en el plenario, el cual, tras analizar a la unidad familiar al completo, tanto a los progenitores como a los menores, recomienda un régimen de visitas a favor del progenitor paterno consistente en visitas en el punto de encuentro familiar supervisadas con frecuencia quincenal, pues pese a los patrones de violencia del padre con sus hijos, mantiene la necesidad de fijarlo, pero supervisado por profesionales, pues mantiene que los niños no deben perder el vínculo con su progenitor paterno». A pesar de constar acreditada la existencia de violencia hacia los hijos tanto la sala como el Ministerio Fiscal entienden que el mantenimiento de las visitas fijadas «resulta mucho más beneficioso para los menores» sin que se concrete el supuesto beneficio. Claramente esta resolución es vulneradora del interés de los y las menores, y el derecho que se les reconoce tanto en la legislación nacional o internacional a vivir en un entorno libre de violencia.

A sensu contrario, hay resoluciones que vienen a realizar un análisis más acertado, a nuestro juicio, del riesgo que supone para los NNyA convivir en un entorno de violencia, diferenciando

entre lo que puede suponer un riesgo físico y un riesgo emocional que va a afectar al desarrollo de su personalidad y suspenden las visitas precisamente para apartar a los hijos de un entorno de violencia que les va a afectar negativamente aun cuando no hayan sido víctimas directas de la violencia; a nuestro juicio este enfoque es totalmente acorde con nuestra legislación y entraña un conocimiento profundo del fenómeno de la violencia de género que afecta, indefectiblemente, a todo el grupo familiar.

Resulta, por tanto, muy didáctica la Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2022 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo (Roj: SAP O 4262/2022, ponente José Luis Casero Alonso) que viene a ratificar la suspensión del régimen de visitas del hijo de los litigantes como consecuencia del procedimiento penal instado por la hermana materna de este por una agresión sexual argumentando la audiencia para mantener la resolución de instancia la STS de 26-9-2022, que afirma que «el rol de los progenitores en relación con sus hijos es trascendente en su desenvolvimiento futuro, inculcándoles con su actitud y conducta valores éticos esenciales para el desarrollo de su personalidad, de forma que si bien efectivamente no se atisba un riesgo físico para el menor, sí que aflora en ese otro plano dado el carácter y circunstancias de los hechos que se atribuyen al recurrente y, desde esta consideración, la solución adoptada por el tribunal se aprecia proporcionada y por lo mismo innecesaria la exploración del menor (pues no se valora su conducta para con él) y de poco interés el debate sobre la verosimilitud del hecho de si efectivamente el recurrente mostró al menor un video de contenido adulto», en contestación a la argumentación sostenida por el padre en el recurso de que la conducta que se le atribuye no supone un riesgo para el hijo y por tanto no existe causa para la suspensión acordada.

Por el contrario, hay casos en los que la audiencia provincial toma la decisión de suspensión del régimen de visitas siguiendo las recomendaciones del informe psicosocial, como ocurre en el caso de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de fecha 16 de febrero de 2022 (Roj: SAP V 303/2022, ponente Ana Delia Muñoz Jiménez) revoca la sentencia dictada por el juzgado de violencia sobre la mujer y acuerda la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones respecto de la hija común, suspensión que fue solicitada por el Ministerio Fiscal en la primera instancia y que no ha sido solicitada por la madre en el recurso de apelación si bien, la sala toma la decisión de la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil en su redacción dada por la ley 8/2021 de 2 de junio y siguiendo las recomendaciones del informe psicosocial realizado en la instancia, que aconsejó la suspensión del régimen de visitas de la menor con su padre al haber estado expuesta a situaciones de violencia durante un tiempo prolongado y a una corta edad y seguir la menor expuesta a la violencia de género ya ejercida con su madre, dado que el padre sigue realizando, en presencia de su hija, conductas de vigilancia a las mujeres con las que mantiene una relación sentimental, presentando la menor sintomatología consistente en reexperimentación de episodios vividos en el domicilio que fuera familiar y temor a su padre.

En lo que respecta a las recomendaciones que realizan los equipos psicosociales respecto del tipo de custodia, en un 74 % de los casos no figura en la sentencia dato alguno al respecto, y en el restante 25 % la distribución es la siguiente:

Custodia materna	Custodia paterna	Custodia compartida recomendada
16,40 %	3,40 %	4,42 %

8.6.5. Derivación a Mediación Familiar y/o a Coordinación de Parentalidad. Síndrome de Alienación Parental. Derivación-recomendación de terapia. Argumentos basados en alta tensión, conflictividad. Advertencias a la madre en relación con el cumplimiento de las visitas

En la búsqueda en el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ) de aquellas resoluciones judiciales correspondientes al periodo comprendido de enero de 2022 a diciembre de 2023, en el que aparece la derivación al método alternativo de resolución de conflictos (MASC) denominado MEDIACIÓN FAMILIAR o derivación a la figura de la COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD, se analizan las resoluciones de las audiencias, que la acuerdan o desestiman, en las que hemos valorado, entre otras, la siguientes variables:

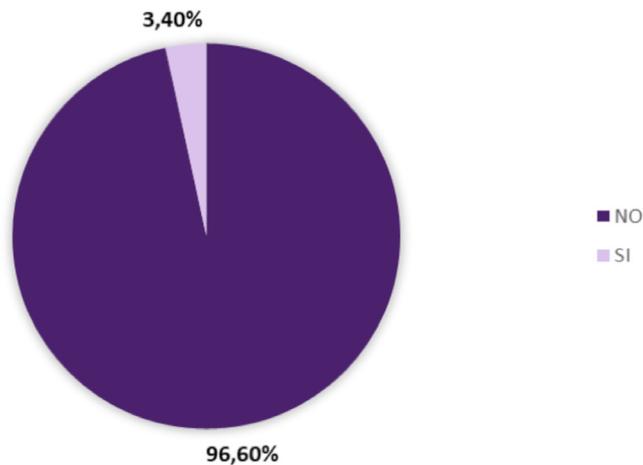
- Tipo de proceso de origen
- Existencia de violencia de género
- Argumentos jurídicos esgrimidos.

La Mediación es un método alternativo de resolución de conflictos (ADRs), conocido por las posibilidades que ofrece tras ser aceptado voluntariamente por las partes, quienes, ante diferencias o situaciones de interés y en condiciones de igualdad entre ellas, participan en un proceso tendente a alcanzar un acuerdo, reducir la confrontación y evitar un contencioso judicial.

El recurso a la mediación en situaciones de violencia de género está vedado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, cuyo art. 44, que modifica el art. 87 ter de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, al enunciar las competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer (JVM), en su apartado 5 dispone «En todos estos casos está vedada la mediación», e, igualmente, el art. 48 del Convenio de Estambul prohíbe recurrir en situaciones de violencia de género a la utilización de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos. En coherencia con la LO 1/2004 mencionada, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, prohíbe el recurso a la mediación, pues se vulnera el requisito de igualdad de las partes y, habida cuenta que en los supuestos de violencia de género la relación entre varón y mujer es una relación de poder, de desequilibrio, ello impide llegar a acuerdos válidos, por lo que se prohíbe el recurso a la mediación.

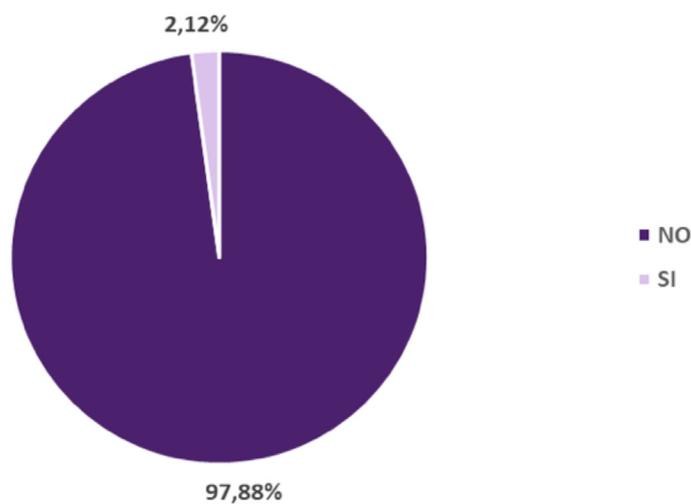
Así en el Estudio se observa que la derivación a Mediación Familiar no se establece en un 96,40 %, y sí hace en un 3,40 % de los casos.

Imagen 23. Derivación a Mediación Familiar.



En cuanto a la derivación A Coordinación de Parentalidad los datos del Estudio demuestran que sí se hizo en un 2,12% y no se hizo en un 97,88 % de los casos.

Imagen 24. Derivación a Coordinación de Parentalidad.



Resoluciones que derivan a mediación familiar

> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, de 28 de enero de 2022, Roj: SAP B 771/2022, ponente Raquel Alastruey Gracia.

«Con toda probabilidad el tema de un reparto más equitativo del tiempo de convivencia de los hijos con su padre y con su madre, podrá ser replanteado, entre los propios progenitores, acudiendo incluso a un mediador que les ayude en un diálogo constructivo, cuando la pequeña alcance más edad, cambie el ciclo escolar, y siempre que haya existido una implicación personal de los progenitores y un entendimiento y comprensión de uno hacia el otro, facilitando la madre al máximo el contacto de los

hijos con su padre, sin cuestionar constantemente lo que éste hace cuando los tiene consigo, y una implicación directa de este en el ejercicio de las funciones parentales, seguimiento con sus profesores, médicos y demás».

> Sentencia de Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de julio de 2023, Roj: SAP Z 1762/2023, ponente Julián Arque Bescós.

En ella se deriva a mediación y a terapia con ADCARA (asociación que gestiona los PEF de la comunidad autónoma) durante la vigencia de la orden de alejamiento, entendiéndose que la guarda y custodia compartida se ha venido realizando sin incidentes. En el presente supuesto no existe razón alguna, afirma, para apartarse de las recomendaciones del informe pericial practicado.

«Las decisiones sobre la materia deberán tener en cuenta: - el objeto y finalidad de la regulación, tal y como establece el art. 75 de la CDFA y entre ellos “promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar...” y a tales efectos se facilitará el acuerdo entre los padres a través de la mediación familiar, —que conforme establece el art. 76 CDFA “toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos”».

«Se ha practicado en el procedimiento informe pericial psicosocial del IMLA (artículo 80.2 de Código de Derecho Foral de Aragón), dichos informes tienen una importancia relevante a la hora de poder adoptar por el Juez el sistema de guarda y custodia más adecuado para el/la menor, siendo en todo caso de libre apreciación por los Tribunales según los principios de la sana crítica, apreciando la prueba de acuerdo a las normas de la lógica elemental y las reglas de la experiencia humana».

> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 20 de mayo de 2022, Roj: SAP B 6584/2022, ponente Mercedes Caso Señal.

Ante diversos procesos de violencia de género se dice «Pero es que aun en el supuesto de entender concluidas todas las actuaciones penales, la alta conflictividad entre las partes sumada a la corta edad de la menor y los actos previos de los litigantes hacen claramente desaconsejable la guarda compartida establecida en la sentencia. El propio informe del EATF elaborado el 27 de septiembre de 2021 analiza la situación y aunque reconoce un buen vínculo afectivo entre la menor y cada uno de sus progenitores, y competencias parentales en ambos, en sus conclusiones recoge un conflicto interparental intenso, judicializado por ambas partes. Refiere que con independencia de lo que se acuerde respecto de la guarda, es preciso establecer un canal de comunicación que resulte funcional, respetuoso y efectivo para conseguir, si es posible, consensuar aspectos básicos relacionados con la atención y seguimiento de María Luisa. Con todo ello, se podría valorar iniciar alguna pernocta en el entorno paterno a partir de los tres años de edad de la niña. El juzgado no tiene en cuenta en absoluto esta recomendación y no motiva tampoco porqué se aparta de ella. Y es que de todo lo actuado y del propio informe se revela que los progenitores no están en estos momentos en situación de ejercer una parentalidad compartida pues la desconfianza y la nula comunicación impiden la necesaria flexibilidad que la guarda conjunta exige sobre todo en relación a una niña de muy corta edad. Los mismos progenitores se plantearon pasar a un sistema de guarda conjunta semanal con estancias de

dos tardes intersemanales cuando María Luisa llegase a los 4 años por lo que la decisión del juzgador de imponer una guarda por quincenas respecto de una menor de tres años resulta claramente perjudicial a su desarrollo físico y emocional».

Añade la sentencia que excepcionalmente el tribunal puede valorar la conveniencia del establecimiento de un régimen de estancias. Y partiendo del informe del EATAF, concluye que el padre condujo un vehículo con su hija en el interior pese a hallarse pendiente de extinción una pena de privación del permiso de conducir y que las actuaciones penales seguidas tras el robo sufrido en su domicilio y la denuncia interpuesta por quien fuera su pareja la Sra. Amelia el 21 de marzo de 2021 aconsejan extremar la prudencia.

«En ejecución de sentencia podrá valorarse la ampliación de este régimen, pero sin que resulte adecuado prever ya el cambio a un sistema de guarda compartida pues ello dependerá de la evolución de la menor y de la capacidad de los progenitores de mejorar su vía de comunicación. En ese momento nada impedirá que las partes de común acuerdo o acudiendo a un proceso de mediación puedan consensuar el cambio de régimen, o, en defecto de acuerdo, instar el cambio de darse las circunstancias adecuadas atendiendo prioritariamente al interés de la menor». Como es fácil constatar, los antecedentes de VG no se valoran para analizar la concreción del interés superior de la menor, una hija de muy corta edad.

Resoluciones sobre derivación a coordinación de parentalidad

El Estudio pone de relieve que se deriva a mediación familiar en situaciones de violencia de género con menor frecuencia actualmente que en épocas anteriores, pero se acuerda en alguna ocasión y en los porcentajes indicados, la remisión de las partes a coordinación de parentalidad, incluso cuando existe vigente un procedimiento de violencia de género, conculcando abiertamente la prohibición que al efecto establece el art 48.1 del Convenio de Estambul.³⁸ Teniendo en cuenta que la coordinación de parentalidad es un medio alternativo obligatorio de resolución de conflictos sin cobertura legal en nuestro país, a veces no se denomina como tal, sino de otras formas, entre ellas: terapia familiar, tratamiento de parentalidad positiva u otros, pero en todos los casos en los que los tribunales acuden a esta figura es para resolver problemas en la relación padres e hijas e hijos, con el objetivo de revincular a estas y estos con el padre aún en situaciones de violencia de género, como se constató en el *Segundo informe sobre Coordinación de Parentalidad. Perspectiva feminista jurídica y psicológica*, de la Asociación de Mujeres Juristas Themis y de la Asociación de Psicología y Psicoterapia Feminista³⁹.

³⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>.

1. La autoridad judicial, en cualquier procedimiento, puede adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad. A tal efecto, puede limitar las facultades de los progenitores, exigirles la prestación de garantías e, incluso, nombrar a un administrador judicial.
2. La autoridad judicial puede adoptar las medidas a que se refiere el apartado 1 de oficio o a instancia de los propios hijos, de los progenitores, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, de los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad y del ministerio fiscal.

³⁹ https://observatoriovioencia.org/wp-content/uploads/DEFINITIVO_SEGUNDO_INFORME_COPA_PERSPECTIVA_FEMINISTA_JURIDICA_PSICOLOGICA_08_03_2021.pdf.

Transcribimos algunas de las conclusiones alcanzadas en dicha investigación, que nos sirven para valorar en su justa medida la designación de coordinación de parentalidad en asuntos del estudio presente, en los que ha estado o está presente la violencia de género:

5) La finalidad de la coordinación de parentalidad, a tenor de las sentencias analizadas, es garantizar la relación paterno-filial en el 57 % de los casos. En el 58 % de las resoluciones analizadas se ha designado coordinador/coordinadora de parentalidad cuando hay custodia individual de la madre, frente al 12 % cuando la custodia es paterna. Igualmente, se constata que la designación de coordinador de parentalidad es para dirimir controversias en el ejercicio de la patria potestad.

6) Particularmente grave es su designación en los casos en los que existe violencia de género denunciada, lo que ocurre en 13,8 % de los casos estudiados. Esto supone conculcar tanto la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género como el Convenio de Estambul.

11) Los y las coordinadores de parentalidad están siendo instruidos en el falso Síndrome de Alienación Parental (SAP) en la mayoría de los másteres y cursos que se imparten y aplican la terapia del castigo y de la amenaza en su intervención judicial, conculcando los criterios del CGPJ de actuación judicial frente a la violencia de género. El SAP, la alienación, se denomina ahora de diferentes maneras tales como: «preocupación mórbida», «influencia parental negativa», «maltrato infantil», «inducción perniciosa», «injerencia parental perjudicial», «gatekeeper» u otras expresiones.

12) El SAP es el paradigma de la justicia patriarcal que no garantiza los derechos de mujeres y niñas y niños; todo lo contrario, corren peligro sus derechos cuando aparece. Frente a ello, se defiende una justicia libre de prejuicios machistas e igualitaria, con jueces y juezas libres de estereotipos, que tengan inteligencia emocional y que dispongan de todos los medios necesarios para impartir Justicia igualitaria.

Por tanto, dicha derivación a COPA carece de base legal explícita para poder imponerse por los tribunales y exigir el sometimiento a las partes, so pena de causar indefensión dada la falta de regulación, además de la revictimización y daños que puedan ocasionarse a mujeres, niñas y niños.

Todas las medidas que se acuerden deben adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del menor que deriva de compromisos internacionales españoles, tales como el Art. 3.1.y 9.3 de la Convención de Derechos del Niño, adoptada por Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1989, y la doctrina del TEDH. Este tiene la categoría de principio general del derecho o informador, inspirador de toda la normativa de referencia en esta materia. Es una especie de cláusula general a la que hay que dar contenido individualizado, y con base en este principio la potestad de los progenitores ha de entenderse como una función y no como un derecho.

Cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar debe tenerse en cuenta la superior jerarquía atribuida al deber de perseguir el interés del y de la menor. Es un principio jurídico de preferencia y de exclusión de otros intereses subjetivos que puedan colisionar con dicho interés que es el rector de las decisiones judiciales.

Por tanto, esta imposición de un método alternativo obligatorio de resolución de conflictos supone un déficit en el tratamiento de la violencia de género por parte de juzgados y tribunales.

Destacamos algunas de las sentencias de las Audiencias Provinciales que se designa o deriva a coordinación de parentalidad, señalando que no se realiza una argumentación jurídica sobre tal decisión.

> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12 de fecha 30 de marzo de 2023, Roj: SAP B 4619/2023, ponente Raquel Alastruey Gracia.

Se advierte con designar COPA, que pagaran las partes. Y ello tras el informe del ETAF «Se establece que los Servicios Sociales de DIRECCION000 inicien un plan de trabajo en la familia, que pueda ofrecer soporte a los progenitores en las diferentes esferas y para que realicen un seguimiento de la evolución emocional de los hijos y controlen que se cubren las necesidades terapéuticas y asistenciales de los mismos. —De no revertirse la dinámica de confrontación de ambos progenitores, deberá designarse un coordinador de parentalidad, cuyo coste deberá asumirse por ambos progenitores en la proporción establecida para los gastos extraordinarios».

Argumentos como alta tensión, conflictividad

> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección: 12, de fecha: 17 de febrero de 2022, SAP B 1720/2022, ponente Raquel Alastruey Gracia.

En la misma se acuerda oficiar al CSMIJ, para que adopte las medidas que permitan el seguimiento y tratamiento del menor. Se acuerda nombrar un coordinador de parentalidad con la finalidad de solucionar, en beneficio del menor, la ausencia de las relaciones maternofiliales, y para tratar de recuperar la relación entre ellos.

EL padre, no podía ejercer la guarda al tener abierto un proceso penal por maltrato en el ámbito familiar con sentencia que devino firme y sin considerar en el recurso el alegado superior interés tal como resulta del art. 2 de la ley orgánica de protección jurídica del menor, que se configura por dotar a los hijos de unas condiciones de vida que les mantengan alejados de riesgos innecesarios para su desarrollo psicoemocional y físico, y que le permitan desarrollar al máximo sus potencialidades, en un ambiente de confianza y seguridad, para que lleguen a la edad adulta en condiciones de asumir la libertad de decisión que ello comporta y la responsabilidad por los propios actos. La relación con los progenitores se debe garantizar por considerarse en general un beneficio para los hijos y un modo de que los progenitores ejerzan sus funciones parentales ni que sea de forma limitada en el tiempo (art. 236.4 CCCat), pero en todo caso se puede restringir cuando la misma pueda resultar perjudicial para los menores (art. 236.5 CCCat).

La sala considera que la figura del coordinador de parentalidad no es la adecuada en este caso, porque la falta de relación positiva entre madre e hijo no se produce a consecuencia de una conflictividad entre los progenitores que se debiera ayudar a reducir y a componer otros sistemas de comunicación entre ellos (tarea propia del coordinador parental), sino que deriva de un vínculo deteriorado del hijo que se ha ido produciendo durante la convivencia de madre e hijo. Entiende que al amparo del

art. 233.13.1 CCCat. lo procedente es fijar la obligación del padre de acompañar al hijo a terapia al CSMIJ y establecer que a dicha terapia se vincule también la madre.

> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona., Sección 12, de 28 de octubre de 2022, Roj: SAP B 12614/2022, ponente Raquel Alastruey Gracia. El juzgado amenaza con imponer COPA si no cesan las tensiones entre las partes.

«De lo actuado en el procedimiento resulta, por una parte un exceso de litigiosidad pues enseguida se procede a demandar o denunciar, sin haber agotado antes las posibilidades de diálogo, ya sea de forma directa o a través de tercero facilitador, sobre lo que ocurre y, también que la madre inicialmente precisaba tener el control de los hijos, como si fueran exclusivamente suyos, incluso cuando están bajo la guarda de su padre, olvidando que las funciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga a los hijos consigo (art. 236.11.5 CCCat)».

Lo cierto, afirma la sentencia, es que en el momento actual el conflicto ha escalado y cada vez se hará más difícil llegar a consensuar, salvo que intervenga un coordinador de parentalidad, que les ayude a reducir su conflictividad en beneficio del armónico desarrollo de los hijos comunes.

> Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, de 07/10/2022, Roj: SAP B 12546/2022 Sección: 12 Fecha: 07/10/2022, ponente: Ana María Hortensia García Esquiús.

Recomienda, no obliga, recurrir a COPA y mantiene custodia compartida aún con episodios de violencia de género y procesos penales.

«La sentencia que se impugna recoge toda la doctrina existente en la materia y de forma acertada pondera todas las circunstancias concurrentes, en especial la existencia de procedimientos penales entre las partes, e incluso el sobreseimiento y archivo de las Diligencias Previas por la presunta comisión de un delito de maltrato psicológico».

A pesar de que recomienda la guarda compartida, lo hace en los siguientes términos o proponiendo que se cumplan condiciones «Y para finalizar añade que por la peculiaridad de esta familia se considera que podría ser beneficiosa la intervención de una figura que vele por el cumplimiento de los acuerdos y resolución judicial así como que los dos progenitores pueden disponer de un espacio con una profesional especializada que intervenga en la atenuación o disminución del conflicto parental actual».

> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Sección: 10, de 13/06/2022, Roj: AAP V 601/2022, ponente María Pilar Manzana Laguarda. La audiencia mantiene la suspensión de las visitas del padre en el PEF, y aunque no tenga cobertura legal en la Comunidad Valenciana la figura del COPA, la nombra, previo a hacer advertencias de incurrir en ilícito penal a la madre.

La sala considera que «La intervención del punto de encuentro familiar será limitada en el tiempo y finalizará, bien cuando se alcance su objetivo, bien cuando se determine la suspensión de los encuentros, por no aportar beneficios para las personas menores de edad” En el caso de autos tal y como se informe por el PEF no solo es que no aporte beneficios sino todo lo contrario, al parecer de dicho organismo, solo aporta perjuicios a la menor a la que dado su estado evolutivo —14 años

fomenta su empoderamiento y puede resultarle perjudicial, no solo para la menor sino sobre todo para la relación paterno filial impuesta».

«Finalmente, las medidas coercitivas que se proponen en el recurso para llevar a término su pretensión no tienen cabida en el presente procedimiento, sino tal vez haciendo saber a la madre y a la hija que la desobediencia a pronunciamientos judiciales pueda dar lugar a responsabilidad penal tanto para la madre como a la hija dada su edad y lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal del menor LO 5/2000 de 12 de enero. En cuanto al nombramiento de coordinador de parentalidad, en nuestra comunidad autónoma no hay legislación que contemple esa figura para solventar el problema existente, de modo que no es tanto la necesidad de instar otro procedimiento como se dice en el auto recurrido sino de someterse voluntariamente las partes a esa figura que sí contemplan otros ordenamientos autonómicos, pero que carece de cobertura en nuestro sistema estatal y autonómico».

> La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 30 de marzo de 2022. CENDOJ, ROJ: T 652/2022, ponente Manuel Horacio García Rodríguez.

Revoca la resolución de instancia que había dejado sin efecto las visitas paternofiliales de la hija de 15 años de edad, quien había presentado denuncia contra su padre por un presunto delito de maltrato psicológico, que dio lugar a la incoación de unas diligencias penales que fueron archivadas y que provocó la modificación, de común acuerdo, del régimen de custodia compartida a un régimen de custodia materna.

Ordenan a la madre a ser proactiva y derivan a COPA «para vincular a la hija con el padre», entendemos que es un ejemplo de mala praxis.

El informe del EATAF realizado en la instancia decía «(i) no aconseja la reinstauración de las visitas paternofiliales; (ii) como condición previa es conveniente que el padre y la hija acudan a un espacio de terapia familiar, donde puedan elaborar e integrar las vivencias de cada uno; y (iii) para el éxito de la medida se considera imprescindible el soporte y la colaboración de la madre».

Es decir, propone un espacio extrajudicial para la recuperación de la conflictiva relación paternofamiliar que la sala viene a imputar, entre líneas, a la madre y aun cuando acuerda el mantenimiento de la custodia materna establece la necesidad de que padre e hija acudan a un espacio de terapia familiar, como recomendaba el informe pericial, exigiendo a la madre un deber de colaboración («deberá colaborar de manera proactiva») que, a la postre, le hace responsable de la difícil relación padre-hija y acuerda el establecimiento de un coordinador de parentalidad, como medida de apoyo quien deberá informar al juzgado de los acuerdos alcanzados, «para que este adopte la oportuna decisión en caso de desacuerdo» y alcanzar en su caso a un régimen de comunicaciones y visitas normalizadas.

> La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 21 de septiembre de 2022 (SAP T 1905/2022), ponente Manuel Horacio García Rodríguez.

Según la sentencia el informe del EATFA dice que la madre «ejerce un filtro de protección negativo» que debe entenderse como otra denominación del SAP, para poder restablecer el vínculo paternofamiliar, remite a la familia a «terapia familiar relacional» y si se niega la madre, se acuerda la intervención de

«un especialista en parentalidad», pudiendo ser considerada esta sentencia, como las anteriores, un claro ejemplo de mala praxis.

La sala, al igual que la de instancia (JVG), establece un régimen de visitas diferente para cada uno de los hermanos; en relación con la hija fija un régimen de fines de semana alternos más un día entre semana con pernocta, recogiendo y entregando a la menor o bien en el colegio o bien en el domicilio de la abuela materna y con respecto al hijo establece: De manera transitoria, deberá realizar una terapia familiar relacional antes de retomar las visitas con el padre (visitas supervisadas), ampliándolas progresivamente hasta alcanzar un régimen de estancias igual al de su hermana.

Advierte «Para el caso de que la progenitora se niegue a la terapia familiar se acuerda una medida de apoyo de un especialista en parentalidad que debe intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación adecuadas, informando al juzgado de los acuerdos a los que han llegado, para que éste adopte la oportuna decisión en caso de desacuerdo».

> Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, de fecha 29 de mayo de 2023, ponente Daniel Rodríguez Antúnez.

Existiendo un procedimiento de VG en trámite, la sentencia habla de «enfrentamiento».

El Fuero de Navarra impide la custodia compartida en caso de causa penal por maltrato en tramitación, el Ministerio Público destaca la profunda conflictividad entre la pareja, y la madre alega que está afectando perjudicialmente a la menor.

«[...] la sentencia apelada ha valorado correctamente las pruebas existentes, netamente reveladoras de que entre los progenitores existe una muy mala relación, mucho más allá de la tensión o desencuentro aceptable en un contexto de ruptura de pareja, sino trascendiendo a la hostilidad, el menosprecio y el enfrentamiento, conformándose en consecuencia un marco relacional familiar en el que no surgen elementos solventes para un desarrollo adecuado de la custodia compartida en beneficio de la niña».

> Sentencia de Audiencia Provincial de Santander Sección: 2 Fecha: 07/07/2023, SAP S 862/2023, ponente Milagros Martínez Rionda.

«Elevada conflictividad familiar».

La sala entiende que, «No obstante, el informe de los técnicos del equipo psicosocial, emitido en este procedimiento, propone, en interés del menor, la restauración de las relaciones paternofiliales, recomendando el recurso a profesionales en intervención familiar que puedan asistir a las partes. Ciertamente, en el momento actual, y sin un previo tratamiento terapéutico, las visitas entre el padre y su hijo Octavio resultarían totalmente contraproducentes, por lo que se ha de confirmar la adecuación de la suspensión de las mismas».

> Sentencia de Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 15 de febrero de 2023, ROJ SE 164/2023, ponente Andrés Palacios Martínez.

En el JVM se otorga la custodia al padre; los informes psicosociales, sin mencionar la VG, refieren «instrumentalización de la madre. Es confrontadora y beligerante». «Alta conflictividad».

Del examen de la resolución se desprende una desconfianza hacia la figura materna que se plasma en el propio fallo de la resolución al fijar un plazo máximo de 48 horas, desde su notificación, para el cumplimiento voluntario de la misma, transcurrido el cual se acuerda librar las órdenes oportunas para su ejecución por el Grupo de Menores de la Brigada Provincial de Policía Judicial GRUME, y ello sin perjuicio de la posibilidad de deducir testimonio de las actuaciones por sustracción de menores, sin que la resolución justifique el porqué de esta desconfianza hacia la madre, por cuanto que fija la custodia paterna en base a la prueba practicada (documental e informe psicosocial) cuyo resultado no se refleja en la sentencia comentada y llega a la conclusión que:

«Estima adecuada, ajustada y ponderada la atribución de la guarda y custodia de la menor de referencia a su padre en la forma recogida en la resolución recurrida en un ambiente familiar y social estable con apoyo de los abuelos paternos y pautas de vida organizada y normalizada en beneficio de su estabilidad y desarrollo armónico, no solo porque de lo actuado se desprende la clara instrumentalización de la menor por parte de la madre anteponiendo sus intereses particulares a los de la precitada menor convirtiéndola en un objeto de confrontación como expresamente se recoge en el auto de medidas provisionales..., sino que en ningún caso consta acreditado que se hubiese producido una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en su día desde dicha resolución y que propiciase un cambio de atribución de la guarda y custodia en la forma pretendida».

Al parecer del contenido del Informe del equipo psicosocial, se desprende que ambos progenitores poseen habilidades parentales y se recoge en la resolución que ambos tienen trabajos compatibles con el cuidado de la hija, si bien el del padre se ajusta más al ser casi coincidente con el horario escolar de la menor (aunque el de la madre es teletrabajo en horario de mañana y tarde) pero en realidad lo que guía tanto al juzgado de violencia como a la sala a fijar la custodia paterna es «la actitud de confrontación y beligerancia que mantiene la madre entendida como un mal ejercicio de responsabilidad parental, y que no consta ningún tipo de incidencia e irregularidad en el desarrollo de tal atribución o falta de atención en el ejercicio de la misma por parte del padre»; sin que se ponga de manifiesto en que consiste esta conducta y sin que haga alusión alguna a la posible situación de violencia de género que haya conducido a la tramitación del procedimiento de divorcio ante este juzgado especializado.

Hace una advertencia a la madre en relación con el cumplimiento de visitas si se niega a ir a terapia relacional, (nada enuncia del padre) e insiste en la advertencia de designación de especialista en parentalidad

> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12, de 3 de mayo de 2022 Roj: SAP B 4780/2022, ponente Ana María Hortensia García Esquiús.

La audiencia suspende las visitas y revoca designación de COPA hecha en la instancia, y se trae la sentencia como ejemplo de buena praxis.

«1º.- Se suspende el régimen de relación personal del padre con los hijos, suspendiéndose igualmente cualquier tipo de comunicación telefónica o por correo, correo electrónico o redes, en tanto no se

acredite la conveniencia de reanudar dicha relación paterno filial en ejecución de sentencia y previo Informe favorable de los equipos técnicos del EATAF. 2º.- Se acuerda el cese de la intervención de la Coordinadora de Parentalidad».

Llama la atención y por eso reproducimos lo resuelto en la primera instancia: la designación, detalle de funciones, coste y apercibimientos no apreciando la VG ante la ausencia de firmeza de condena, y una grave situación de conflicto interparental.

«3º.- Se acuerda la reanudación inmediata del tratamiento psiquiátrico, psicológico y terapéutico de los menores.... Solo en el supuesto de que no pudiera llevarse a cabo por los indicados profesionales, se procedería a la designación de un profesional de las listas proporcionadas por el Colegio de Psicólogos de Cataluña. Los gastos que se originen por la intervención de estos profesionales serán asumidos como gastos extraordinarios y abonados por los progenitores en el porcentaje que se establece para este tipo de gastos».

Según la sentencia de instancia: —Se acuerda nombrar un coordinador de parentalidad recayendo el nombramiento en la persona designada de conformidad con las previsiones del art. 341 de la LEC, de la lista de psicólogos que proporcione el Colegio de Psicólogos de Catalunya, con experiencia en el ámbito de la parentalidad. Sin perjuicio de las funciones que, con mayor detalle, se le atribuirán, una vez aceptado el cargo, se establece que el coordinador de parentalidad tendrá el cometido genérico de supervisar y controlar la ejecución de las resoluciones judiciales, conducir la negociación entre los progenitores con ocasión de las controversias suscitadas entre los mismos para alcanzar acuerdos y especialmente, impulsar y promover habilidades y técnicas de ejercicio positivo y adecuado de la parentalidad. El profesional que ha de intervenir contará, para llevar a cabo su labor, con facultades para mantener entrevistas, reuniones o contactos (presenciales, telemáticos o telefónicos) con los progenitores, con los menores, y con cualquier miembro de la familia extensa si fuese preciso, profesores, tutores, directores o responsables del centro escolar en que cursen sus estudios) así como con los servicios médicos, psiquiátricos o psicológicos que atiendan a los padres o al hijo, sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional sexta no 4 in fine del CCCat».

«Deberá intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación entre ambos progenitores y los hijos), que entienda adecuadas, informando al juzgado de los acuerdos a “los que las partes hayan llegado con su intervención o, en caso de desacuerdo, haciendo las propuestas de relaciones personales o estancias que estime convenientes”. Su intervención será temporal por lo que su nombramiento se extenderá durante el plazo de cuatro meses, sin perjuicio de las prórrogas que puedan ser acordadas».

Se aperece expresamente a las partes que la falta de colaboración o cooperación con la parentalidad, o la obstrucción u obstaculización del desempeño de su función, podrá dar lugar a la imposición de multas coercitivas por incumplimiento de una obligación de carácter personalísimo.

La sala entiende que la intervención de la coordinadora de parentalidad no ha logrado los objetivos inicialmente fijados. Y por ello acuerda el cese de su intervención, como se ha indicado más arriba.

Síndrome de Alienación Parental (SAP)

El Síndrome de Alienación Parental, SAP, está claramente descrito por su creador, Richard Gardner⁴⁰:

«Los jueces deberían respaldar con toda la fuerza de la ley las conclusiones de los terapeutas entrenados del SAP, e imponer multas, pérdidas permanentes de custodia y prisión para las madres que no cumplen. El tratamiento de los niños que no obedezcan consiste en llevarlos a un centro de detención juvenil o un refugio durante unos días para que reconsideren su decisión».

«Los terapeutas que trabajan con los niños del SAP deben sentirse cómodos con métodos alternativos de terapia que dan un enfoque autoritario al tratamiento. Deben ser capaces de decir a un progenitor alienante. “Si los niños no se entregan en la casa de su exesposo a las 5.00 horas de la tarde este viernes, yo informaré al Juzgado y recomendaré las sanciones ya descritas en la orden judicial”. Deben sentirse cómodos trabajando sin la confidencialidad tradicional tan necesaria para el tratamiento estándar. Deben sentirse cómodos amenazando a los padres alienadores, así como a los niños, de que habrá consecuencias si ellos violan el programa de visitas ordenado por el juzgado. Tales terapeutas deben sentirse cómodos con enfoques de confrontación, el propósito de los cuales es desprogramar a niños con SAP. Deben reconocer que hacer lo que los niños manifiestan puede no ser su mejor interés. En el caso del SAP el mejor interés es que los niños sean forzados a visitar al padre alienado. Los terapeutas que no se sienten cómodos con lo que yo llamo “terapia de la amenaza” no deben trabajar con las familias de SAP».

Cuando se aplica el SAP, se aplica la terapia de la amenaza y del castigo y se aplica siempre contra las madres y las hijas e hijos que por la razón que sea se niegan a estar o ver a su padre.

Mencionar el SAP en las resoluciones judiciales, recurrir a la terapia en que consiste ese constructo, rechazado por la comunidad científica nacional e internacional, fue desaconsejado por el CGPJ desde el año 2013. No obstante lo cual se continuó haciendo por algunos juzgados y tribunales y ello motivó la llamada de atención al Estado español por parte del Comité CDEAW y del GREVIO, en el dictamen y en el informe que se ha comentado con anterioridad, de manera que fue preciso que la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia, en su artículo 11.3, recogiera: «los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración».

El espectro SAP ha mutado y continúa en muchos informes periciales y resoluciones judiciales ocultándolo y llamándolo: manipulación, responsabilizando a las madres progenitoras del restablecimiento del vínculo filio parental. Estas nuevas calificaciones mantienen y aplican el núcleo del SAP, que es la terapia del miedo, la amenaza y el castigo para lograr el cumplimiento de visitas no deseadas por menores con el progenitor no custodio.

⁴⁰ Gardner, R.A. Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families: When psychiatry and the law join forces. *Court Review*, 1991, Spring 8 (1) p. 14-21. 8 Gardner, R.A. Should Courts Order PAS Children to Visit/reside with the Alienated Parent? A Follow-up Study, *The American Journal of Forensic Psychology*, 2001, 19, 3, p. 61-106.

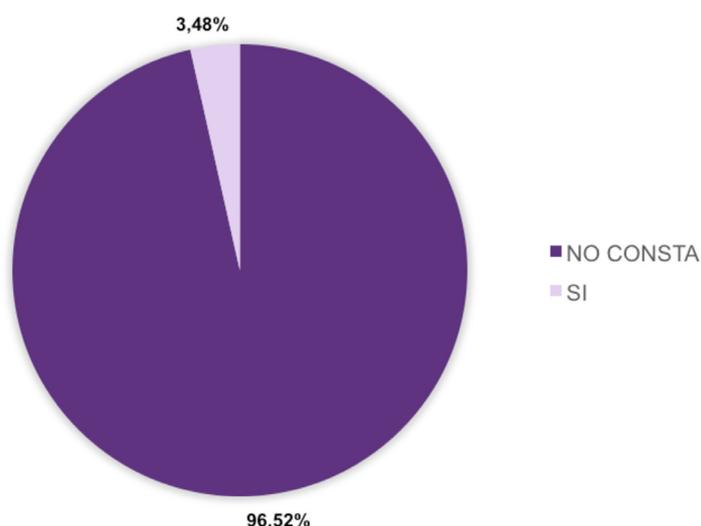
En situaciones de violencia de género, la aplicación del SAP resulta un peligro grave y real para la seguridad de las y los menores. Cuando existe un rechazo frontal por parte de un niño, niña o adolescente hacia el padre hay que indagar en las razones que causan ese rechazo, averiguar sobre la posible existencia de violencia, abuso o negligencia por parte del padre. Por tanto, debe ser el interés superior del y de la menor el que debe valorarse en cada caso para resolver.

Como en anteriores estudios elaborados por la Asociación de Mujeres Juristas Themis⁴¹, en el presente queda en evidencia la cercanía que hay entre el SAP y la coordinación de parentalidad. Esta figura como se ha indicado carece de cobertura legal en nuestro país. El Defensor del Pueblo recientemente este año 2024 se dirigió al Tribunal Superior de Justicia de Madrid para recomendarle que trasladara a los jueces y magistrados de dicha comunidad la advertencia sobre servicios de coordinación de parentalidad que pueden ofrecerse desde entidades privadas, y se les recuerde que tienen a su disposición los equipos psicosociales adscritos a los juzgados. Y ello, porque como desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis y la Asociación de Psicología Feminista han demostrado con sus investigaciones y publicaciones, la coordinación de parentalidad sirve para revincular a los niños y niñas con los padres maltratadores y, con ese fin, aplica el síndrome de alienación parental, ocasionando graves daños y revictimización a mujeres y sus hijas e hijos.

Las interferencias parentales y los denominados contextos de conflicto ocultan la violencia sobre la mujer en las relaciones de pareja y sobre sus hijas e hijos y son utilizadas en algunos informes psicológicos periciales y/o psicosociales en los procedimientos de derecho de familia cuando se aplica el falso síndrome de alienación parental, el SAP.

Del contenido de las resoluciones judiciales estudiadas constatamos que la denominación de SAP se sigue haciendo en un 3,44 % y no consta en un 96,59 %.

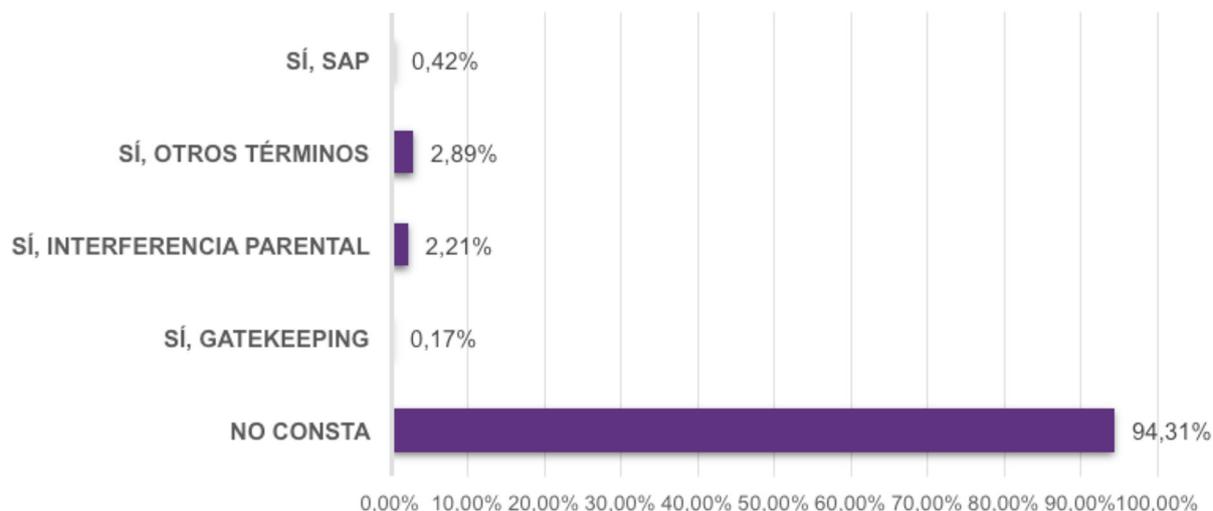
Imagen 25. SAP en las resoluciones judiciales.



⁴¹ Ver Primer y Segundo informe de la Asociación de Mujeres Juristas Themis sobre coordinación de parentalidad.

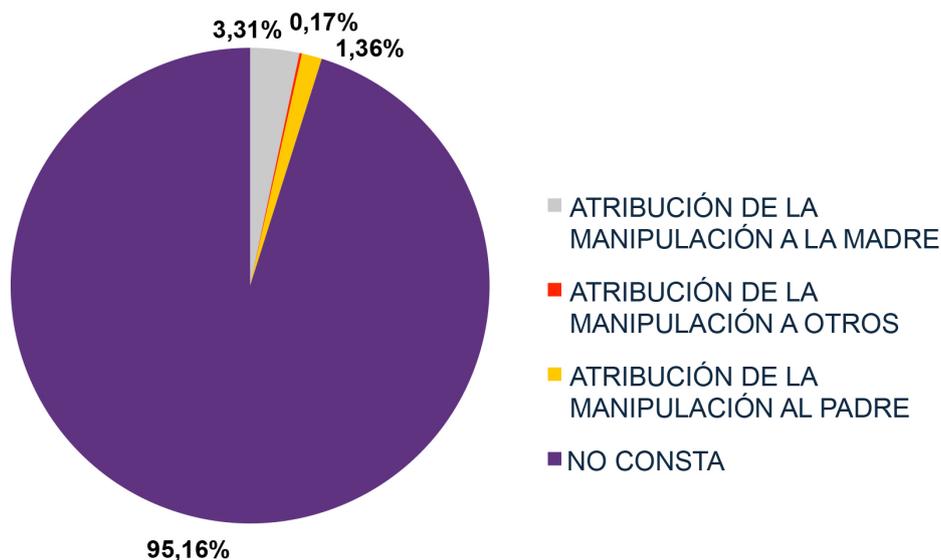
Y hemos analizado los informes psicosociales en los que consta la manipulación con diferentes denominaciones: *Gatekeeping* 0,17 %, interferencia parental 2,21 %, otros términos 2,89 %, SAP 0,42 % y en el resto no consta 94,31 %.

Imagen 26. Denominaciones empleadas en los informes psicosociales para designar la manipulación de los NNyA.



Y especificando la atribución de la manipulación: en un 3,31 % se le hace a la madre, al padre en un 1,36 %, y a otros un 0,17 %, no constando en el 95,16 %.

Imagen 27. Atribución de la manipulación en los informes psicosociales.



El SAP es violencia institucional: En Cataluña se publicó la ley 17/2020, de 27 de diciembre, que modifica en parte la Ley 5/2008, del Derecho de las Mujeres a Erradicar la Violencia Machista y en su

artículo 4, 6, dedicado a la violencia de las autoridades en el ámbito institucional, por acción u omisión, se reconoce que: «La utilización del síndrome de alienación parental es violencia institucional». Y el art. 7, en su apartado e), al referirse a los daños que las mujeres e hijas e hijos sufren como consecuencia de la violencia machista, se añade que: «Estos daños, que incluyen la utilización del síndrome de alienación parental, impactan en la esfera física, emocional, digital, económica, laboral, comunitaria y social», por lo que se puede afirmar que en Cataluña el SAP ya se considera violencia institucional.

La violencia de género se omite o se denomina manipulación o de otra forma.

Hay muchas sentencias de familia, la mayoría de ellas, procedentes incluso de los JVM, en las que no se hace referencia a la existencia de situaciones de violencia de género y sobre todo en las que se da otro nombre a la VG. Se ha enunciado algunas de las otras denominaciones que hemos encontrado en el apartado anterior pues van unidas con esa designación de coordinación de parentalidad en muchas de las ocasiones, pero mencionamos a continuación otras de interés

> Sentencia de Madrid 2 de febrero de 2022 Roj: SAP M 20166/2022 -Órgano: Audiencia Provincial Sede: Madrid Sección: 31, ponente Ángel Luis Campo Izquierdo.

Habla de manipulación de la madre. Enuncia aspectos del informe psicosocial que consta en las actuaciones, entendiendo que la madre todavía se encuentra en una fase de gran intensidad emocional, cuestionando tanto las cualidades personales como la función educativa paterna. Sus argumentos siguen basándose en su percepción de los hechos que llevaron a la ruptura de la pareja, atribuyendo toda la responsabilidad al padre.

«En su discurso no se percibe una reflexión y esfuerzo por adaptarlo a la nueva realidad y a las actuales circunstancias de las visitas paternofiliales».

«Esto está incidiendo en la falta de predisposición para el diálogo constructivo entre los progenitores para llegar a acuerdos de cooperación en la función educativa, así como en el nivel de conflicto familiar». Entiende que la actitud negativa de la madre, que se empeña en mostrar una imagen negativa del padre ante la hija, y obstaculizar, al menos al inicio, las comunicaciones entre ellos; y siendo mayoritariamente imputables a la madre los problemas de falta de dialogo y obtención de acuerdos, dada su actitud. La cual no puede servir de argumento, para limitar y perjudicar el derecho de (del menor) ... a estar el máximo tiempo posible con su padre».

Responsabilizar a la madre de las dificultades del padre para relacionarse con las hijas e hijos es acusarla de manipuladora, es decir, es aplicar el SAP.

> Sentencia de la Audiencia de Barcelona Sección 12, de 4 de julio de 2022, ROJ B 7410/2022, ponente Raquel Alastruey Gracia.

Con VG y suspensión de visitas, la sentencia refiere «influencia materna» y una «actitud poco colaborativa de la madre».

Se suspenden las visitas, pero se acuerda terapia para toda la familia. Se evidencia del último informe del punto de encuentro que la desafección de las hijas hacia el padre ya se ha consumado. «El padre no ha llegado a identificar las necesidades de las hijas, en orden al perdón por situaciones pasadas que

las hijas vivieron como muy negativas o simplemente la empatía con la forma de elaborar el recuerdo de lo vivido. Y, por otra parte, la madre que ha venido desarrollando un acompañamiento formal de las hijas hasta el punto de encuentro, parece que no ha ido más allá en orden a fomentar en las hijas la figura paterna. En estas circunstancias, como informa el punto de encuentro, no hay forma de reparar el vínculo parental y es necesaria la intervención psicológica con las hijas y con los dos progenitores por separado, porque de lo que no hay duda es de que la conflictividad interparental ha acabado afectando psicoemocionalmente a las hijas».

Pero la actitud poco colaborativa es la de la madre.

Aludimos a esta sentencia con mayor precisión en el apartado de derivación a terapia.

> Sentencia de 31/05/2022 Audiencia Provincial Sede: Girona Sección: Roj: SAP GI 763/2022, ponente José Isidro Rey Huidobro.

Hostilidad entre progenitores, «comunicación interparental deteriorada».

«La vinculación de los progenitores con los menores, aun apreciándose que no han sabido preservarlos plenamente de la conflictividad de pareja, de donde se vislumbra un cierto malestar residual, es clara, aplicando un estilo educativo similar y equilibrado y consiguiendo una regularidad adecuada en ambos entornos paterno y materno. Todo indica que el régimen de guarda compartida, con el sistema de reparto periódico que se viene desarrollando hasta ahora, ha sido favorable para los menores, los cuales se encuentran adaptados a las respectivas esferas vitales, mantienen la vinculación afectiva con los progenitores y desarrollan unas actividades y socialización adecuadas a su etapa evolutiva. El único aspecto que enturbia la plácida situación actual de los menores es la comunicación interparental deteriorada entre los progenitores, a los que se exhorta en el informe del EATAF a un proceso de reflexión personal que sin duda repercutiría en el beneficio filial».

> Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 21 de septiembre de 2022 (SAP T 1905/2022, ponente Manuel Horacio García Rodríguez.

«La madre ejerce filtro de protección negativo».

> Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona Sección: 18 Fecha: 17/01/2022 Roj: SAP B 931/2022, ponente Francisco Javier Pereda Gámez.

«Filtro parental materno restrictivo». «Gatekeeping».

El padre es «el progenitor facilitador».

El informe del EATAF señala que «La madre se ha erigido en figura referente durante su crecimiento, presenta habilidades óptimas y una cierta protección hacia el pequeño y desconfianzas sobre el padre con filtro parental restrictivo (gatekeeping) sin justificar, que han de afectar a la participación y a la relación paternofilial y dificultades de la madre»

> Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada Sección: 5 de 09/03/2023, Roj: SAP GR 153/2023, ponente Francisco Sánchez Gálvez.

La existencia de VG podemos deducirla por el contenido de la sentencia:

«La edad de la menor se trata de una circunstancia relevante, sin duda, de cara a valorar la adecuación de un régimen u otro al superior interés del mismo que ha de regir en cualquier medida que se adopte, pero ponderada en conjunción con el resto de las condiciones que singularicen el caso, de suerte que no tiene por qué ser determinante por sí misma; pero precisamente en consideración a tales principios y presupuestos y teniendo en cuenta que nos hallamos ante una pareja muy joven y una palmaria falta de datos sobre las capacidades personales de ambos progenitores y sus contextos familiares para afrontar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en condiciones de garantía del bienestar del menor y propiciatorias de su pleno desarrollo, se acordó en esta alzada la práctica de prueba de informe por el Equipo Técnico adscrito al IML sobre “la idoneidad de la menor para la implantación del régimen de custodia compartida, ya sea de forma inmediata o con progresión en los períodos de estancia con cada uno de los progenitores, así como sobre las aptitudes de éstos y plan de parentalidad que pudieran desarrollar, teniendo en cuenta sus condiciones personales y materiales”; siendo el caso que la prueba no se ha practicado porque el apelante no compareció a la cita programada ni posteriormente se haya ofrecido explicación ni justificación alguna a dicha incomparecencia, de lo que hay que inferir el nulo interés en someterse a la misma y, por extensión, el nulo interés real en hacerse cargo de la custodia compartida, que como mínimo supone una disposición personal a asumir, como se ha dicho, las atenciones que ello comporta respecto a la menor conforme a un plan de parentalidad viable».

> Sentencia de Audiencia Provincial: Granada Sección: 5, de 10/01/2023, Roj: SAP GR 66/2023, ponente: Raúl Hugo Muñoz Pérez.

La existencia de VG se puede deducir por determinado contenido de la sentencia.

La actora recurre la recurre en apelación entendiendo que procede privar al demandado del ejercicio de la patria potestad y del régimen de visitas por haberse desentendido de los menores, tanto en el plano económico como en el personal y afectivo, siendo el abuelo paterno —hasta su fallecimiento— el único que los visitaba y los tenía en su compañía.

Se indica que la aplicación del art. 170 del Código Civil, en contra del criterio sostenido en la sentencia apelada, no requiere que los menores soporten perjuicios adicionales a los derivados de su grave abandono material y afectivo a mano de uno de los progenitores. «Procede, en conclusión, la estimación del recurso interpuesto... y la revocación de la sentencia apelada, y, en consecuencia, acordar que el ejercicio exclusivo de la patria potestad corresponda a la demandante, sin que proceda en las actuales circunstancias la fijación de régimen de visitas alguno a favor del demandado».

Derivación-recomendación de seguir una terapia

En los procedimientos de familia seguidos para la adopción de las medidas paternofiliales, la Administración de Justicia cuenta con recursos auxiliares que, con la emisión de informes periciales, asesoran al órgano judicial en la adopción de las medidas que mejor protegen el interés superior del y de la menor, que es el criterio que debe priorizarse sobre cualquier otro interés en conflicto en todas las decisiones judiciales que se adopten en los distintos procedimientos judiciales.

Igualmente observamos en la práctica, ese interés superior no siempre es el más protegido como resultado de una deficiente formación especializada de las y los profesionales de los distintos recursos y, como consecuencia también, de la aplicación de la ley bajo estereotipos de género, que son interiorizados a través de la socialización y que imponen una carga de prueba superior a las mujeres y, excluyen o atribuyen un valor inferior al testimonio de esta y al de sus hijas e hijos. De esta forma, en muchas ocasiones, se antepone el derecho del padre a mantener relación con las hijas e hijos al interés superior de éstos de no sufrir situaciones de riesgo para su integridad física, psicológica y su adecuado desarrollo.

Además, es más difícil el control de la formación especializada que debe exigírseles, lo que da lugar a conclusiones emitidas en los informes que pueden perjudicar el interés de las y los menores, que debe protegerse y priorizarse.

El objetivo principal de estos equipos técnicos es el de aportar información al tribunal que le facilite la adopción de las medidas en relación a las personas menores de edad (patria potestad, custodia y régimen de estancias ordinarias y vacacionales). Pero, también, pueden desarrollar otras funciones de auxilio al juzgado para la exploración de menores de edad, derivaciones a los Puntos de Encuentro Familiar y otras entidades, aunque estas funciones no se desarrollan de forma homogénea por todos los equipos y dependerá del territorio.

Las conclusiones de los equipos psicosociales pueden evitar riesgos para las y los NNyA. O, por el contrario, crear un grave perjuicio. Por ello, es obligado que la Administración actúe con la diligencia debida, tanto en la elección de las y los profesionales que conforman estos equipos, como en la fiscalización de la actividad que realizan.

Destacamos en el estudio algunas de las resoluciones en las que se aprecia la derivación que se hace por los juzgados de la unidad familiar o de la madre e hijas e hijos a terapia familiar.

> Sentencia de la Audiencia Provincial Sede: Girona Sección: 2, de 15 de marzo de 2023, Roj: SAP GI 506/2023, ponente María Isabel Soler Navarro.

La AP razona que no se puede obligar a las partes a someterse a terapia, se limita a recomendar.

La sala entiende que se ha hecho en la sentencia de instancia una valoración de las pruebas practicadas, que va recogiendo y que sirven de fundamento para dejar sin efecto el régimen de visitas. Se valora la existencia de un procedimiento penal por un presunto delito de violencia doméstica, en el que dicho progenitor está investigado y los menores ostentan la condición de perjudicados directos, valorando el informe del equipo técnico penal. Que las visitas no han podido llevarse a cabo porque los menores se han negado de manera categórica y firme a ver o hablar con el padre, tal y como se aprecia en los informes del STPT y en la exploración practicada manifestó que no quería estar con el padre ni siquiera acompañarle, aunque el informe del equipo técnico en el ámbito de la familia... Aconseja mantener el régimen de visitas si bien a través del punto... pero de manera supervisada. El informe del equipo técnico valora las posibilidades de someterse las partes a un tratamiento terapéutico. Y dice: «Ahora bien el someterse a dicho tratamiento requiere la voluntad conjunta de ambos progenitores, ya que no puede ser impuesta por el tribunal. En este sentido la STSJC de fecha 28 de julio de 2016 recoge al

respecto: Terapias familiares no aceptadas Cuestión distinta que es que pueda obligarse a la madre a realizar una terapia familiar que no desea».

Ningún precepto contenido en el libro II del Código Civil Catalán, por más generales que sean los términos que acoge el art. 236-3.1 para habilitar la actuación de oficio por parte de jueces y tribunales, puede compeler (salvo supuestos excepcionales) a una persona a recibir, sin su consentimiento, tratamientos terapéuticos de carácter familiar, amén de que dudosamente en esas condiciones podrían ser eficaces. Si los jueces los imponen en sus resoluciones es porque, habitualmente, los litigantes no hacen cuestión de tal pronunciamiento.

«Sin embargo, como se ha dicho, dichas terapias no pueden ser impuestas como obligación de hacer, sujeta a las prescripciones del artículo 699 de la Lec 1/2000, como tampoco puede serlo la mediación ex art. 233-6.2 CCCat (Ley 41/2002, de 14 de noviembre; art. 212 CCCat y Llei 21/2000, de 29 de diciembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica). Por lo expuesto procede estimar el recurso de casación suprimiendo del fallo de la sentencia de apelación la obligación de sometimiento a terapia familiar sustituyéndola por una recomendación.

En cualquier caso, la Sala exhorta a los progenitores a que antes de descartar las medidas de apoyo que los profesionales sugieren como apropiadas para ayudar a sus hijos menores a desarrollar íntegramente su personalidad, consideren el carácter evolutivo y mudable de las relaciones paterno y materno filiales (más evidente cuando los hijos se hallan en la adolescencia), así como los juicios que realizaran por sí mismos cuando progrese su carácter y personalidad respecto de cómo afrontaron los padres en su día la crisis familiar y los medios que pusieron para restaurar la pacífica convivencia. Aplicándolo al caso presente, solo cabe exhortar a las partes a que en interés de sus hijos se sometan al tratamiento terapéutico propuesto por el perito para ayudar a sus hijos a desarrollar íntegramente su personalidad y formación de toda índole, que incluye la normalización de la relación paterno filial».

> Sentencia de la Audiencia Provincial Girona, Sección: 2, de 23 de diciembre de 2022, Roj: SAP GI 1737/2022, ponente José Isidro Rey Huidobro.

Obliga la sala a acudir a terapia a progenitores y a la menor a someterse a terapia (en contradicción con la anterior): «Y complementamos e integramos el Fallo de dicha resolución en el sentido de mantener y confirmar el régimen de visitas establecido en la sentencia de primera instancia, hasta que se informe de forma positiva y favorable sobre el resultado de la terapia familiar al que habrán de someterse los progenitores litigantes y la hija menor...., en orden a una eventual recuperación de la normalidad de las relaciones familiares y paternofiliales, con vista a un posible y futuro régimen de custodia compartida, informe que se emitirá cuatrimestralmente por los profesionales que se designen para llevarlo a cabo. Caso de que, tras dos informes consecutivos no se obtenga la finalidad deseada, se suspenderá la terapia y se mantendrá con carácter definitivo el régimen de guarda y custodia y alimentos establecido en la sentencia apelada».

> Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona Sección: 12, de fecha 11 de noviembre de 2022, Roj: SAP B 12290/202, ponente Raquel Alastruey Gracia.

La sentencia de instancia «ha valorado el informe de los servicios sociales del Ayuntamiento de DIRECCION000 y el informe del EATAF que concluye sobre la conveniencia de establecer un ejercicio

compartido de la responsabilidad parental, con una convivencia de la hija con cada progenitor por semanas, como opción menos mala de las posibles, y que todos los miembros de la familia inicien terapia familiar con el objetivo de posibilitar una reestructuración de las dinámicas familiares que favorezcan el adecuado desarrollo de Custodia».

El EATAF concluye que la hija padecerá cierta fragilidad emocional por haberla posicionado entre medio de su padre y de su madre, sin dotarle de herramientas que le permitan el entendimiento de lo sucedido y como seguir adelante, preservada de la conflictividad familiar, de ahí que proponga que ambos progenitores y la hija asistan a un espacio de terapia familiar, y que se organice su vida en base a una responsabilidad parental compartida de alternancia semanal.

No obstante, se falla y «mantenemos la guarda compartida de la hija común, debiendo todos los miembros de la familia iniciar terapia familiar y quedando la evolución de las relaciones personales y el adecuado desarrollo de Custodia, bajo supervisión de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de DIRECCION000; determinamos que los gastos extraordinarios de la hija Custodia, serán sufragados en un 90% por el padre y un 10 % por la madre».

> Sentencia de la Audiencia de Barcelona Sección 12, de 4 de julio de 2022. ROJ B 7410/2022, ponente Raquel Alastruey Gracia.

Se menciona influencia materna, actitud poco colaboradora, existe violencia de género y se suspenden las visitas, acordándose terapia para toda la familia. Se evidencia del último informe del punto de encuentro que la desafección de las hijas hacia el padre ya se ha consumado. «El padre no ha llegado a identificar las necesidades de las hijas, en orden al perdón por situaciones pasadas que las hijas vivieron como muy negativas o simplemente la empatía con la forma de elaborar el recuerdo de lo vivido. Y, por otra parte, la madre que ha venido desarrollando un acompañamiento formal de las hijas hasta el punto de encuentro, parece que no ha ido más allá en orden a fomentar en las hijas la figura paterna. En estas circunstancias, como informa el punto de encuentro, no hay forma de reparar el vínculo parental y es necesaria la intervención psicológica con las hijas y con los dos progenitores por separado, porque de lo que no hay duda es de que la conflictividad interparental ha acabado afectando psicoemocionalmente a las hijas».

«[...] Por la imposibilidad de retomarlas ante el desprecio de las hijas hacia el padre y la falta de empatía de este hacia aquellas. Y se hace necesario recabar ayuda psicológica tanto para las hijas como para los progenitores, que les permita entender el pasado, que les fomente la disculpa y con ello enfocar sus vidas a futuro, sin quedarse anclados en agravios y ofensas basados en hechos puntuales ocurridos hace ya bastantes años».

Se acuerda por la Sala «la SUSPENSION del régimen de relación personal entre las hijas y el padre, hasta tanto ambos progenitores recaben ayuda psicológica y las niñas reciban terapia individual que les permita el restablecimiento del vínculo paterno-filial, para lo que deberán acudir al CSMIJ o al psicólogo particular que convengan ambos progenitores, debiendo ser evaluada la oportunidad de retomar los encuentros previo informe del EATAF».

Dice la sentencia que los motivos alegados que el padre no cumplía con las obligaciones alimenticias y que tampoco cumplía con el sistema de relaciones personales fijado en el auto de medidas que

consistía en dos horas en punto de encuentro los sábados alternos. «No son causas determinantes para suspender la relación con las hijas ni la patria potestad, porque esto no merma su aptitud parental». Sin comprender qué significa esta actitud de abandono material y afectivo por parte del padre, más allá de la violencia que dio lugar a esas visitas tuteladas en el PEF, el informe de la AETAF dice que «las niñas han estado influidas por la madre». Y la sentencia dice «Que la madre no sepa o no quiera relacionarse de forma neutra con el padre, no decimos amable pero sí no agresiva, de sus hijas, en beneficio de las mismas, lo puede suponer un premio a su actitud poco colaborativa». Y ello relacionado con la atribución a ella del ejercicio de la patria potestad.

> Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid Sección: 22, Roj: SAP M 6659/2022, ponente María Ángeles Velasco García. Se hace una derivación de toda la familia a un CAF «para trabajar las competencias parentales». La sala acepta la Sentencia de instancia, y «La unidad familiar deberá asistir a un Centro de Atención a la Familia desde el inicio de la efectividad de este régimen, para trabajar el vínculo de los menores con su padre y, principalmente las competencias parentales y la implicación en las tareas de crianza referentes al hogar y al cuidado de los menores, debiendo informar el citado centro con periodicidad trimestral a este juzgado de la evolución de su intervención y de cualquier incidencia relevante en el desarrollo de la misma».

Y argumentado «Como reiteradamente ha señalado la sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en procesos como el presente, modificación de medidas que se desenvuelve en el marco procesal al efecto habilitado por el art. 775 de la LEC, es necesario recordar que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la institución de la cosa juzgada, asentada en elementales principios de seguridad y paz jurídica... entraña la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aún recaída en proceso de distinta naturaleza».

Por ello, «No existen pruebas, datos o informaciones sobre el riesgo, peligro o disfunción que dichos contactos puedan causar a los menores, antes, al contrario, no se evidencia ninguna circunstancia familiar, personal o convivencial que pudieran perjudicar los intereses de los menores que siempre habrán de verse beneficiados con el contacto personal, directo y cercano de dicha relación paterno-filial».

> Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid Sección: 22, de 23 de mayo de 2022, Roj: SAP M 8232/2022, ponente María Ángeles Velasco García.

Se argumentan malas relaciones, se mantiene la custodia compartida y se remite al CAF. La Sentencia de Instancia adopta la custodia compartida y como medida «Esta resolución se comunicará a los servicios sociales de la Junta Municipal de DIRECCION000 a fin de que lleven a cabo una supervisión y seguimiento de la situación familiar garantizando el bienestar de la menor, debiendo remitir a este juzgado informes periódicos de dicha intervención y de su resultado. A tales efectos líbrense los oficios necesarios».

La sala mantiene al entender que «La relación entre ambos progenitores es prácticamente inexistente, aunque es lógico que tras la ruptura de la relación sentimental no se mantengan excelentes relaciones de amistad entre quienes han sufrido esta experiencia que implica en ocasiones un trauma emocional

intenso. No obstante, lo que es indispensable para el ejercicio conjunto de la guarda es que exista una situación de respeto y ayuda que permita un mínimo grado de colaboración y todo ello por el interés de la hija común».

> Sentencia de Audiencia Provincial Málaga Sección: 6, de 25/10/2022 Roj: SAP MA 4256/2022, ponente: Carmen María Puente Corral.

Deriva a toda la familia a «tratamiento familiar especializado» en beneficio de los menores, altamente judicializados, recurre la madre y desestiman con condena en costas. Varias denuncias por VG archivadas, el Ministerio Fiscal se había opuesto al recurso de la madre igualmente.

La sentencia de primera instancia en el proceso de modificación de medidas es confirmada por la sala «La unidad familiar debe someterse de inmediato a Tratamiento Familiar Especializado que en defecto de acuerdo entre los progenitores sobre el centro donde realizarlo, se designará en el procedimiento de ejecución, debiendo informarse a este juzgado del inicio de la misma, de su cumplimiento y de la evolución mensualmente. El incumplimiento de esta medida conllevará la imposición de las multas previstas en el art. 776 LEC».

Y bajo este prisma de ausencia de procedimiento penal contra el apelado, tenemos que los menores de 15 años y 13 años, habiéndose sucedido diversos procedimientos penales contra el padre por la comisión presunta de delitos contra los menores, ninguno de los cuales ni siquiera ha llegado al plenario, habiendo sido sobreesidos en sede de instrucción. Y alude también a que «las diversas sentencias civiles han impuesto el sometimiento de la disfuncionalidad familiar al Equipo de Tratamiento de Zona, lo que no ha llegado a tener lugar voluntariamente, sin que conste el resultado de la medida en Hogar Abierto». Y se «ha suspendido la intervención familiar manifestando para ello que “dada la gravedad de los hechos que han sufrido los menores se ha presentado una querrela criminal y no se autoriza intervención de los menores ni inicio de tratamiento familiar».

«Tratándose de unos menores altamente judicializados que se han visto sometidos a numerosas exploraciones psicosociales en el ámbito judicial (penal y civil), mostrando su hartazgo por la situación de cronificación de conflicto abierto y sin resolver con una disfuncionalidad que no ha sido corregida ni subsanada con el paso de los años sino, como indica la perito, alimentada con denuncias y procedimientos judiciales que han interferido en la dinámica de relación de la familia siendo la etiología de la disfuncionalidad “la mala gestión y resolución del divorcio emocional de la pareja marital que ha atentado contra la continuidad de la pareja co-parental, al no haberse podido discriminar entre ambas (la dimensión de parentalidad y la de la conyugalidad) dentro del sistema familiar”, debiendo destacarse que en este tipo de procedimientos, las medidas que afectan a los hijos menores de edad, se deciden no en atención a premiar o a castigar a un progenitor u a otro, sino en atención a procurar la adecuada tutela del interés de los hijos menores, cuya protección es prioritaria».

> Sentencia de Audiencia Provincial Valencia Sección: 10, de 17/07/2023 Roj: SAP V 2539/2023, ponente: María Pilar Manzana Laguarda.

Se remite a ambos progenitores a terapia para mejorar las percepciones y las relaciones, vínculos y visitas, acercamientos y se acuerda que el profesional encargado de la terapia deberá ser elegido de

mutuo acuerdo por las partes y en caso de no alcanzar ese acuerdo en un plazo razonable, considerando como tal 15 días naturales, proceder a su insaculación, lo que también deberá llevarse a cabo en ejecución de sentencia.

Continúan vigentes diligencias penales por delito de revelación de secretos entre las partes, lo que en su momento dio lugar a la inhibición de las actuaciones del juzgado civil al de violencia de género. Guarda y custodia materna y se le atribuyó a madre el ejercicio de la patria potestad de sus hijas menores para que la madre pudiera elegir el colegio a donde las menores quisieran continuar cursando sus estudios.

«En cuanto al ejercicio de la patria potestad que ha sido atribuido por tiempo de dos años a la progenitora el mismo viene justificado por la conflictividad entre las partes, la prácticamente falta de relación paternofamiliar y el hecho de que ya hubo de acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria sobre conflicto de patria potestad».

> Sentencia de Audiencia Provincial Barcelona Sección: 12, de 07/10/2022 Roj: AAP B 3082/2022, ponente: Vicente Ataulfo Ballesta Berna.

Se acuerda la suspensión de las visitas de la menor con su padre en el punto de forma preventiva y temporal hasta que la EATAF emita el correspondiente informe en relación al estado emocional de la menor y el régimen de visitas más adecuado a establecer con el padre pues no se está cumpliendo, y que la situación creada por los progenitores está originando sufrimiento en la menor, por lo que se considera por el servicio del punto que es urgente la intervención del EATAF con anterioridad.

El derecho a relacionarse con el progenitor no custodio no puede ser objeto de interpretación restrictiva, y solo puede verse limitado cuando exista un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (SSTS d 30 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992 y 22 de mayo de 1939).

> Sentencia de Audiencia Provincial de Sevilla, de: 08/09/2022, Roj: SAP SE 1990/2022 - Sección: 2, ponente: Rafael Marquez Romero.

No se menciona la VG. Y se acuerdan visitas progresivas. La hija rechaza al padre y dice la sentencia que lo hace en apoyo de la madre. «En este caso como se declara en la sentencia apelada se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación del régimen de visitas en la sentencia de divorcio pues como se declara en la sentencia apelada La pequeña... muestra rechazo al padre y dicho comportamiento puede ser manifestación del posicionamiento de la niña en apoyo de la madre o de una actitud rebelde derivada del sentimiento de pérdida de la figura del progenitor. A esta situación han contribuido en mayor o menor medida las dos partes. Por lo que ante la falta de relación de los menores con su padre se considera perfectamente adecuado establecer un régimen de visitas progresivo en el punto de encuentro familiar».

> El Auto de fecha 29 de junio de 2022 dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona) (AAP T 1047/2022), ponente Raquel Marchante Castellanos.

En este supuesto se ejecuta una resolución judicial de modificación de medidas, en relación con el régimen de visitas. La menor que cuenta con 13 años de edad, manifiesta no desear tener

relación con su padre dado que en una ocasión el padre no le reintegró a su domicilio al final del periodo vacacional y en otra ocasión el padre intentó llevársela por la fuerza del centro escolar, lo que ha provocado en la hija un temor ante la conducta paterna, sin perjuicio de la existencia de unas diligencias previas abiertas contra él por violencia de género. Afirma la sala que «la posición materna, y la influencia que la misma ejerce sobre la menor, la cual hasta el verano de 2019 había cumplido con normalidad el régimen de visitas establecido, y que actualmente son infundados, pues el progenitor, reconoce su actuación indebida al no devolver a sus hijos a la madre en cumplimiento de las resoluciones judiciales» aun cuando señala la resolución comentada que «Esta situación y falta de responsabilidad de los progenitores dilatada a lo largo del tiempo, ha impedido que haya una relación normal y fluida entre los hijos y su progenitores, que es lo deseable y beneficioso para los mismos, y no solo con relación a la hija menor de edad, sino con el hijo mayor de edad de los litigantes» y sin embargo se hace responsable de la situación a la madre al mantener la resolución de instancia que acuerda que prosiga la ejecución para el cumplimiento del régimen de visitas, con expreso apercibimiento a la madre, de adopción de las medidas coercitivas señaladas en los fundamentos de la resolución, en particular la posibilidad de imponer multas coercitivas o el cambio del régimen de guarda y custodia, de no verificarse el cumplimiento inmediatamente, sin valorar en absoluto la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la hija que lleva además más de dos años sin tener contacto con su padre.

> Sentencia de Audiencia Provincial Santander Sección: 2 Fecha: 07/07/2023, ROJ: SAP S 862/2023, ponente: Milagros Martínez Rionda.

Se mantienen en la apelación las visitas del hijo menor y se suspenden las del hijo mayor ante los informes, pero se considera que debe hacerse seguimiento por el PEF, constan antecedentes y una denegación de orden de protección solicitada por la ahora apelante, sobreseimiento provisional y archivo de la causa penal iniciada con su denuncia.

La sentencia dice que «No existen datos objetivos que acrediten la concurrencia de indicadores de riesgo en los contactos entre el padre y sus hijos. Sí se ha constado una elevada conflictividad familiar que ha derivado en un importante deterioro del vínculo emocional entre el padre y su hijo mayor --- observándose alteraciones conductuales del menor de las que deja constancia el informe de valoración forense integral elaborado en el procedimiento penal, y que resultan en este momento determinantes de la conveniencia de la suspensión de las visitas a través del PEF. No obstante, el informe de los técnicos del equipo psicosocial, emitido en este procedimiento, propone, en interés del menor, la restauración de las relaciones paternofiliales, recomendando el recurso a profesionales en intervención familiar que puedan asistir a las partes. Ciertamente, en el momento actual, y sin un previo tratamiento terapéutico, las visitas entre el padre y su hijo ...resultarían totalmente contraproducentes, por lo que se ha de confirmar la adecuación de la suspensión de las mismas».

«El hijo más pequeño, por el contrario, no ha interiorizado las vivencias negativas del conflicto parental, por lo que se observa un desarrollo normalizado de los contactos con su progenitor. Los informes emitidos por los técnicos del ICASS sobre el resultado de las visitas dan cuenta».

Advertencias a la madre en relación con cumplimiento de las visitas

Resoluciones judiciales que responsabilizan a la madre del cumplimiento o incumplimiento de las visitas con el progenitor por parte de sus hijas e hijos, llegando a imponer sanciones pecuniarias a las madres:

> El Auto de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona (AAP B 3339/2022, de fecha 19 de octubre de 2022). Raquel Alastruey Gracia.

Confirma la resolución de instancia e imponen a la madre —ejecutada— una multa periódica de 100 € mensuales hasta que se proceda a favorecer positivamente las visitas de la menor con su padre y acuerda poner en conocimiento de la Junta de Andalucía (Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad) la situación de la menor para que valoren si se halla en una situación de grave riesgo y si procede suspender la potestad parental de la madre y acordar las medidas que la entidad pública considere adecuadas en orden a la tutela de la menor.

En este supuesto consta una denuncia por abusos sexuales del padre hacia la hija cuando esta tenía 3 años (en la actualidad tiene 9) y hace ya más de cinco años que la menor y su padre no tienen relación alguna por lo que la resolución comentada concluye «por lo que el rechazo visceral que manifiesta hacia su padre al no responder a ninguna vivencia propia constatada, solo puede ser debido a un recuerdo inducido por la interferencia materna» y a pesar de que constata que en la «actualidad Luz esté sufriendo cada vez que debería acudir al punto de encuentro a relacionarse con su padre, pero ello no es a causa de la figura paterna, sino a consecuencia de las interferencias maternas, que están situando a la niña ante el peligro cierto de desequilibrio psicoemocional, tal y como ya informó la Fundación Márgenes y Vínculos que podía ocurrir si la madre y la abuela materna no iniciaban terapia que les permitiera separar sus propias vivencias de las de la niña» lo cierto es que establece la necesidad de mantener las visitas, imponiendo multas coercitivas a la madre y planteándose, incluso, la posibilidad de otorgar la tutela de la menor a la Junta de Andalucía, como solución a la situación de la hija, culpabilizando a la madre y optando por una solución totalmente extrema que sin duda supondría un grave daño para la menor en lugar de centrar la solución en buscar medidas alternativas centradas en el bienestar emocional de la hija.

En el mismo sentido, el Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de fecha 14 de marzo de 2022 (AAP BI 597/2022, ponente Reyes Castresana García, acuerda que la ejecución siga adelante, manteniendo los apercibimientos a la madre ejecutada de que, en caso de incumplimiento de las medidas establecidas en sentencia, podría incurrir en delito de desobediencia grave a la autoridad judicial e imposición de multas coercitivas mensuales por el tiempo que sea necesario por el incumplimiento del sistema de custodia compartida que se había establecido en la sentencia que se ejecuta y ello a pesar de que los dos menores de 15 y 13 años, que han sido explorados, han manifestado que no quieren convivir con su padre, si bien la sala considera que no es posible en un procedimiento de ejecución modificar la resolución que se ejecuta y remite a las partes al «oportuno procedimiento de modificación de medidas, donde deben analizarse las circunstancias que confluyen en el caso, pero en modo alguno se puede permitir que por la mera voluntad de una sola de las partes se incumpla la sentencia como ha sido dictada».

> La Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid (SAP M 10268/2022. de fecha 30 de junio de 2022, ponente Emelina Santana Páez, estima, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la madre, culpabilizando por tanto a la madre de los incumplimientos y de la situación existente a pesar del historial clínico de la hija; poniendo siempre en tela de juicio la conducta materna, y acuerda «la suspensión del régimen de visitas del padre con la hija, por un plazo de seis meses, debiendo el especialista que trata a María Luisa remitir informes periódicos al juzgado y en todo caso, cada dos meses, a fin de que el juzgado, pueda acordar la continuación o alzamiento de la medida de suspensión» y ello como consecuencia de la situación emocional de la hija, en tratamiento psiquiátrico, por lo que la sala decide que: «En esta situación, debe mantenerse la custodia materna, y acordar la suspensión del régimen de visitas, ya que la niña debe centrarse en estos momentos en mejorar su situación clínica. No supone ello sanción alguna al padre ni reconocimiento de los hechos que la madre le imputa, pero se estima que es la única solución para que la niña mejore y pueda retomar esa relación con el padre más adelante. Por el momento, procede acordar la suspensión por un plazo de seis meses, debiendo el especialista que trata a María Luisa remitir informes periódicos al Juzgado y en todo caso, cada dos meses, a fin de que el Juzgado, pueda acordar la continuación o alzamiento de la medida de suspensión».

En relación con el hijo común entiende la sala que no hay motivo para suspender el régimen de visitas «toda vez que toda la conflictividad y consiguiente argumentación se ha centrado en María Luisa. El niño en ningún momento refiere rechazo a la figura paterna, salvo que es más estricto con él que la madre, lo cual de por sí no es nada peyorativo, sino indicativo de distintos criterios educativos». Pero llama la atención la advertencia que se hace a la madre de que «el incumplimiento del régimen de visitas de Fructuoso con el padre dará lugar al cambio de custodia, así como que deberá ayudar a su hija María Luisa a superar la situación actual».

8.6.6. Violencia de género no denunciada, pero detectada en el procedimiento judicial

La invisibilidad de la violencia de género que existe en la mayoría de las resoluciones judiciales analizadas es la mayor prueba de juzgar sin perspectiva de género y de infancia. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2022, CENDOJ, ROJ B 14168/2022, Ponente Francisco Pereda Gámez, se afirma que «...no apreciamos la concurrencia de indicios fundamentados de actos de violencia familiar o machista. Se ha registrado un solo episodio... la existencia de una condena penal y de otro proceso penal en trámite...» todo ello es minusvalorado en esta sentencia.

> Sentencia de la AP de Guipúzcoa de 29 de abril de 2022, SAP SS 447/2022, ponente Iñigo Francisco Suárez Odriozola.

Lo destacable de esta sentencia es que recoge entre los hechos probados que cuando las mismas partes, que ahora solicitan la modificación de medidas, en el proceso de divorcio que instó la esposa, no alegó ni denuncia la existencia de violencia de género, pero sí fue detectada por el Ministerio fiscal, quien interpuso la denuncia, aunque finalmente se archivó.

Los problemas continuaron y en el presente procedimiento el padre solicita la guarda y custodia y ejercicio de la patria potestad para él y la madre reconvino solicitando que se acordaran visitas tuteladas con el hijo.

Tanto el juzgado como la AP han estimado la reconvención de la madre y acordado un régimen de visitas tuteladas en el PEF, si bien la AP lo hace con carácter temporal.

> La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 30 de junio de 2023 (SAP VA 1426/2023), ponente Francisco Javier Carranza Cantera.

Es un claro ejemplo de buena praxis en el que se constata la manipulación de que está siendo objeto el menor y se adoptan medidas de protección para evitarle un mayor daño del que ya está siendo objeto, facilitando además con la atribución a la madre del ejercicio de la patria potestad la toma de decisiones en beneficio del hijo común y evitando que el padre pueda seguir ejerciendo la violencia vicaria que se ha constatado, entorpeciendo la toma de decisiones relativas a la vida del hijo. El juzgado califica la situación como de violencia vicaria y refiere «padre manipulador», envía «mensajes perversos al hijo», «abuso emocional del hijo».

Confirma la sentencia de instancia que atribuyó a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, así como la guarda y custodia y estableció un régimen de visitas paternofamiliar restringido a dos horas todos los sábados y domingos en APROME. No solo concurrían en el caso diferentes y sistemáticos incumplimientos (en cuanto a pagos de pensiones, retorno del menor al domicilio materno tras las visitas, etc.) sino que la resolución reconoce expresamente una clara manipulación por parte del padre y reconoce, al hilo del contenido del informe psicosocial que obra en las actuaciones la existencia de violencia vicaria, siendo esta una de las pocas resoluciones que reconoce de forma expresa esta forma de violencia, indicando en tal sentido las conclusiones del informe:

«El padre retuerce la norma llevando al menor al tiempo que le refuerza que se escape o no se quede a visitas en APROME, culpando a la madre que no sea capaz de retenerlo.

El niño, en el entorno paterno, se ve obligado a sobrevivir para no enfadar al padre lo que hace que su vida se desarrolle en un entorno de odio. Esto no propicia su desarrollo emocional de forma adecuada.

El menor solo escucha la versión del padre y es reforzado sistemáticamente por tener comportamientos negativos hacia la madre. Se le está privando de poder conocer a su madre, además de no aportarle alternativas de comportamiento ni un modelo positivo de resolución de conflictos y situándole en un nivel generacional que no le corresponde.

La responsabilidad de no ejecutar las sentencias es del padre, no de un niño de 10 años, por mucho que el padre pretenda situar en el menor la negativa de estar con la madre.

El padre está utilizando abuso emocional hacia el menor al impedirle, sin razón objetiva que lo justifique, el mantener contacto con su figura materna y no sabemos los métodos coercitivos que pueda estar utilizando el padre para imponerse, dejando al menor en una situación de indefensión absoluta, ya que por su edad y su desarrollo evolutivo no ha podido adquirir estrategias de defensa ante ese abuso ni tiene herramientas para defenderse de los mensajes perversos del padre.

El padre está ejerciendo violencia vicaria hacia el menor tanto por hacer daño a la madre, como por que se haga lo que él quiera, imponiendo su punto de vista. La situación del menor asimilable a un secuestro emocional con lo que el menor reacciona con un comportamiento asimilable a una especie de DIRECCION000 adoptando de forma inconsciente una actitud benevolente con el secuestrador para proteger su integridad física y emocional».

8.6.7. Incidencia de la denuncia por abusos sexuales infantiles en la adopción de la patria potestad y guarda y custodia en los procesos de familia

Este es un dato que pertenece al orden penal, en el que no tiene por qué centrarse ni reseñarlo la sentencia que se dicta en el ámbito civil, en el ámbito del derecho de familia. Pero parte de las rupturas de pareja vienen motivadas por esta otra forma de violencia machista, que son los abusos sexuales infantiles, presentes en nuestra sociedad y escasamente denunciados. En las resoluciones judiciales analizadas hemos encontrado las siguientes sentencias que sí recogen la existencia de antecedentes de denuncias por abusos sexuales infantiles (ASI) interpuestas contra el progenitor, y, por su interés las reseñamos a continuación, así como las medidas relativas a menores que se acordaron en las mismas:

- > SAP de Salamanca de 7 de julio de 2022, CENDOJ, ROJ SA 701/2022, ponente Fernando Carbajo Gascón. Con denuncia al progenitor por supuestos abusos sexuales al hijo, que fue sobreseída, en el divorcio se estableció custodia compartida, que la madre se negó a cumplir, por lo que abrieron contra ella Diligencias Previas. por desobediencia grave a la autoridad.
- > SAP de Málaga de 25 de octubre de 2022, CENDOJ, ROJ MA 4256/2022, ponente Carmen Puente Corral. Con denuncia por presuntos abusos sexuales y otros delitos contra los menores, que fueron sobreseídos provisionalmente, se acuerda custodia materna, pero un régimen de visitas de fines de semana alternos, de viernes a domingo con el progenitor denunciado.
- > SAP de Girona de 22 de julio de 2022, CENDOJ, ROJ GI 1075/2022, ponente Isabel Soler Navarra. La madre denunció abusos sexuales a la hija. Se atribuye la custodia a la abuela materna y se establece régimen de visitas para el padre consistente en fines de semana alternos y todas las tardes. A la madre no se le fijan visitas con la hija. La AP acuerda que cuando haya informe favorable del punto de encuentro familiar (PEF), se fijarán visitas de la madre con la menor.
- > SAP de Madrid de 3 de marzo de 2023, M 5401/2023, ponente Carmen Royo Jiménez. Con denuncia por supuestos abusos sexuales a la hija por parte del padre, sobreseída, en el divorcio, que se sigue en juzgado de violencia sobre la mujer, se atribuye la custodia de la niña al padre y las visitas de la madre se fijan tuteladas por el PEF durante 2 horas el sábado y el domingo.
- > SAP de Barcelona, de 20 de mayo de 2022, CENDOJ, ROJ B 6600/2022, ponente Mercedes Caso Señal. Procedente de juzgado de violencia sobre la mujer. Se encuentra en trámite el procedimiento penal contra el padre por supuestos abusos sexuales continuados al hijo. Se suspende el ejercicio de la patria potestad; se atribuye la custodia a la madre y no se establecen visitas con el padre.

- > SAP de Barcelona, de 14 de diciembre de 2022, CENDOJ, ROJ B 14306/2022, ponente Francisco Javier Pereda Gámez, en caso en el que, existiendo denuncia penal por supuestos abusos sexuales a un hijo de la pareja, se acuerda custodia materna, se restringen las visitas del padre con los tres hijos comunes, «porque ni hay alegación suficiente del padre, ni elemento probatorio alguno que nos permita deshacer la duda razonable sobre el riesgo de los tres hijos de poder llegar a sufrir situaciones similares a aquellas por las que el padre va a ser juzgado con una perspectiva penológica de prisión».
- > SAP de Baleares, de 24 de marzo de 2023, CENDOJ, ROJ IB 697/2023, ponente Gabriel Agustín Oliver. Denuncia por abuso sexual a una de las hijas y procedimiento penal en trámite. La sentencia de divorcio acuerda la patria potestad compartida, custodia de la madre y régimen de visitas con el padre en el PEF: una tarde a la semana y tres horas el sábado y otras tres horas el domingo.
- > SAP de Asturias, de 9 de diciembre de 2022, CENDOJ, ROJ O 4262/2022, ponente José Luis Casero Alonso. Se sigue contra el esposo un P.A. por supuestos abusos sexuales a una hija de su esposa. Además, tienen un hijo en común. Durante las visitas con el hijo, le acompañaba la hermana y en ese marco se produjeron los supuestos abusos sexuales. En el divorcio se acuerda la patria potestad compartida, custodia para la madre y visitas con el hijo tuteladas en el PEF.
- > SAP de Tarragona de 17 de mayo de 2023, CENDOJ, ROJ T 694/2023, ponente Raquel Marchante Castellano. Se siguen DP contra el padre por supuestos abusos sexuales contra los hijos, con orden de alejamiento vigente. Se acuerda que la patria potestad sea compartida; que la custodia la ostente la madre y se suspenden las visitas mientras esté vigente la orden de alejamiento. Cuando ésta quede sin efecto, las visitas se llevarán a cabo en el PEF.
- > SAP de Barcelona, de 15 de julio de 2022, CENDOJ, ROJ B 7839/2022, ponente Dolores Viñas Maestre. Residencia de la familia en Londres, madre española, padre irlandés. Tienen una hija. La madre viene con la hija a España y denuncia al padre por supuestos abusos sexuales y se abre procedimiento penal contra él. El padre pide la restitución de la menor a Inglaterra y el juzgado y la Audiencia Provincial de Barcelona la acuerdan. Si la madre no la lleva personalmente en el plazo de 1 mes, el padre puede venir a España y llevarse a la niña con él. Es decir, si la madre vuelve a Inglaterra, tendrá la custodia; si se queda en España, la custodia será para el padre.
- > SAP de Valencia de 4 de mayo de 2023, CONDEOJ, ROJ V 1181/2023, ponente Ana Delia Muñoz Jiménez. Condena al padre por abuso sexual a la esposa, delante de una hija menor de edad. El juzgado acuerda la patria potestad compartida, la custodia materna y un régimen de visitas para el padre de fines de semana alternos, más un día entre semana con pernocta. La AP revoca únicamente para acordar el ejercicio materno de la patria potestad porque hay condena penal de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.
- > SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2022, CENDOJ, ROJ B 3071/2022, ponente Margarita Blasa Noblejas Negrillo, en asunto en el que, existiendo separación provisional de los padres y custodia compartida de una hija de 5 años, se interpuso por la madre denuncia por supuestos

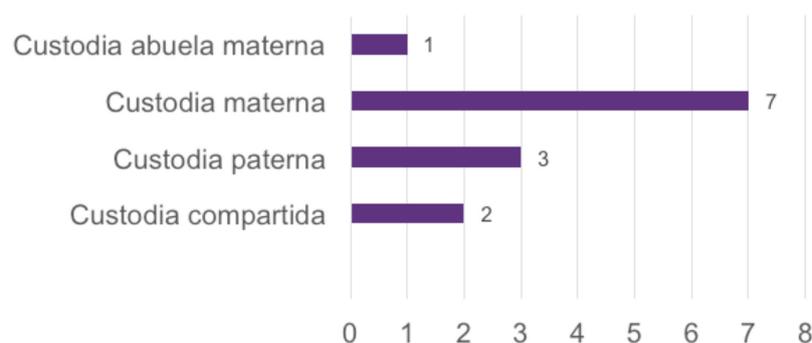
abusos sexuales a la hija, se incoaron diligencias previas y, aunque se pidió orden de protección, no se acordó. Se desestima la petición de la madre de cesar en la custodia compartida, porque «el sistema de guarda compartida es el más adecuado para la menor y que más le favorece dada la situación de animosidad entre los progenitores, en particular por la actitud obstativa de la madre en el buen ejercicio de la guarda con respecto al padre y la menor».

> SAP de Barcelona, de 13 de octubre de 2022, CENDOJ, ROJ B 12573/2022, ponente Margarita Blasa Noblejas Negrillo. Tras interponer la madre denuncia por supuestos abusos sexuales del padre contra la hija y el hijo, incoándose diligencias previas y acordándose medidas cautelares de suspensión de visitas y alejamiento, posteriormente se sobreseyó y el padre solicitó la custodia de los hijos, que le fue concedida en la instancia y en apelación, contra la opinión de la hija, porque «Se observa que la madre presenta dificultades significativas para preservar a los hijos del conflicto interparental y de las propias angustias y temores... el padre dispone de más recursos sociales y familiares para ofrecer un ambiente ajustado al momento evolutivo de los menores (11 y 9 años de edad), por lo que se valora que el núcleo familiar paterno se conforma como un entorno más protector para el desarrollo psicomadurativo de los niños. No obstante, se considera indispensable mantener el contacto y la vinculación con la madre, con la cual los hijos mantienen una relación estrecha».

De los 13 casos anteriores:

- a) Solo en uno de ellos se suspende al padre en el ejercicio de la patria potestad; los 12 casos restantes, es decir, el 92,3% de los casos no se ve afectada la patria potestad, que se mantiene compartida por ambos progenitores.
- b) En cuanto a la guarda y custodia, en la imagen siguiente se refleja la asignación de la guarda y custodia:
 - en el 53,8 % se atribuyó la custodia a la madre
 - en el 23 % se atribuyó la custodia al padre
 - en el 15,38 % se acordó la custodia compartida
 - en el 7,7 % se atribuyó la custodia a la abuela materna

Imagen 28. Asignación de la guarda y custodia en casos de denuncias previas por agresiones sexuales.



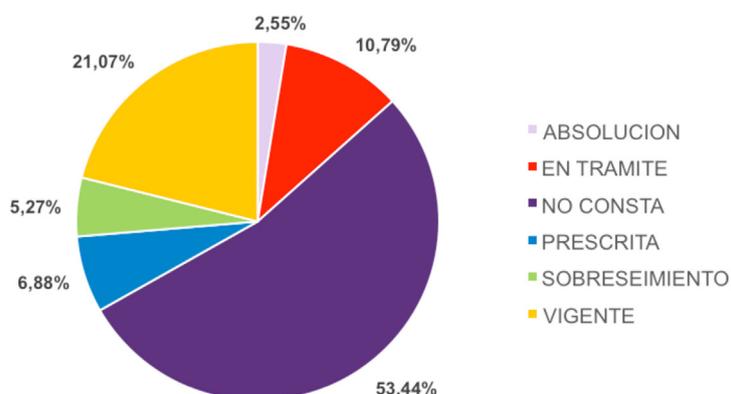
Como se puede observar, las denuncias previas al proceso de familia por supuestos abusos sexuales a menores por parte del progenitor, no tienen la repercusión que cabría esperar en las medidas protectoras que se adoptan respecto a éstos, destacando la mínima afectación al ejercicio de la patria potestad, así como la atribución de la custodia al padre en un porcentaje del 23%.

9. EL INTERÉS SUPERIOR DE LAS PERSONAS MENORES (ISM) EN LA JURISPRUDENCIA

Las reflexiones que siguen en su doble vertiente cuantitativa, fruto de los resultados de la base de datos (con la que se han sistematizado las 1177 sentencias y autos civiles), y cualitativa por cuanto se analiza la tutela judicial efectiva en la aplicación del ISM, tiene como objetivo una visión global de cómo se ha aplicado en cada una de las medidas sobre las que ha resuelto la sentencia.

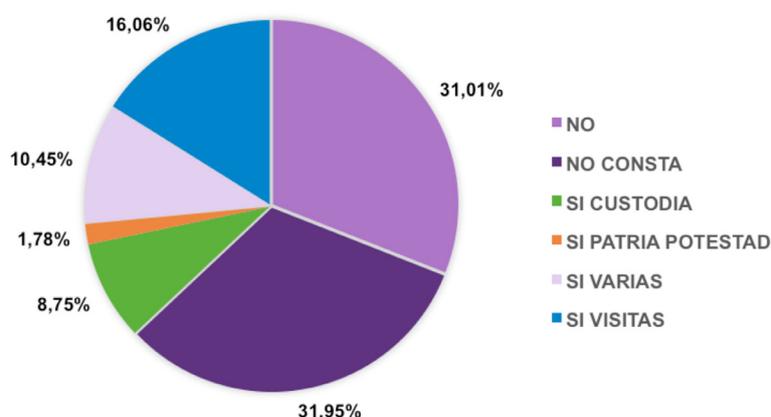
Los datos constatados evidencian que en el 37,04 % de las sentencias analizadas hay constancia de procedimientos penales abiertos o concluidos, en total 436 sentencias. De estas sentencias están en trámite el 10,79 %, el 5,27 % la pena está vigente, no consta la situación procesal en el 53,44 %, el resto, es decir el 30,5 % son absoluciones, sobreseimiento y prescripción de la pena.

Imagen 29. Responsabilidad penal.



De la totalidad de las sentencias, en el 37,04 % hay una apreciación de la violencia de género en la resolución judicial. De este porcentaje se ha tenido en cuenta la violencia para decidir sobre la patria potestad en el 1,78 % de sentencias, en la custodia en el 8,75 %, en el régimen de visitas en el 16,06 %, y en otras medidas en el 10,45 %.

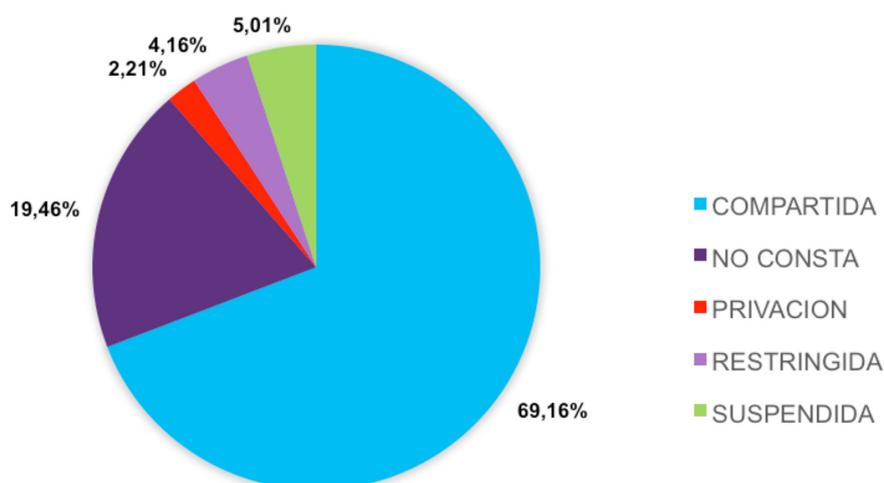
Imagen 30. Valoración de la VG para la adopción de medidas civiles.



Estos datos permiten tener una idea de que la violencia en el entorno de la pareja y los hijos e hijas tiene una muy relativa incidencia en las decisiones que se adoptan sobre el futuro de los y las menores.

Siguiendo con la cuestión de cómo afecta a la patria potestad sobre hijas e hijos la existencia de violencia de género y cómo se considera judicialmente que afecta al interés superior del menor, observamos que la patria potestad conjunta o compartida a ambos progenitores es la solución en el 69,16 % de los casos; se ha suspendido al padre en el 5,01 %, o se le ha restringido en el 4,16 %, en estos casos se ha atribuido el ejercicio exclusivamente a la madre en el 9,17 % y en los casos de privación de la patria potestad al padre 2,21 % se ha atribuido íntegramente la patria potestad a la madre.

Imagen 31. Interés superior del menor y tipo de patria potestad.



ATRIBUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

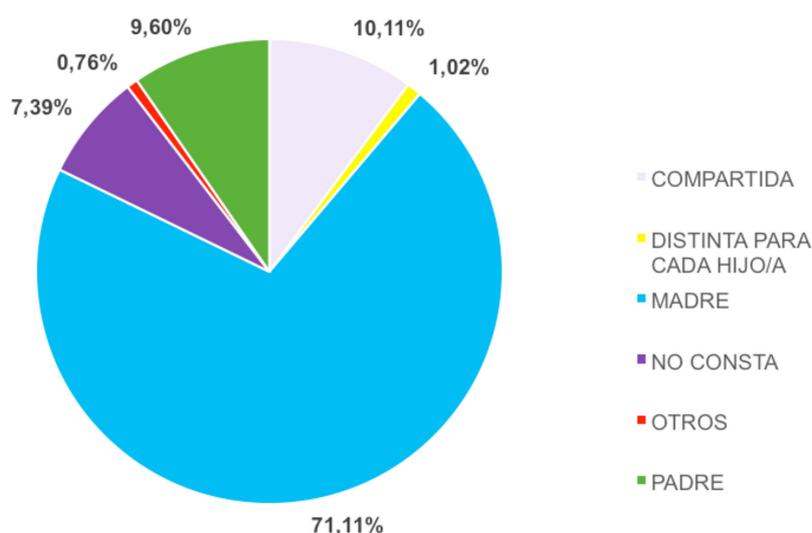
Un análisis con perspectiva de género permite afirmar que cuando hay o ha habido violencia de género o hacia las y los NNyA, la madre ostenta una posición secundaria cuando la pareja, aun siendo violenta, es cotitular de la patria potestad, porque la madre tiene que consultar y consensuar con él progenitor inmerso en el procedimiento penal, las cuestiones de interés de los hijos —y sólo tiene el ejercicio exclusivo cuando el progenitor violento ha sido privado de la patria potestad, suspendido de la misma o visto restringido su ejercicio—.

Los principales perjudicados por la patria potestad compartida en los casos donde haya constancia de violencia son los menores que muchas veces ven la imposibilidad de realización de actividades por las que tienen potencial o especiales habilidades y que son necesarias para su desarrollo; en los casos de impugnación judicial a las medidas interesadas por la madre, que pueda realizar el progenitor violento, por pura estrategia procesal, aun cuando la resolución sea favorable a la práctica de las actividades el retraso puede hacerla inviable o innecesaria por extemporánea.

ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA, VISITAS Y COMUNICACIÓN.

En los supuestos de violencia se atribuye a la madre la custodia en el 71,11 % de sentencias, compartida en el 10,11 % y exclusiva al padre en el 9,6 %, es decir en todo caso se atribuye al progenitor que ha tenido o tiene un comportamiento violento con la pareja o con los hijos e hijas, la custodia individual y colectiva, aproximadamente en el 19,71 % de las sentencias, con las consecuencias que ello tiene respecto a que los hijos e hijas puedan reproducir el modelo violento.

Imagen 32. Atribución de la guarda y custodia.



Con la atribución de la guarda y custodia, se plantea la existencia o no de régimen de visitas y comunicación de los y las menores y progenitor no custodio, ello es de suma importancia dada que la regla general recogida en el artículo 94 del Código Civil cuando hay violencia de género y/o contra los hijos es la suspensión de las visitas y comunicación, salvo que la comunicación sea considerada necesaria para preservar ISM.

De todas las sentencias en las que había responsabilidad penal se han concedido visitas al progenitor no custodio en la mitad de ellas.

Todo ello hace cuestionar hasta qué punto el ISM es tenido en cuenta o en muchas resoluciones es tan solo una fórmula vacía de contenido. En aquellos casos en los que el órgano juzgador, aún actuando con la mejor voluntad, valora ese interés superior desde una óptica subjetiva, sin hacerlo teniendo en cuenta única y exclusivamente el presente y futuro de la o el menor.

De las 1 177, tan solo en 385 consta la referencia al ISM, que equivale a decir que, aunque todas las resoluciones estudiadas tuvieron su origen en un juzgado de violencia hacia la mujer, o, siendo juzgado mixto había existido un procedimiento penal iniciado, o siendo el origen de un juzgado de primera instancia, en algún momento había habido indicios suficientes para incoar un procedimiento penal por violencia de género o violencia hacia los hijos o hijas, solo se tuvo en cuenta el ISM en una tercera parte de los casos.

9.1. Valoración cualitativa a partir del análisis de las sentencias

La valoración cualitativa del interés superior del menor parte del análisis de las sentencias atendiendo tanto aquellas que por su adecuación tanto a la normativa nacional como europea e internacional, presentan una interpretación que puede enmarcarse en las buenas prácticas judiciales, frente a otras que, ignoran que el interés superior del menor es un principio constitucional, tal y como lo denomina el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, a la vez que es una cuestión de orden público, como también lo denomina la Doctrina Constitucional.

También cabe hacer una referencia a numerosas sentencias que solo refieren el ISM como justificación de la medida, sin cumplir el canon de motivación que exige también la doctrina constitucional y que puede convertir sentencias con el simple enunciado del ISM sin motivación en nulas, obligando a retroceder el proceso hasta el momento anterior a la misma.

La primera sentencia que se analiza es la que anula precisamente el procedimiento por falta de valoración del ISM en las medidas acordadas.

> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 8/2023 de 2 de febrero de 2023, ROJ. CAT 2346/2023, ponente María Eugenia Alegrate Burgués.

Esta sentencia anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona dejando sin efecto el pronunciamiento sobre relación entre el padre y la hija ya que estima que no se ha valorado el interés superior de la menor teniendo en cuenta que hay dos procedimientos penales en tramitación, uno por abusos sexuales a la hija y otro por violencia de género. La AP no había valorado los dos protocolos penales a la hora de establecer relaciones personales entre padre e hija.

La segunda sentencia se analiza por ser paradigmática en la no aplicación del ISM en las medidas de patria potestad, custodia, régimen de visitas, alimentos y uso de la vivienda, y uso del término ISM como un añadido.

> Sentencia 308/2022 de 16 de marzo de 2022 de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, ROJ: SAP BI 856/2022, ponente Ana Belén Iracheta Undagoitia.

La sentencia de primera instancia fue recurrida por ambos progenitores, el padre incurso en un procedimiento penal por violencia de género y otros sin determinación de la causa en la sentencia, impugna la custodia exclusiva del hijo y la hija menores, la pensión alimenticia a abonar, la atribución del uso de la vivienda a los hijos y a la madre y la cuantía de la compensación económica que tiene que percibir de la madre mensualmente por la atribución a aquella del uso de la vivienda.

La madre recurre asimismo la sentencia reiterando la solicitud de atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad y el incremento de la pensión alimenticia de los hijos más los gastos extraordinarios 60 % para el padre y 40 % la madre.

El hijo tiene 15 años y la hija 12 años. El padre obtiene unos ingresos netos de 80 829 € anuales y abona un alquiler de 14 400 € al año. La madre tiene unos ingresos brutos de 72 227 €.

Respecto a la petición por la madre de la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad se deniega la misma, no por interés superior del menor, sino por insuficiencia de justificación en las

alegaciones de cuidado de la madre, ni por las discrepancias respecto a la elección del psicólogo para el hijo de 15 años. La sentencia no hace ninguna referencia a los procedimientos penales en los que el padre está incurso, en uno de ellos por violencia de género.

Respecto a la custodia compartida que reclama el padre y no es estimada, en el F.J. 3º después de un análisis de la jurisprudencia se refiere al interés superior del menor: «Incluso el interés del menor debe prevalecer sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores», la sentencia describe como para atribuir la custodia compartida en caso de violencia de género la Compilación Civil de Euskadi exige «una rigurosa valoración, en el procedimiento civil, de los hechos por los que se sigue el procedimiento penal (...) en este caso no se dispone de elementos que permitan realizar una valoración respecto al único procedimiento penal de los varios incoados que se siguen contra D. Moisés, de las Diligencias Previa 361/19 únicamente se dispone de la denuncia y del escrito presentado por la representación de Dª Montserrat. La carencia de elementos que permitan realizar una valoración de los hechos por los que se sigue el procedimiento penal tiene como lógica consecuencia el declinar la petición de tal régimen».

El régimen de visitas concedido al padre en la primera instancia consistía en fines de semana alternos desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada y todos los martes y jueves desde la salida del centro escolar hasta las veinte horas, más mitad de vacaciones escolares, un amplio régimen de visitas que no ha sido valorado en relación a la violencia de género ni al estado psicológico del hijo menor, como no fuera para justificar el amplio régimen de visitas atribuido al padre.

En cuanto a la pensión alimenticia, en lugar de aplicar la jurisprudencia respecto de los hijos menores y el ISM menores respecto a su desarrollo integral, la sentencia en el F.J. 5º señala como «el dato que los ingresos sean más o menos elevados, pierde importancia una vez determinado el coste de las distintas atenciones materiales requeridas por los menores (...)» la sentencia rebaja la pensión de 1 400 € para los dos hijos a 800 €, quedando establecida en 9 600 € al año. En ningún momento se hace referencia a la dedicación personal de la madre al cuidado de la prole como una cuantificación en especie a tener en cuenta en la pensión.

Respecto a la compensación que ha de pagar la madre por tener atribuido el uso de la vivienda familiar, la sentencia de apelación, «ponderada la renta de los exesposos, se fija en 600 € el importe de la compensación mensual que deberá abonar la Dª Montserrat a D. Moisés» incrementando en 200 € mensuales la compensación establecida en primera instancia. No se ha tenido en cuenta todo el gasto de mantenimiento y de suministros de la vivienda familiar que, al convivir la madre junto con su hijo y su hija, serán, como mínimo, tres veces mayores, que los que tiene el padre.

Esta sentencia no responde al interés superior del hijo y la hija, ya que el desarrollo del potencial de los hijos quedará limitado a la capacidad económica de la madre, teniendo en cuenta que la jurisprudencia considera que el uso de la vivienda forma parte de los alimentos de los hijos, la compensación que la madre tiene que satisfacer al padre es el 50 % del alquiler de la vivienda que tiene arrendada el padre, con lo cual si a los 800 € de pensión para los dos hijos se restan los 600 de compensación que tiene que abonar la madre, la patria potestad tal y como ha sido aplicada en sentencia carece de un análisis

de la realidad con perspectiva de género, porque con perspectiva de futuro de los hijos esta sentencia no puede ser más perjudicial.

Por otra parte, la sentencia hace una especulación sobre lo que piensa la madre cuando se indica «Una cosa es la obligación de los progenitores de prestar alimentos que, en el caso de los hijos menores, es derivación de patria potestad, y otra que es que esta obligación se traduzca en un derecho a recibir un porcentaje de los ingresos del padre, que es lo que parece sostener la demandante».

Esta sentencia no sería la misma si el tribunal hubiera aplicado la perspectiva de género y de infancia a la que viene obligado.

9.2. El ISM respecto a la valoración de la violencia de género en las medidas a acordar para las y los menores

El número total de menores contabilizados en las sentencias estudiadas, ascienden a 1843, de los cuales 66 tienen entre 0 y 3 años, 569 tienen entre 3 y 12 años, 274 tienen entre 12 y 16 años, 189 son mayores de 16 años, sin que conste la edad en 745 de ellos.

Del 100% de las resoluciones estudiadas, se ha valorado el ISM en la adopción de las medidas de la siguiente manera: para restringir la patria potestad, en el 1,78 %; para acordar la custodia, en el 8,75 %; para la adopción del régimen de visitas en el 16,06 %, y para la adopción de otras medidas, en el 10,45 %.

Estadísticamente, ante la ausencia de consideraciones sobre el ISM en dos terceras partes de las resoluciones judiciales analizadas, se observa cómo se relativiza el valor que se da al ISM cuando hay o ha habido violencia de género o violencia vicaria, violencia sexual, u otra relativa a los y las menores. A primera vista la perspectiva de género y la perspectiva de infancia han sido ignoradas, igual que las consecuencias que tendrá la violencia vivida como personas menores destinatarias directas o testigos de la violencia en su vida futura, especialmente en la salud, en los problemas conductuales y desde una visión social, cómo se retroalimenta la violencia contra las mujeres e infancia, generación tras generación.

La valoración cualitativa analiza sentencias significativas sobre cada una de las medidas que afectan personalmente a presente y futuro de los y las menores, todas ellas en procedimientos en los que hay constancia de la violencia; se ponen de relieve aquellas sentencias que, desde el ISM tienen elementos que permiten calificarlas de buenas prácticas y malas prácticas.

PATRIA POTESTAD

> Sentencia número 286/2022 de 7 de junio de 2022 de la Audiencia Provincial de Illes Balears, Sección 4ª, ponente Juana María Gelabert Ferragut, ROJ: SAP IB 1840/2022. La sentencia confirma la sentencia de primera instancia, la madre había solicitado, bien la privación de la patria potestad o la atribución a ella del ejercicio de la misma «Es claro que tanto la atención a las y los hijos, a sus necesidades afectivas, igual que al sostenimiento de sus necesidades económicas abonando las pensiones a las

que se obliga judicialmente son responsabilidades de la patria potestad», la petición sobre la patria potestad estaba fundada en el incumplimiento reiterado por parte del padre, del régimen de visitas, hasta llegar a renunciar formalmente a las mismas, a ello sumada la condena por impago de alimentos no fue considerado suficiente para restringir la patria potestad al padre.

Esta sentencia es considerada buena práctica en la medida que tiene en cuenta aspectos esenciales de la patria potestad como es el deber de atención afectiva a la prole y el sostenimiento de estas por parte de los progenitores, responsabilidad que ha incumplido reiteradamente el padre.

> Sentencia número 662/2022 de 30 de junio de 2022 de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1, ROJ: VA 1426/2023, ponente Francisco Javier Carranza Cantera.

La sentencia de modificación de medidas acuerda el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre y la suspensión del régimen de visitas al padre. El hijo de 10 años sufre una violencia, no denunciada, el padre utiliza al hijo para hacer daño a la madre, recogiendo expresiones literales de la sentencia de apelación «Del informe Psico-social se desprende que no hay en realidad un deseo del niño contrario a volver con su madre, sino una manipulación del mismo por parte de su padre, que crea en él un sentimiento de animadversión contra su madre». «El niño en el entorno paterno se ve obligado a sobrevivir para no enfadar al padre lo que hace que su vida se desarrolle en un entorno de odio», «(...) no sabemos que métodos coercitivos pueda estar utilizando el padre para imponerse, dejando al menor en una situación de indefensión absoluta, ya que a su edad y con su desarrollo evolutivo no ha podido adquirir estrategias de defensa ante este abuso ni tiene herramientas para defenderse de los mensajes perversos de su padre».

«El padre está ejerciendo violencia vicaria hacia el menor, tanto por hacer de madre como para que se haga lo que él quiera, imponiendo su punto de vista. La situación del menor asimilable a un secuestro emocional (...) adoptando de forma inconsciente una actitud benevolente con el secuestrador para proteger su integridad física y emocional».

Esta sentencia se considera buena práctica tanto respecto al reconocimiento del ejercicio exclusivo de la patria potestad como a la suspensión del régimen de visitas. De seguir el menor con las visitas con el padre, tendría muchas probabilidades de reproducir el modelo de relación violenta con su pareja, el aprendizaje mimético que en la infancia se hace del comportamiento de los progenitores, no pasa el filtro del razonamiento y en la adultez resulta muy difícil de superar si no se toma conciencia de ello.

CUSTODIA

Sentencia número 311/2023 de 15 de junio de 2023, de la Audiencia Provincial de las Illes Balears, Sección 4ª, ponente Juana María Gelabert Ferragut, ROJ: SAP IB 1937/.

Esta sentencia estima el recurso de apelación de la madre y acuerda la guarda y custodia del hijo por la madre así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad, la suspensión del régimen de visitas y comunicación al padre, por haber sido condenado a 8 meses de prisión, prohibición del derecho de tenencia de armas y alejamiento de la madre, por el delito de malos tratos habituales físicos y

psicológicos, con graves secuelas par la madre y el hijo de 10 años que fue testigo de algunos de los episodios de agresión física y psicológica a la madre. Señala la sentencia «como el menor y la madre eran encerrados en una habitación por el padre porque “le molestaban” y cuando la madre le contestaba, él en tono de burla la imitaba hasta el punto de que “el menor repetía la imitación del padre (...) Por otra parte todos los hechos declarados probados en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal 2 de Eivissa implican un grave desprecio por la persona más importante en la vida del menor».

La sala justifica no haber acordado de oficio la audiencia del menor de 10 años porque no han considerado conveniente, en interés del menor realizar dicha audiencia habida cuenta las circunstancias de violencia continuada expuestas.

El Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Eivissa había dictado una sentencia que se atribuía la patria potestad conjunta, la guarda y custodia a la madre, un régimen de visitas extenso y regulaba exhaustivamente todos los actos que debían realizar conjuntamente ambos progenitores y la intervención obligatoria y ejecutiva del/la coordinador de coparentalidad, obviando que cualquier tipo de mediación está prohibida cuando hay violencia de género (el artículo 87 Ter apartado 5 de la ley orgánica del poder judicial prohíbe la mediación en los casos de violencia de género).

Esta sentencia se considera buena práctica toda vez que evidencia como la menor copia del comportamiento del padre en los actos violentos, y a la vez pone de relieve la mecánica envolvente de la violencia de género que muchas veces pasa desapercibida.

> Sentencia número 305/2022 de 28 de junio de 2022 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife Sección 1, ponente Álvaro Gaspar Pardo de Andrade, ROJ: SAP TF 1289/2022.

La sala revoca la guarda y custodia compartida de las hijas mellizas propias de la pareja y acuerda la custodia exclusiva a la madre, ante la evidencia de que el apelado ejercía malos tratos al hijo que su esposa tenía de una pareja anterior, que si bien no habían sido denunciados, había constancia en el procedimiento, tanto por la exploración del hermano de las mellizas por parte de madre, quien manifestó tenerle miedo al demandado y que acudía al UMS desde noviembre del 2022 según documento presentado, así también informe psicológico sobre la sintomatología que presentaba el menor.

El informe de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias pedido como diligencia final, brindaba más indicios de problemas familiares hondos que han aconsejado la intervención administrativa con apoyo psicológico de las hijas y tratamiento de las posibles secuelas emocionales generadas ante el patrón de violencia/maltrato hacia el hermano mayor.

Esta sentencia se considera buena práctica por cuanto a pesar de no haber denuncia, al haber indicios fundados de violencia hacia el hijo de su pareja, revoca la custodia compartida y atribuye la custodia exclusiva a la madre.

> Sentencia número 58/2023 de 6 de marzo de 2023 de la Audiencia Provincial de A Coruña Sección 6, ponente José Gómez Rey, ROJ: SAP C 874/2023.

El padre recurre el pronunciamiento negativo sobre la custodia compartida, la sala desestima el recurso, entre otros motivos el padre ha sido condenado por amenazar a la madre con no devolverle la hija, la Sala indica «Es un dato que corrobora que las relaciones entre la madre y el padre no son las adecuadas para establecer un sistema de guarda y custodia compartida y que justifica la atribución a la madre de la custodia que de facto ha ejercido desde la ruptura de la relación conyugal».

Señala la sala «Cabe destacar en todo caso, que no es consecuencia natural o inherente al sistema de custodia compartida la supresión de la pensión alimenticia que pudiera regir en la situación previa de custodia monoparental, o la inexistencia de dicha pensión (STS 16.09.2022 n.º 607)».

ISM EN RÉGIMEN DE VISITAS

> Sentencia n.º 9/2023 de 29 de mayo de 2023, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, ponente Joaquín Cristóbal Gálvez Sauras, ROJ: STSJ NA 289/2023.

La sentencia parte de una situación penal de condena al padre por el delito de malos tratos habituales a la esposa y condena por el delito de malos tratos habituales al hijo de 10 años, estando vigente una orden de alejamiento. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Pamplona concedió la guarda y custodia del hijo y la hija al padre, la Audiencia Provincial atribuyó la guarda y custodia del hijo a la madre y de la hija al padre, el Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de la madre y acuerda la custodia del hijo y de la hija a la madre, suspende el régimen de visitas del padre con el hijo y acuerda un régimen de visitas de la hija con el padre.

Valora el ISM para la no separación de los dos hermanos, y no valora el ISM respecto al régimen de visitas de la hija, toda vez que el talante violento del padre estaba demostrado, y sin cumplir el canon de motivar porque se ha acordado el régimen de visitas a la menor, estimando las posibles consecuencias positivas y negativas no se ha valorado el ISM respecto de la hija.

> Sentencia número 296/2022 de 9 de mayo de 2022 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, ponente Regina Selva Santoyo, ROJ: SAP B 4795/2022.

La sentencia de la AP confirma el régimen de visitas del menor con su padre, la sentencia es de fecha 9 de mayo de 2022 tres días después de que finalizara la condena a la pena de 4 meses de prisión (en suspenso) y 2 años de alejamiento respecto de su esposa por un delito de amenazas.

Cuando en primera instancia se acordó el régimen de visitas la pena estaba vigente y el Ministerio Público solicitó la confirmación de la sentencia de instancia; en esta segunda instancia no se ha ponderado en ningún momento el interés superior del menor de 6 años, con los intereses paternos, ni se ha motivado en la resolución el ISM como establece la doctrina del Tribunal Constitucional.

Se considera mala práctica por cuanto no ha cumplido con el principio constitucional del Interés superior del menor, porque el cumplimiento de la pena no es por sí solo motivo para el ejercicio del régimen de visitas, antes hace falta constatar que el reinicio de la comunicación del menor con el padre ha de ser en beneficio del menor. La segunda razón por la que se considera mala práctica es por no haber motivado el ISM o comprobado si efectivamente el menor estaba satisfecho con el régimen de

visitas o era cierto que a consecuencia de este el menor no se encontraba bien de salud, coincidiendo con las visitas al padre.

> Sentencia número 485/2023 de 18 de diciembre de 2023 de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 2, ponente José Arsuaga Cortázar, ROJ: SAP S 1496/2023.

La sentencia desestima el recurso de la madre a la oposición al establecimiento de un régimen de visitas para el padre cuando había sido condenado por un delito de amenazas del artículo 171.4 CP y un delito de injurias leves del artículo 174.4 CP estando vigente la pena; además el padre no compareció y fue declarado en rebeldía.

La sala considera que «las circunstancias concurrentes, entre las que también se encuentra el tiempo transcurrido, permiten atemperar la regla general (art. 94 párrafo 4º del Código Civil) para dar eficacia completa a la excepción previsto en el propio apartado cuando resulte fundada en el interés del menor».

Se considera mala praxis que, habiendo constancia de violencia de género contra la madre, estando el padre en rebeldía, haga una comparecencia en el juzgado, y que ello pueda ser motivo para «atemperar la regla general del artículo 94 del Código Civil».

> Sentencia número 2/2023 de 11 de enero de 2023 de la Audiencia Provincial de Tarragona Sección 1ª, ponente Manuel Horacio García Rodríguez, ROJ: SAP T 15/2023.

Establece la sentencia régimen de visitas con el padre imputado por un delito por violencia doméstica hacia sus hijos, cuando el mismo tribunal aplica el decreto ley 26/2021 de 30 de noviembre, en relación con la violencia vicaria respecto de la custodia, sin hacerlo respecto al régimen de visitas que igualmente el Decreto Ley prevé su suspensión. Además, el tribunal considera que no hay riesgo para sus hijos de 15,14 y 5 años, a pesar de que contra el padre se tramitan las D.P. nº La sentencia de la AP declara que el padre no ha tenido un especial apego a los hijos y que estos si bien en la exploración judicial de medidas previas manifestaron querer una comunicación con el padre, cuando tuvo lugar el acto del juicio declararon en calidad de testigos y mostraron su desinterés por mantener una comunicación con el padre.

Esta sentencia es considerada mala práctica porque es de sentido común que, si un padre esta incurso en una causa penal por agredir a los hijos, la suspensión del régimen de visitas y comunicación con el progenitor violento es precisamente cumplir con el interés superior del menor y permitir que los hijos agredidos se recuperen física y mentalmente, lo que no será posible si el progenitor agresor tiene contactos con ellos durante la tramitación del procedimiento penal.

> Sentencia número 384/2023 de 07 de julio de 2023 de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 2, ponente Milagros Martínez Ronda, ROJ: SAP S 862/2023.

Esta sentencia, confirma la suspensión del régimen de visitas del hijo mayor con el padre «debido a la elevada conflictividad familiar» y la concede para el hijo más pequeño «porque no ha interiorizado la violencia negativa del conflicto parental».

Se considera mala praxis toda vez que no son los menores responsables de la eufemísticamente nombrada «elevada conflictividad familiar» con la que el hijo más pequeño crecerá y la pregunta es cuando el pequeño sea adulto ¿será inmune a la violencia de género, para no identificarla?

> Sentencia número 412/2022 de 21 de noviembre de 202 de la Audiencia Provincial de Alicante Sección 4ª, ponente Paloma Sancho Mayo, ROJ: SAP A 3658/2022.

La sentencia confirma la del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Denia en el sentido de seguir el criterio del Informe pericial que recomienda visitas de los menores con el padre, porque pese a sus patrones de violencia el hijo de 10 años y la hija de 8, «no tiene que perder el vínculo con su progenitor paterno».

La sala y el Ministerio Fiscal consideran que resulta mucho más beneficioso para los menores el régimen de visitas que en su conjunto ha fijado el juez de instancia.

> Sentencia número 342/2022 de 13 de abril de 2022 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, ponente Carmen Neira Vázquez, ROJ: SAP M 6698/2022.

En esta sentencia se modifica el régimen de visitas otorgado al padre en primera instancia, que por su extensión era una custodia compartida encubierta, toda vez que esta no era posible por haber sido condenado por un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 y 3 CP, y a 2 años de prisión y por un delito maltrato familiar del artículo 153 apartados 2 y 3 CP a 9 meses y 1 día de prisión, estando en trámite un P.A. por quebrantamiento de condena y unas D.P. por delito de falso testimonio y falsificación de documentos en el momento de que la Sala dicte sentencia.

La sentencia considera «sorprendente o cuando menos inesperado», el informe psicológico elaborado en la segunda instancia que, al omitir el dato relevante de la condena del apelado a 2 años y 9 meses de prisión, aludiendo a un supuesta agresión y versiones discordantes obrante a los autos la sentencia penal.

La sentencia acuerda visitas tuteladas en el PEF bajo la supervisión de profesionales garantizando la seguridad y tranquilidad de la niña, durante 4 horas en sábados y domingos alternos, debiendo remitir informes mensuales sobre las visitas, a los fines de modificación, ampliándolas, reduciéndolas o suprimiéndolas, según demande el interés preferente de la menor.

> Sentencia número 452/2022 de 26 de septiembre de 2022 de la Audiencia Provincial de las Illes Balears, Sección 4ª, ponente María Pilar Fernández Alonso, ROJ: SAP IB 2998/2022.

La sentencia desestima el recurso de apelación del padre que impugna el cumplimiento del régimen de visitas con su hija a través del PEF. La sala considera que el interés superior de la menor ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el *bonnum filli* ha sido elevado al principio universal del derecho y consagrado en la legislación. «(...) y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paternos filiales o tutelares, hasta el punto de constituir un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial, conectado con el constitucional de protección integral de los hijos, y que responde a la nueva configuración de la patria potestad».

Continúa la sentencia: «Atendidos estos principios y vistos los incumplimientos del régimen de visitas establecido en las medidas provisionales y los problemas que se ocasionaron en las entregas y recogidas de la menor, consideramos con el Ministerio Fiscal, quien como es sabido actúa en estos

procesos en defensa del interés del menor, que debe mantenerse lo acordado por el Juez a quo, sin perjuicio de que dichas visitas puedan ser objeto de modificación».

ISM EN SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

> Sentencia número 525/2022 de 15 de Julio de 2022 de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18, ponente María Dolores Viñas Maestre, ROJ: SAP B 7839/2022.

En el procedimiento de Restitución Internacional o retorno de menores, el tribunal confirma que el traslado ha sido ilícito y ordena a la madre que en un plazo de mes acompañe a su hija de 4 años a Londres, en caso de no hacerlo, que el padre pueda recogerla de España y llevarla a Londres donde vivían antes de que su madre, española, fuese a vivir a España con la hija menor. La madre hizo el traslado con intención de proteger a su hija menor, había interpuesto una denuncia por abuso sexual en Inglaterra, e interpuso una en España.

El tribunal considera que no basta la voluntad de protección, sino que hay que acreditar la existencia de una situación objetiva de riesgo para que el tribunal pueda valorar, considera el tribunal que las pruebas aportadas «no permiten construir una situación objetiva de grave riesgo».

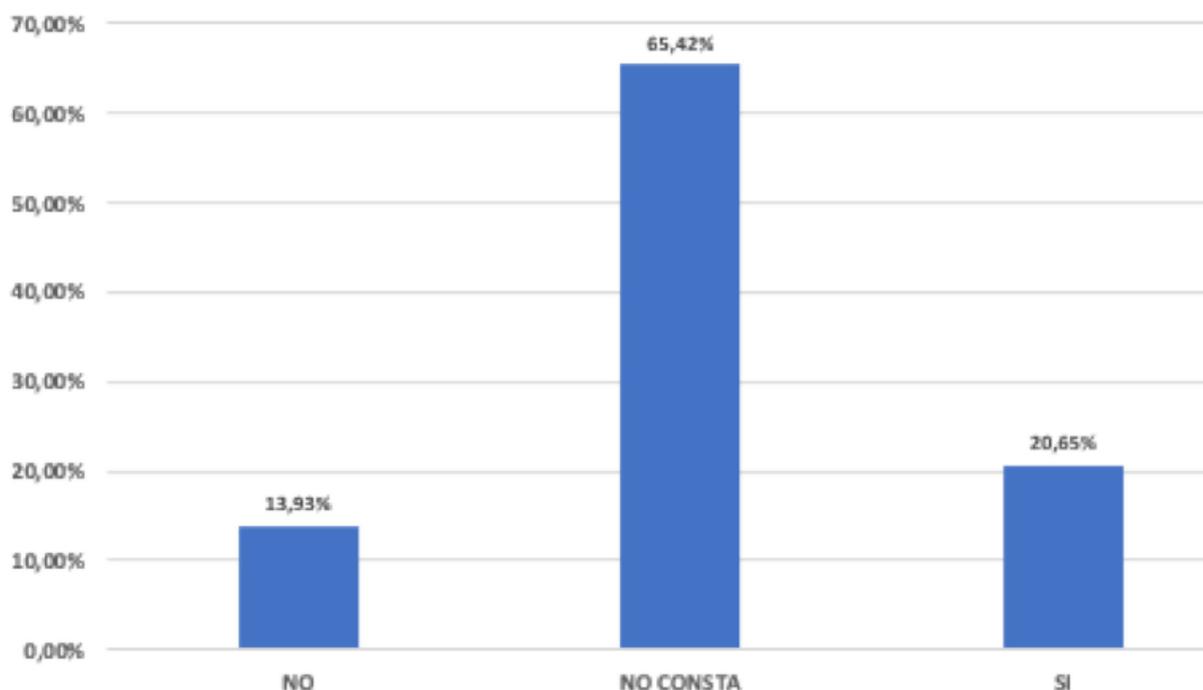
No obstante, lo anterior es contradictorio con la protección que el tribunal otorga a la menor en el supuesto de que la madre decida residir en Londres, hasta tanto que los tribunales ingleses decidan sobre las medidas adoptar, la AP acuerda que la niña quede bajo la guarda y custodia de la madre, que ambas podrán vivir en la vivienda familiar, de la que deberá marchar el padre, sin contacto o visita directa entre el padre y la hija, manteniéndose los contactos por video, conferencia o telefónicos, una vez que madre e hija se encuentren en Londres.

Cabe pensar que las medidas de guarda y custodia y la suspensión al padre de comunicación presencial con la hija, si el tribunal no hubiera encontrado razones de peso, o indicios de que la menor si podía haber sido víctima de abuso sexual por parte de su padre. No hay en la resolución ninguna referencia al Interés superior del menor. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el interés superior del menor como un concepto de orden público que ha de primar sobre las normas procesales, (STC Sala 2ª núm. 178/2020) que este principio constitucional, obliga a motivar las resoluciones judiciales al respecto del ISM, de los criterios que han sido tenidos en cuenta que en el presente asunto se referirían a la existencia o no de «grave riesgo para la menor, ponderado con los derechos e intereses del padre».

ISM EN EXPLORACION JUDICIAL DE LAS Y LOS MENORES

De la totalidad de sentencias estudiadas en el 23,96 % de casos, se ha explorado el menor, en primera o segunda instancia, lo que equivale a 282 sentencias, de las cuales en 243 de ellas fue tomada en cuenta la opinión de los menores en la resolución.

Imagen 33. Exploración judicial de los NNyA.



Si se compara el porcentaje de sentencias en las que los menores han sido explorados judicialmente, es decir, el 23,96 %, se observa que no llega al 24,98 % de menores de la muestra de entre 12-16 años que, ex lege, deberían haber sido explorados.

Imagen 34. Número de descendientes por franja de edad.

EDAD DE LOS DESCENDIENTES		
ENTRE 0-3 años	65	5,93%
ENTRE 3-12 años	569	51,87%
ENTRE 12-16 años	274	24,98%
MAS DE 16	189	17,23%
TOTAL	1097	100,00%

No deja de ser significativo que los menores entre 3 y 11 años sean 569 el número de registros, lo que equivale al 51,87 %. Si se compara este último dato con todas exploraciones judiciales que constan en las sentencias estudiadas, se puede afirmar que menores de 12 años con madurez parecida a los que ya han cumplido 12 o más años, pueden quedar un número significativo de menores con madurez para ser informados, oídos y escuchados, no lo fueron quebranta la norma de carácter imperativo del artículo 92.2 del Código Civil que establece que «El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el ISM sobre esta cuestión».

Además, cuando la L.O.P.J.M en artículo 2.1 segundo párrafo explicita que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva, unido a la aplicación del interés superior

teniendo como principio «la conveniencia de que la vida de los menores y su desarrollo tenga lugar en su entorno familiar libre de violencia» (art. 2.2 a), lo que a la vista de los resultados permite llegar a una primera consideración: por regla general la exploración judicial de menores por regla fáctica, solo se lleva a cabo a los hijos/as mayores de 12 años, sin que por la misma regla fáctica, no se escuche a los menores de 12 años con suficiente madurez para manifestar su opinión y deseos antes de que se tomen decisiones que les conciernan.

El análisis cualitativo de la jurisprudencia queda resumido a dos sentencias de audiencias provinciales, ya que a lo largo de las sentencias anteriormente examinadas en relación del ISM se ha puesto de relieve la importancia de la exploración judicial a los menores en los procesos de familia, la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones de los menores forma parte del deber de escucha que establece el artículo 2 LOPJM.

> Sentencia número 13/2022 de 14 de enero de 2022 de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 22, ponente Luis Puente de Pinedo, ROJ: SAP M 258/2022, que acuerda mantener la atribución de la custodia a la madre frente a lo solicitado por el padre, toda vez que los hijos de 17 y 11 años han convivido con la madre los últimos 11 años, siendo ella la figura de referencia con quien los hijos tienen más vinculación. El hijo menor siempre ha convivido con la madre.

En la exploración judicial ambos hijos manifestaron que quieren seguir igual y que no quieren una custodia compartida, que les obligaría a estar separados cuando el mayor alcance la mayoría de edad. En consecuencia, el tribunal indica que el mayor interés de los menores en este caso implica que, respecto del hijo mayor el régimen de visitas será siempre el que libremente puedan pactar, sin que se imponga un régimen de visitas no deseado a la menor cuando su madurez, teniendo en cuenta su edad, implica una especial consideración a la voluntad por ella manifestada.

En esta sentencia se considera buena práctica porque el tribunal resuelve a partir de la escucha que ha hecho de los menores, se aparta del Informe psicosocial que refiere manipulación de la madre y aconseja custodia compartida, el tribunal entiende que la situación existente es fruto de los lazos afectivos fortalecidos durante tanto tiempo con su madre, desestimando la demanda de modificación de medidas interpuesta por el padre.

> Sentencia número 241/2022 de 30 de marzo de 2022 de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, ponente Manuel Horacio García Rodríguez, ROJ: SAP T 652/2022.

La sentencia estima el recurso interpuesto por el padre y acuerda reinstaurar el régimen de visitas de la hija de 15 años con el padre, estableciendo que el padre y la hija deberá acudir a un espacio de terapia familiar, y la madre deberá colaborar de manera proactiva, facilitando la comunicación de la hija con el padre, además ambos progenitores deberán acudir a un coordinador de parentalidad cuyos honorarios deberán pagar al cincuenta por ciento.

Los elementos de hecho determinantes en este asunto son i) la madre sufría malos tratos, pero nunca denunció, la hija después de una corrección desmesurada por el padre denunció, pero el asunto fue sobreesido ii) el padre tiene un estilo educativo, a veces autoritario y otras distante emocionalmente, lo que según el informe del EATAF resulta inadecuado para el estado evolutivo de la menor. La menor

expresa su rechazo al padre por vivencias propias (reprimendas, actitud exigente y autoritaria, desprecios y conductas que percibe amenazadoras, al parecer las mismas que tuvo la madre en la convivencia conyugal.

La opinión de una menor de 15 años, a falta de un año para la posible emancipación, ¡tiene que ser escuchada!, y esto es lo que no hace el tribunal de apelación cuando en la sentencia indica «la hija no decide. No puede confundirse el interés de la menor con la voluntad de la menor. Esta tiene derecho a que su interés se convierta en parte angular de las decisiones judiciales, pero no que su voluntad sea decisiva respecto de ellas, pues en tal caso estarían de más las resoluciones judiciales, creando una mayoría de edad anticipada».

Esta sentencia se considera mala práctica debido a la falta de perspectiva de género y perspectiva de infancia, tampoco cumple el artículo 2 de la L.O.P.J.M. toda vez que se posiciona claramente a favor de reinstaurar la comunicación con el padre obligando a la madre y la hija a que realicen los esfuerzos necesarios para conseguirlo, mientras no se demanda lo mismo al padre, ni hay una sola crítica ni requerimiento al padre para que cese en su actitud autoritaria. Por otra parte, los menores son sujetos de derechos y la edad junto con la madurez es determinante en la consolidación del derecho a decidir, y ambas cuestiones falta de perspectiva de género y falta de respeto a la voluntad de la menor han conducido a una resolución que difícilmente resolverá el conflicto padre-hija.

10. CUESTIONES ECONÓMICAS EN LAS RUPTURAS: PENSIONES DE ALIMENTOS, PENSIONES COMPENSATORIAS Y USO DEL DOMICILIO FAMILIAR

En el Estudio también nos ha interesado conocer las consecuencias económicas de las rupturas y por ello hemos analizado los datos correspondientes tanto a las pensiones de alimentos que se establecen a favor de los NNyA, así como las pensiones compensatorias y el uso del domicilio familiar.

10.1. Pensiones de alimentos

La protección alimenticia que, imperativamente, se establece a favor de los hijos e hijas tiene rango constitucional (art. 39.1y 3 CE) y deriva del contenido de la patria potestad, siendo una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico según recoge la STS de 8 de noviembre de 2013, por ello hemos incorporado a la base de datos los importes fijados en las resoluciones en concepto de alimentos por cada uno de los descendientes, poniendo en relación este dato con la capacidad económica de cada uno de los progenitores a fin de conocer si las pensiones de alimentos se ajusta a las previsiones reguladas en el artículo 93 del Código Civil que establece la obligación de determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos que deberán ser proporcionales a la capacidad económica de quien viene obligado a abonarlos y a las necesidades de los hijos e hijas comunes; la regulación de la contribución a los alimentos, dentro del procedimiento de ruptura, es extremadamente parca ya que tan solo le dedica el precepto antes citado y esta parquedad se ha venido supliendo mediante la remisión al Capítulo III, Título VI del Libro I del Código Civil referido a los alimentos entre parientes en que se define el concepto de alimentos (art. 142 CC):

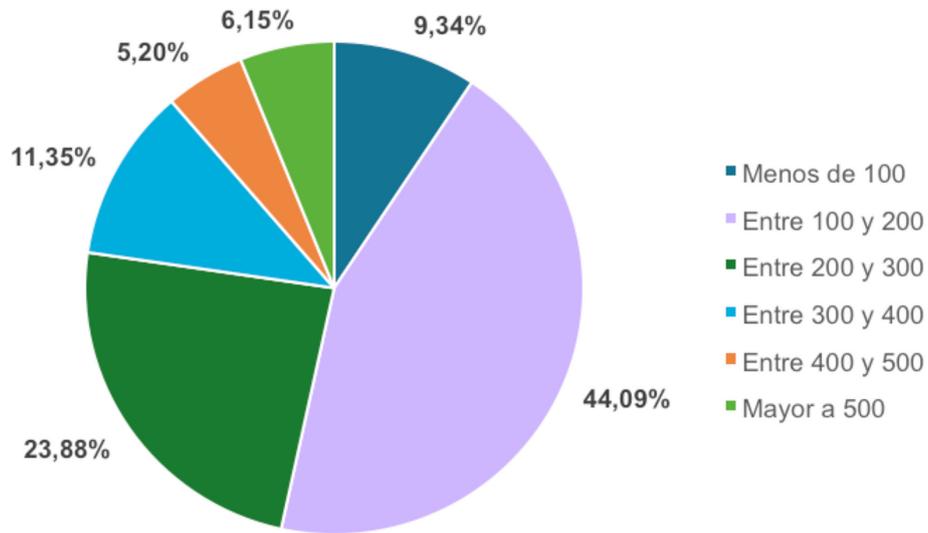
«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable».

Y el artículo 146 del mismo Cuerpo Legal establece el criterio de proporcionalidad de la cuantía de la pensión de alimentos entre el caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe.

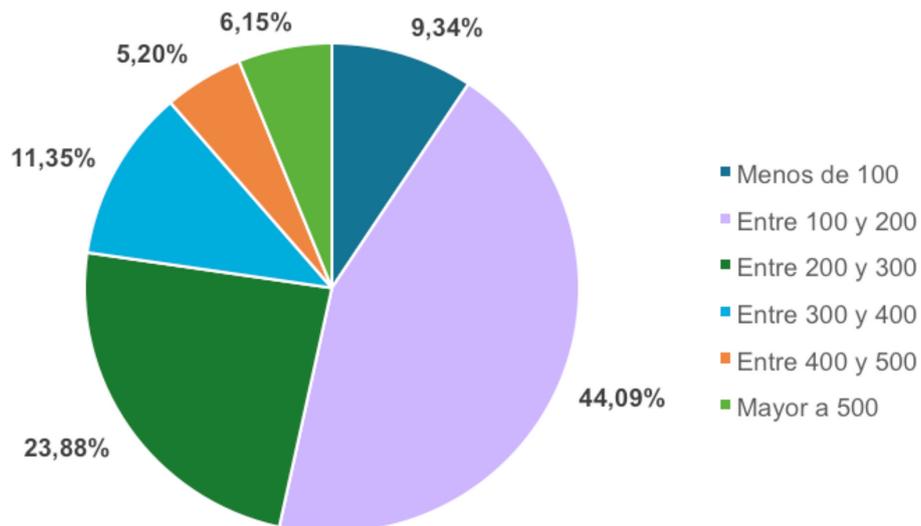
El resultado que arroja el Estudio es ciertamente preocupante, dado que las pensiones de alimentos, en un porcentaje mayoritario, se sitúan entre los 100 y 200 euros por cada uno de los hijos, como se observa a continuación:

Imagen 35. Cuantía de las pensiones de alimentos en las resoluciones judiciales.



Hemos analizado los resultados obtenidos teniendo en cuenta el 71 % de los casos en que constaba el dato en la sentencia de la cuantía de la pensión de alimentos y el resultado es el mismo, el porcentaje mayoritario de los casos analizados sitúa la pensión de alimentos, por cada uno de los hijos e hijas, en la suma mensual que oscila entre los 100 y 200 €, suma a todas luces insuficiente para subvenir a las necesidades de una persona menor.

Imagen 36. Cuantía de las pensiones de alimentos en las resoluciones judiciales.



Lógicamente estos datos deben de ser puestos en relación con los ingresos de ambos progenitores con la finalidad de conocer si estas pensiones guardan el criterio de proporcionalidad que establece el Código Civil.

a) Ingresos de las madres:

En un 73,70 % de los casos no se hacen constar los ingresos de la madre en las resoluciones estudiadas y en el 26,30 % restante en que sí constan, los resultados obtenidos son los siguientes:

Imagen 37. Ingresos de las madres.

Ingresos madres en €	
Menos de 450	12,42%
Entre 450 y 1.000	39,81%
Entre 1.000 y 2.000	35,35%
Mas de 2.000	12,42%
TOTAL	100,00%

En un porcentaje mayoritario, 39,81 %, los ingresos de la progenitora materna se sitúan entre los 450 € y los 1.000 € mensuales; entre los 1.000 € y 2.000 € mensuales se sitúa el 35,35 % de los registros donde consta el dato de los ingresos de las progenitoras.

b) Ingresos de los padres:

En un 67,67 % de las resoluciones analizadas no se hacen constar los ingresos del padre y en el 32,33 % restante en que sí constan los ingresos, los resultados obtenidos son los siguientes:

Imagen 38. Ingresos de los padres.

Ingresos padres en €	
Menos de 450	4,66%
Entre 450 y 1.000	22,02%
Entre 1.000 y 2.000	42,49%
Mas de 2.000	30,83%
TOTAL	100,00%

Por tanto, en el caso de los padres, los ingresos que oscilan entre 1.000 y 2.000 € mensuales representan un porcentaje del 42,49 %, que se reduce a un 30,83 % cuando los ingresos superan los 2.000 € mensuales, frente al 12,42 % de las madres que obtienen ingresos superiores a 2.000 €.

Si realizamos la comparativa de ingresos entre los padres y las madres podemos concluir que la diferencia salarial observada coincide con los datos constatados en la Encuesta de Estructura Salarial

publicada por el INE⁴² publicado en el mes de junio de 2024 por el Instituto Nacional de Estadística en que el salario promedio anual femenino fue el 82,90 % del masculino.

Y a pesar de la importante diferencia salarial entre hombres y mujeres las pensiones de alimentos que se fijan son totalmente insuficientes para subvenir a las necesidades de los y las menores y no observan la exigencia de la proporcionalidad que impone el Código Civil en esta materia y si acudimos a las tablas orientadoras para determinar las pensiones de alimentos que elaboró el Consejo General del Poder Judicial⁴³ como un instrumento de ayuda para el cálculo de las pensiones, y tomamos como muestra una media de los ingresos que en mayor proporción obtienen las mujeres en las sentencias que hemos analizado (750 € mensuales) y los que obtienen los hombres (1500 € mensuales) la pensión resultante sería en el caso de un hijo la suma de 281 € y en el caso de dos hijos 570 €, cifra a la que hay que añadir los gastos proporcionales de educación y vivienda, lo que nos aleja mucho de los importes medios de pensiones de alimentos en las resoluciones analizadas que se sitúan entre los 100 y los 200 € mensuales incluyendo gastos de vivienda y educación, cifra a todas luces insuficiente para subvenir los gastos de los hijos, en la proporción que corresponde al progenitor no custodio, gastos que según el estudio sobre el coste de la crianza de un hijo en España, publicado en el año 2022 por Save the Children⁴⁴ suponía una media de 672 € mensuales, cifra que en absoluto se cubre con los importes generalmente reconocidos en las resoluciones analizadas que, en muchos casos no hacen un cálculo ni siquiera aproximado de los gastos del supuesto enjuiciado sino que le dan un carácter de generalidad como podemos leer, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 10 de febrero de 2023 (Roj: SAP M 4188/2023, ponente Maria del Rosario Hernández Hernández):

«[...] las necesidades de esta niña no resultan por ningún motivo inferiores a las de cualquier persona de su misma edad, de donde habremos de partir de las comunes ordinarias y básicas de cualquier persona, así, la instrucción y formación, a todas luces previsible por más que por su edad Loreto no estuviera escolarizada en curso el proceso, aun devengándose en 10 meses al año, abarca los consiguientes de matrícula, cuota, comedor escolar, uniformidad y otras ropas de colegio y deportivas que haya de llevar al centro educativo, libros y material escolar de principios de curso, excursiones y salidas que se proyecten, actividades extraescolares o deportivas que en su momento quiera realizar, o clases de apoyo o refuerzo que pueda precisar, de no considerarse extraordinarios... etc.»

Y sin realizar cálculo matemático alguno, sin referirse a las necesidades de vivienda de la menor (que en el caso concreto está siendo asumido por la madre al no haber atribución de derecho de uso), ratifica la cuantía de 150 € mensuales en concepto de pensión de alimentos establecida en la instancia, lo que supone el reconocimiento de una pensión que se ha denominado «mínimo vital» y en este caso además no hay atribución de derecho de uso por lo que es la madre quien asume ese coste.

⁴² <https://ine.es/dyngs/Prensa/avEES2022.html>.

⁴³ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias->.

⁴⁴ <https://www.savethechildren.es/coste-de-la-crianza>.

> La Sentencia de la Sección Trigesimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 23 de septiembre de 2022 (Roj: SAP M 20192/2022, ponente Rafael Cáncer Loma) incrementa la pensión de alimentos de la hija de 100 € a 150 € por considerar que debe alcanzar el mínimo vital «para garantizar el interés prevalente de la misma, concurriendo razones de índole material o de derecho sustantivo que justifican la modificación del pronunciamiento relativo a la pensión de alimentos establecida a favor de la hija menor a pesar de los limitados ingresos de la madre, siguiendo en este punto la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 18 de marzo de 2016, nº 184/2016». Sin que la sentencia recoja ni una sola referencia a los ingresos de cada uno de los progenitores y a las necesidades de la menor, practica muy extendida y que, sin duda, impide revisar el criterio de proporcionalidad que debe presidir el establecimiento de una pensión de alimentos.

También hemos encontrado resoluciones que realizan un adecuado análisis de las circunstancias concurrentes para fijar la pensión de alimentos como ocurre en el caso de la Sentencia de fecha 26 de abril de 2022 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada (Roj: SAP GR 863/2022, ponente Francisco Sánchez Gálvez) que, en un procedimiento de modificación de medidas, revoca la dictada por el juzgado de instancia e incrementa la pensión de alimentos de los hijos comunes, a pesar del escaso tiempo transcurrido desde la anterior sentencia, con la finalidad de acomodar la pensión a las circunstancias actuales del padre que durante el juicio del procedimiento de divorcio se encontraba en paro e inmediatamente después se había incorporado a un puesto de trabajo.

La misma Sección de la Audiencia Provincial de Granada en Sentencia de fecha 15 de marzo de 2023 (Roj: SAP GR 505/2023, ponente Francisco Sánchez Gálvez) revoca la Sentencia de instancia e incrementa la pensión de alimentos del hijo común de seis años de edad aquejado de una enfermedad y que requiere diferentes tratamientos y atenciones especiales, «resultando de los informes psicológico y socio-familiar que es la apelante quien soporta casi en exclusiva la carga que ello supone por la poca implicación personal del padre Sr. Amador, lo que dificulta, obviamente su incorporación al mercado laboral» tiene en cuenta que el padre obtiene ingresos opacos y que «la falta de transparencia por parte del progenitor sobre las cuentas de la sociedad y su situación patrimonial no puede redundar en su beneficio» realizando, en este sentido, un adecuado análisis de las circunstancias económicas, si bien a la hora de calcular la capacidad económica de la madre tiene en cuenta que obtiene ingresos derivados de una pensión de reinserción por violencia de género, pensión que tiene un carácter meramente coyuntural y que no debería computarse para fijar la pensión de alimentos cuya duración se extiende mucho más allá del reconocimiento de la pensión de reinserción, lo que, sin duda, supone una nueva victimización - esta vez económica- de la mujer y las personas menores.

No es esta la única sentencia que tiene en cuenta los ingresos derivados de la prestación por violencia de género, citamos, por ejemplo, la Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2022 dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia (Roj: SAP V 3622/2022, ponente Carlos Esparza Olcina) y queremos llamar la atención sobre este hecho pues entendemos que la aplicación de la perspectiva de género e infancia obligaría a una diferente valoración de esta circunstancia y para el caso de que se compute como ingreso de la madre, para fijar la pensión de alimentos, una ayuda social de carácter

temporal, debería preverse en la misma sentencia, al menos, un incremento automático y porcentual de la pensión de alimentos sin necesidad de tener que acudir al procedimiento de modificación de medidas, que supone una nueva judicialización de la situación familiar en la que existe o ha existido violencia de género, con todas las consecuencias negativas que ello comporta para la mujer y los hijos e hijas.

10.2. Pensiones compensatorias

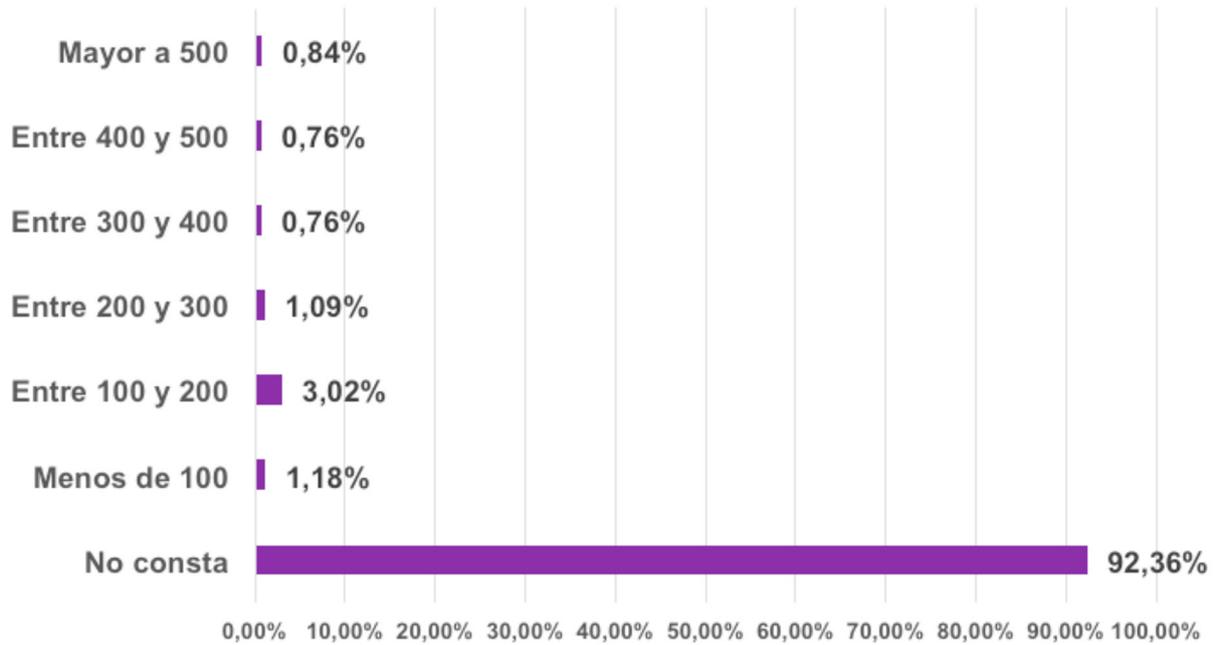
La pensión compensatoria viene regulada en los artículos 97 a 101 del Código Civil y el presupuesto para su concesión es la constatación del desequilibrio económico generado como consecuencia del matrimonio, entendiendo como desequilibrio en palabras del Tribunal Supremo, Sentencia de Pleno de la Sala Primera de 16 de enero de 2010: «a) Que la pensión no es un mecanismo indemnizatorio (10-3 y 17-7-09); b) Que no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 febrero 2005, 5 noviembre 2008 y 10 marzo 2009). Por su parte, la STS de 27 de junio 2011, consideró, en síntesis, lo siguiente: a) que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio (y no una situación de necesidad, por lo que es compatible su percepción incluso en caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente así procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal; b) que partiendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, su fijación en uno y otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que constituye su razón de ser».

El reconocimiento de la pensión compensatoria, por tanto, solo es posible al momento de la ruptura matrimonial, momento en el que debe analizarse la existencia y consecuencias del desequilibrio y del propio tenor literal del precepto se desprende la imposibilidad de su reconocimiento en las parejas de hecho.

Por tanto, del total de las resoluciones de ruptura analizadas, solo ha sido posible el reconocimiento de pensión compensatoria en los procesos de divorcio y separación, tanto de común acuerdo como contencioso, que representan el 50,80 % de la muestra y, en estos casos, se ha establecido pensión compensatoria en un 14,21% —85 registros— de las rupturas matrimoniales, siempre a favor de la mujer, lo que no es más que una nueva constatación de las diferencias salariales entre mujeres y hombres.

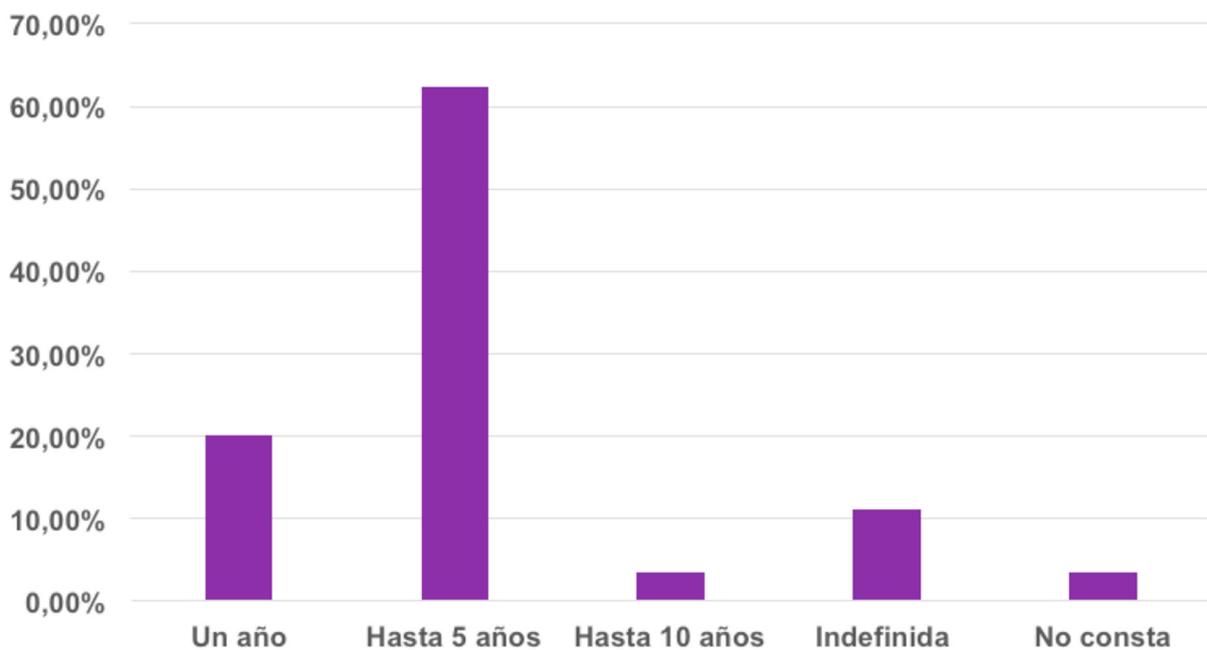
El importe de las pensiones compensatorias establecidas tiene el siguiente rango: se sitúa mayoritariamente entre 100 y 200 € mensuales (3,02 % de la muestra) seguidas de pensiones de menos de 100 € mensuales (1,18 %)

Imagen 39. Cuantía de las pensiones compensatorias.



La duración del plazo de las pensiones establecidas varía, alcanzando una duración de 2 a 5 años el mayor número de los supuestos analizados, seguidos de un plazo de 1 año y tan solo en 10 resoluciones se reconoce una pensión compensatoria con carácter indefinido.

Imagen 40. Plazo de duración de las pensiones compensatorias.



En el análisis hemos encontrado algún ejemplo en el que se realiza de forma adecuada el juicio prospectivo al que se refiere el Tribunal Supremo como es el caso de la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 2 de marzo de 2022 (SAP CA 450/2022.Ponente Nuria Auxiliadora Orellana Cano) que revoca la de instancia que había establecido a favor de la esposa una pensión compensatoria por importe de 200 € mensuales por un plazo de dos años, estableciéndola sin plazo en cuantía de 150 € mensuales en atención que la esposa «se ha dedicado al cuidado del matrimonio y los hijos, que el matrimonio ha durado 15 años, que solo ha trabajado el esposo, y la misma no consta que haya trabajado ni antes ni después del matrimonio, como así resulta del certificado de la TGSS, ni consta que perciba o haya percibido prestación o subsidio alguno, ni consta, por tanto, que tenga experiencia, ni tampoco cualificación profesional, por lo que, atendida su edad, no estimamos procedente el establecimiento de un límite temporal, sin perjuicio de las causas de extinción de la pensión compensatoria que pudieran acreditarse en un posterior procedimiento de modificación de medidas».

> La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León de fecha 13 de enero de 2022 (Roj: SAP LE 26/2022, ponente Ángel González Carvajal) revoca la dictada por el juzgado de instancia, en el sentido de incrementar el importe de la pensión compensatoria reconocida a favor de la esposa con carácter indefinido, extremo que no fue objeto de debate, sino que tan solo se ciñó a la cuantía de la pensión. La sentencia comentada realiza una comparativa entre la situación de uno y otro cónyuge, tras valorar que la esposa carece de experiencia y cualificación laboral, que tiene 66 años de edad, de los cuales 43 ha estado casada y durante todos estos años se ha dedicado al cuidado de la familia, por lo que entiende ajustado incrementar la pensión a la suma de 750 € mensuales

En definitiva, hemos podido constatar en el Estudio que a pesar de que la brecha salarial entre hombres y mujeres, sigue siendo una realidad, y que según los datos del INE de 2022 el 24,2 % de las mujeres tuvo un salario anual menor o igual que el salario mínimo interprofesional, frente al 10,3% de los hombres, situación en la que influye el mayor porcentaje de mujeres que trabajaron a tiempo parcial, lo cierto es que se conceden muy pocas pensiones compensatorias que podrían realizar la labor de reequilibrio para la que han sido establecidas.

10.3. Uso domicilio familiar

La atribución del uso de la vivienda ha sufrido una evolución inversa desde que en la Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, tanto en el aspecto Jurisprudencial como legislativo.

Esta ley establecía la atribución del uso de la vivienda a los hijos e hijas y aquel progenitor con quien convivían.

Las razones de atribuir a los hijos e hijas estaban en el interés superior del y la menor que en este caso consistía en minimizar los efectos de la ruptura conyugal evitando el factor de riesgo para su estabilidad, manteniendo a los y las hijas viviendo en el mismo domicilio en el que convivían constante unión de sus progenitores, en un contexto social y cultural conocido por ellos, vecindario, amistades, colegio, etc.

La 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, modificó el artículo 96 del Código Civil que regula la atribución del derecho de uso del domicilio familiar, a falta de acuerdo entre los progenitores, estableciendo la limitación del derecho de uso hasta la mayoría de edad de los y las hijas comunes, con la excepción comentada al realizar el análisis legislativo referida a hijos e hijas en situaciones de discapacidad.

A pesar de las recientes reformas del Código Civil y de la doctrina de Tribunal Supremo en relación con la preferencia del modelo de custodia compartida, lo cierto es que no se ha regulado este sistema de custodia produciendo por ello un vacío legal y, en consecuencia, mucha litigiosidad ante la falta de regulación; en lo que respecta al uso del domicilio familiar tampoco se ha hecho excepción alguna y a pesar de haber sido reformado el artículo 96 del Código Civil se ha obviado la regulación en los supuestos de custodia compartida que están siendo resueltos de conformidad con la doctrina jurisprudencial que intenta resolver estos casos por analogía con lo dispuesto en el apartado segundo del referido precepto sustantivo.

La generalización de la custodia compartida, sin modificación legislativa respecto del uso de la vivienda, obliga al órgano enjuiciador a aplicar la analogía y de ello se derivan una diversidad de resoluciones, atribución del uso de la vivienda al progenitor que se halle en una situación más necesitada de protección, uso temporal que va desde la atribución al progenitor y los hijos por meses hasta llegar a la mayoría de edad de los hijos, o sin fijar término de la concesión del uso.

La jurisprudencia de las audiencias provinciales se ha pronunciado en los procedimientos de familia donde ha habido violencia de género o violencia hacia los menores, en las siguientes sentencias:

> Sentencia n.º 132/2023 de 23 de febrero de 2023, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10, ponente Ana Delia Muñoz Jiménez, ROJ: SAP V 26/2023 que desestima el recurso de apelación porque «No ha quedado acreditado que la progenitora haya introducido una tercera persona en la vivienda, que tenga allí su residencia, ni siquiera por temporadas. Ni puede considerarse que la vivienda haya perdido su carácter familiar, conviviendo en la misma la progenitora con sus dos hijos Celia y Pelayo, aún menor de edad».

> Sentencia n.º 50/2023 de 9 de febrero de 2023, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4ª, ponente María Pilar Fernandez Alonso, ROJ: SAP IB 387/2023 que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la madre, indicando «que la extinción de condominio es compatible y no deja sin efecto la atribución del uso de la misma al hijo menor de edad [...]».

Respecto de la extinción del uso, expone «Para que se produzca la extinción del uso debe quedar acreditado la existencia de la introducción y además es necesario que la relación de pareja entre el tercero y el progenitor custodio exista y quede igualmente probada».

En síntesis, el ISM queda dañado ante una ficción jurídica totalmente distinta de la realidad ya que desde el momento del divorcio la familia en la que hay menores y el progenitor custodio se convierte en una familia monoparental, una unidad familiar distinta de la existente constante convivencia entre ambos ex junto con la prole, a ambos progenitores solo les corresponde asumir las responsabilidades

sobre los hijos, y el uso de la vivienda al considerarse parte de la pensión alimenticia, en los casos de extinción la pensión debería verse incrementada en el coste que suponía cuando se estaba en el uso, esta es una cuestión de ISM y equidad.

Merece nuestra atención la Sentencia de fecha 10 de octubre de 2022 dictada por la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona (Roj: SAP B 12532/2022, ponente Mercedes Caso Señal), que argumenta que el hecho de haber tenido que salir la madre del domicilio familiar, en compañía de su hijo, con motivo de los malos tratos habituales de que eran objeto no le hacer perder la condición de familiar y en consecuencia ratifica la atribución del derecho de uso realizada por el juzgado de instancia:

«Es cierto que la Sra. Diana salió junto a su hijo del domicilio familiar en octubre de 2020 pero esta salida estuvo ligada a la presentación de una denuncia el 14 de octubre de 2020 contra el apelante por malos tratos habituales que la obligó a ubicar temporalmente su domicilio y el de su hijo junto al de su propia madre. Esta situación se mantuvo y por ello ni la orden de protección ni el auto de medidas provisionales de 9 de marzo de 2021 le otorgaron el uso. Pero estas dos resoluciones y la estancia provisional en un domicilio externo en absoluto conducen a estimar que el inmueble ha perdido su condición de domicilio familiar precisamente porque la salida estuvo justificada en la denuncia por violencia de género. El hecho de que fuera el Sr. Eleuterio quien abonara el alquiler no comporta un derecho privilegiado a ocupar dicha vivienda que, por otra parte, es propiedad de la hermana de la Sra. Diana».

Por tanto, a falta de acuerdo, el uso del domicilio familiar deberá ser atribuido a los y las menores y al progenitor en cuya compañía queden, razón por la que, en muchos sectores de nuestra sociedad, se ha cuestionado la legítima pretensión de muchas mujeres de ostentar la guarda y custodia de sus hijos e hijas, argumentando que, tras esta petición, en realidad, el único interés o el mayor interés es obtener el uso del domicilio.

Del resultado de este Estudio no puede alcanzarse tal conclusión: de las sentencias estudiadas en un 68,56% de las mismas no consta dato alguno en relación con la atribución del derecho de uso (en muchos casos porque no se ha solicitado atribución y en otros porque el motivo del recurso es ajeno a esta cuestión) y en el porcentaje restante, es decir, 31,44%, los resultados obtenidos son los que constan en la siguiente imagen.

Imagen 41. Duración de la atribución del domicilio familiar.

Se fija la atribución del derecho de uso sin límite temporal	19,46 %
Se establece la atribución del derecho de uso con limitación temporal	4,33 %
Hasta independencia económica de los hijos	2,46 %
Hasta mayoría de edad de los hijos	2,38 %
Por periodos alternos	0,25 %

Datos que no se compadecen con el porcentaje de custodias maternas resultantes de nuestro Estudio —71,11%— y que, a nuestro juicio, contradicen la falsa percepción que se tiene de que tras la petición de custodia monoparental el único interés que subyace es patrimonial, es decir, obtener el uso del domicilio familiar, si a ello añadimos los ínfimos importes de las pensiones de alimentos fijadas, con una media mensual por hijo entre 100 y 200 euros mensuales se entenderá que no existe otra motivación en las madres en ostentar la custodia de sus hijos e hijas que el de buscar su mejor interés.

11. RESOLUCIONES (AUTO Y SENTENCIAS) DICTADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS AÑOS 2022 Y 2023 EN RELACIÓN CON LA MATERIA ANALIZADA

1. Pleno. Sentencia 98/2022, de 12 de julio de 2022 (BOE núm. 195 de 15 de agosto de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad 4701/2020. Planteada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera (Cádiz), en relación con el inciso 1 del artículo 92.7 del Código Civil. Desestimatoria.
2. Pleno. Sentencia 106/2022, de 13 de septiembre de 2022 (BOE núm., 253, de 22 de octubre de 2022). Interpuesta por 50 diputados respecto de los apartados décimo y decimonoveno del artículo 2 de la 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. Desestimatoria.
3. Sala Segunda. Sentencia 5/2023 de 20 de febrero (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2023) que estima el recurso de amparo sobre libertad religiosa y el derecho de audiencia al menor.
4. Pleno. Auto 67/2023, de 21 de febrero de 2023. Cuestión de inconstitucionalidad 5056/2022, planteada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm., 2 de Barcelona en relación a los artículos 233-11, apartados 3 y 4 y 236-5, apartados 3 y 4 del Libro II del Código civil de Cataluña. Inadmisión.
5. Sala Segunda. Sentencia 12/2023, de 6 de marzo de 2023 (BOE núm. 89, de 14 de abril de 2023). Sobre extinción del derecho de uso de la vivienda familiar.
6. Sala Segunda. Sentencia 131/2023 de 23 de octubre de 2023, ponente la magistrada D^a Inmaculada Montalbán Huertas (BOE N.º 286 de 30 de noviembre de 2023) Recurso de amparo 3409-2021 en relación a presuntos abusos sexuales de la menor y el ISM en la tramitación.

12. POR UNA JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

La Guía para niños, niñas y adolescentes sobre la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos de la infancia (2022-2027)⁴⁵, en su Objetivo número 4 propone «Adaptar la justicia a la infancia» y, en concreto, «Qué es lo mejor para los niños y niñas cuando sus padres se separan o cuando se toma una decisión de que vivan en un centro o en una familia de acogida».

El artículo 26, 3 a) de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia varias veces citada con anterioridad, propone diferentes medidas para prevenir la violencia en el ámbito familiar. Una de ellas es la que denomina «parentalidad positiva», concebida como aprendizaje de los progenitores para el correcto desempeño de la crianza y educación de hijas e hijos. Y aunque el precepto indicado establece que «En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en los casos de conflicto entre progenitores, separaciones o, divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental», en el estudio hemos encontrado que en el 5,65 % de los procedimientos de derecho de familia en situación de ruptura y con violencia de género, se derivó a las partes a mediación familiar o a coordinación de parentalidad y en otros más se recomendó u obligó a acudir a terapias de «parentalidad positiva» u otras denominaciones, siempre con la finalidad de revincular a las hijas e hijos con el padre, es decir, se aplicó el método del SAP con nuevas denominaciones, pero persiguiendo el mismo fin y utilizando los mismos métodos del castigo y de la amenaza.

Hemos dejado constancia de aquellas resoluciones judiciales que consideramos ejemplos de buenas y malas prácticas de todas las que, dentro de la materia del estudio, hemos analizado; pero no queremos cerrar este capítulo de análisis jurisprudencial sin mencionar cómo consideramos que la justicia debería tratar a los NNyA, particularmente cuando han sido víctimas de VG.

Una buena manera de hacerlo nos ha parecido que era traer al estudio una sentencia que no hemos reflejado en la muestra, porque es posterior en el tiempo al periodo estudiado y porque se trata de una sentencia de un juzgado de familia y no de apelación o de casación, pero creemos que es paradigmática de cómo debería ser una resolución judicial de derecho de familia en una situación de violencia de género, cuando hay hijos o hijas menores, porque es una sentencia que sí tiene perspectiva de infancia.

La sentencia es de 15 de abril de 2024, esta dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona (Familia), NIG 0801942120228159978, sentencia número 172/2024. El padre, que había sido denunciado por violencia de género y resultó absuelto, solicita que se acuerde la custodia compartida de una hija, petición que modificó en el acto de la vista por la de que se estableciera un régimen de visitas de fines de semana alternos y vacaciones. La demanda es desestimada. Y la

⁴⁵ Puede consultarse en <https://rm.coe.int/guia-para-ninos-ninas-y-adolescentes-sobre-la-estrategia-del-consejo-d/1680ae9c6c> a.

sentencia hace un examen exhaustivo de qué ha de entenderse por protección del interés superior de la niña; de la situación concreta de la menor y cómo le ha afectado la situación vivida (consta acreditada una situación de estrés postraumático) y para protegerla, además de no dar lugar a las visitas, acuerda lo siguiente:

1. Prohibir al padre que se acerque a menos de 500 ms. del lugar donde se encuentre la menor, escuela, domicilio etc.
2. Prohibirle cualquier clase de comunicación con la niña, sea contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, bajo apercibimiento de multa conforme al art. 709 LEC y de desobediencia a la autoridad del art. 556 del Código Penal.
3. Como en la demanda se hacen manifestaciones maliciosas sobre la madre, alegando falso SAP, recuerda la sentencia el contenido del art. 11.3 de la LOPIVI, y considera que su utilización puede conculcar las reglas de la buena fe procesal, por lo que se hace advertencia de posible imposición de multa por mala fe y abuso de derecho en el caso en que se siga insistiendo en la utilización del Síndrome de Alienación Parental, SAP, también llamada preocupación mórbida —o cualquier otra fórmula con el mismo prejuicio— en futuras alegaciones, recursos o nuevos asuntos entre las mismas partes, conforme lo previsto en el art. 247 LEC, multa que podrá oscilar entre 180 a 6 000 €.
4. Antes del fallo de la sentencia, en el Fundamento Jurídico DECIMO de la Sentencia, la juzgadora dirige la siguiente comunicación a la menor afectada por el Fallo:

«DECIMO. -Síntesis de la decisión para HHH

De conformidad con la Carta de Derechos de los Ciudadanos y del derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, esta juzgadora emitirá la siguiente comunicación en un lenguaje de fácil comprensión con el ánimo de explicarle a la niña la decisión que se ha tomado en este procedimiento.

Apreciada HHH:

Mi nombre es Isabel y soy la jueza que ha decidido sobre con quién vas a vivir. Los jueces y las juezas tenemos la obligación de proteger los derechos de los niños y las niñas y me gustaría explicarte la decisión que he tomado de forma que puedas entenderla.

Lo primero que quiero decirte es que no te preocupes, que seguirás viviendo con tu mamá y, además, que no tienes que ver ni hablar con el Señor que le hizo daño a tu mamá (tu padre biológico) y que él tampoco puede acercarse a ti y que así se lo hemos dicho para que tú puedas salir a la calle o ir al colegio tranquila y sin miedo.

Para mí han sido muy importantes tus explicaciones a los profesionales que te han escuchado y me han hecho saber que tienes malos recuerdos de cuándo vivías con él. Has sido muy valiente al decirnos algunas de las cosas que te dan miedo y que la razón por la que no quieres estar con él es porque te da mucho miedo que le haga otra vez daño a tu mamá.

Los jueces tenemos que decidir teniendo en cuenta que es lo mejor para ti para que la decisión sea buena para ti y para tu futuro y de lo que estoy convencida es que sentir miedo no es bueno para ti.

Sé que has tenido que contestar a muchas preguntas y seguro que ha sido muy cansado y doloroso, te pido disculpas, pero necesitábamos hacerlo para poder tomar la mejor decisión para ti, para que puedas vivir tranquila y sin temores, al lado de tu mamá, que también ha sido muy valiente al escucharte y cuidarte cuando sentías miedo.

¡Muchas gracias por tu valentía, HHH!».

Para finalizar el análisis jurisprudencial traemos, aunque ya lo hemos citado anteriormente, el voto particular concurrente a la STC núm. 106/2022, de 13 de septiembre de 2022, BOE núm. 253 de 21 de octubre de 2022, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 570/2021 interpuesto por 50 diputados de VOX contra los apartados 10 y 19 del artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La sentencia del TC, que desestima el recurso, es objeto de un voto particular concurrente por parte de las magistradas del TC, Inmaculada Montalbán, María Luisa Balaguer y el magistrado Juan Antonio Xiol, disconformes con la ausencia de perspectiva de género en la sentencia del TC y afirman, entre otros extremos, lo siguiente:

«porque ignora completamente la perspectiva de género, obviando de este modo la razón que llevó al legislador a la aprobación del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio. No es posible ignorar que la norma impugnada surge en desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017...la argumentación de la sentencia obvia totalmente esa conexión de sentido y razona como si las medidas cuestionadas no tuvieran nada que ver con la protección de las madres de los niños y niñas víctimas de violencia de género. La sentencia elige una perspectiva de examen excluyente de la mujer, por más que cite el Convenio de Estambul en un par de ocasiones...Y ello supone, como tantas veces sucedió en el pasado, privar a las mujeres de visibilidad que, siendo madres, viven situaciones de violencia ejercida por sus parejas o exparejas y padres al tiempo de sus hijos e hijas. La sentencia que nos ocupa construye toda la argumentación en torno a los hijos e hijas y a la relación con sus padres, sin introducir en la reflexión el elemento esencial que mediatiza esa relación y que es la violencia contra la mujer. El principio feminista de que “lo que no se nombra no existe”, es una exigencia universal que el feminismo particulariza para las mujeres e integra en su reivindicación de la igualdad como un elemento de importancia. Y en esta sentencia no se interioriza, por más que se cite el Pacto de Estado. No se nombra la violencia contra la mujer. Y no se considera que las medidas controvertidas tienen por finalidad no solo la protección de los hijos e hijas que viven sometidos a situaciones de violencia directa o indirecta, sino la protección de sus madres que pueden sufrir a través del trato que los padres dispensan a los menores, situaciones de violencia vicaria en distinto grado de intensidad».

Estas dos sentencias, una del más alto tribunal y la otra de un tribunal de familia, son paradigmáticas de otra forma de juzgar, equitativa, igualitaria, que no revictimice y que, cumpliendo con la diligencia debida, otorgue a las mujeres víctimas de la violencia machista y a sus hijas e hijos, la protección y la reparación a la que tienen derecho.

13. CONCLUSIONES

1. La perspectiva de género y/o de infancia, a pesar de ser una obligación legal, está ausente en las resoluciones judiciales de derecho de familia, siendo excepcionales las sentencias que razonan y resuelven acerca de la prevención y los daños que la violencia de género ha ocasionado a la mujer y a NNyA.

Habida cuenta de las dificultades existentes para lograr que la interpretación de las leyes y las resoluciones judiciales tengan perspectiva de género y de infancia y adolescencia, se propone al CGPJ la elaboración de un protocolo para toda la Magistratura por el que se facilite juzgar desde un paradigma que incorpore la perspectiva de género y de infancia, alejado de prejuicios y de estereotipos.

2. A pesar de la dualidad competencial atribuida a los juzgados de violencia sobre la mujer por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, esto no repercute en general en que las resoluciones de derecho de familia que dictan aquellos, se pormenorice y concrete sobre la incidencia que la VG ha tenido en los menores y las mujeres y en cómo evitar que se siga produciendo en el futuro, mediante la adopción de medidas idóneas tanto para la mujer como para sus hijas e hijos.

3. Según la Macroencuesta del Ministerio de Igualdad del año 2019, solo el 21,7 % de las mujeres víctimas de violencia machista había denunciado, lo que significa que el 78,3 % restante no lo hicieron. Señala también que el 82,8 % de las mujeres que han sufrido violencia física o sexual, terminaron la relación de pareja. Y que el 89,6 % de las mujeres que han sufrido VG, que tenían hijos cuando se produjeron los actos de violencia, afirman que los hijos eran menores de edad cuando eso ocurrió.

En todos estos casos de VG no denunciada en los que la madre decidió romper la relación con la pareja violenta y existían hijas e hijos menores de edad, la situación de violencia no es detectada en general por los tribunales ni por los equipos psicosociales, cuando intervienen, y por tanto quedan desprotegidos los NNyA.

Para detectar la presencia de violencia machista cuando la mujer que la sufre no presenta denuncia, hay que saber juzgar con perspectiva de género y de infancia.

4. La suspensión de las visitas se produce solo en el 17,97 % de los casos. En todos los demás, el 82,03 %, se debería haber razonado en la sentencia cuales son los motivos por los que se acordaba fijar o mantener las visitas con el padre denunciado, es decir, por qué favorecía el interés superior de los menores el mantenimiento o fijación de las visitas.

La obligatoriedad de la suspensión regulada en el artículo 94 del Código Civil en su nueva redacción no se está aplicando con rigor por nuestros tribunales, quienes se están decantando en una mayor medida por acordar visitas, lo que significa que la prohibición legal la están interpretando como la excepción (cuando es la norma general) y la fijación de las visitas, con un carácter general (cuando es la excepción legal).

5. Hemos constatado que en la mayoría de los casos no se analiza previamente si conviene o no a los NNyA la reanudación de las visitas con el padre al producirse el sobreseimiento del proceso penal,

o si hay absolución o cuando se extingue la responsabilidad penal, lo que acostumbra a llevarse a cabo sin una nueva valoración de la situación de las y los menores. Incluso hemos encontrado casos en los que, en la propia resolución en la que se acuerda la suspensión de las visitas, se prevé ya su reanudación automática cuando se de alguna de las circunstancias descritas. Ello significa que hay cierto burocratismo y desinterés sobre las y los menores al resolver asuntos que les conciernen de manera muy importante.

6. En las situaciones del apartado anterior, de absolución, sobreseimiento o extinción de la responsabilidad penal, si se denegó en su día la petición de custodia compartida por motivos de violencia de género, es frecuente que esta se acuerde una vez desaparecida la causa penal, hasta en un 10,08 % de los casos, sin valorar en ese nuevo momento la adecuación de dicha forma de custodia al interés superior de la o del menor. Lo que significa ignorar las consecuencias de la violencia en los NNyA y darles un tratamiento cosificado, que se traduce en ocasiones en revictimización y da lugar a violencia institucional.

7. En muchos casos en que existe orden de alejamiento se establece que las partes elijan de común acuerdo, una persona que se ocupe de las entregas y recogidas de los niños y niñas mientras subsista la prohibición de acercamiento, lo que entendemos que es contrario a la propia finalidad de la medida de prohibición de acercamiento y se incumple la norma general de fijación de visitas cuando exista un proceso por violencia de género en trámite o con sentencia condenatoria. Una vez más, se considera que un maltratador es un buen padre y se protege más el derecho de este que el de sus hijos e hijas a recuperar una vida en paz.

8. La violencia de género se trata de forma estereotipada en las resoluciones de familia. No se explica qué pasó o cómo pasó y cómo afectó a las mujeres y a las hijas e hijos, para poner en relación con ello las medidas que se van a acordar en la sentencia. Con frecuencia esta se limita a acordar las visitas a través del PEF, tuteladas o no, o a suspenderlas. Hemos encontrado muy pocas sentencias que hayan acordado revisar por los equipos psicosociales del juzgado a los hijos/as pasados un tiempo desde el dictado de la misma, con el importante fin de comprobar su idoneidad.

Lo que significa igualmente una despreocupación y desprotección de los NNyA,

9. Se pasan por alto los efectos que la violencia de género tiene en las mujeres, pero aún más se ignoran los efectos negativos que tiene en las y los menores y con ello se ocasiona denegación de tutela judicial efectiva.

10. Nos llama la atención sobremanera que, en muchos de los procedimientos judiciales estudiados, la posición del Ministerio Fiscal no es proactiva en orden evitar que los NNyA convivan o mantengan relación con el progenitor enjuiciado y/o condenado, solicitando en muchos de los casos amplios regímenes de visitas, que se asemejan con frecuencia a custodias compartidas.

11. A pesar de que la patria potestad puede legalmente suspenderse, limitarse o privar de ella a cualquier progenitor que incurra en causa legal, siendo la violencia de género una de las causas legales, hay enormes resistencias en sede judicial a privar al padre de la patria potestad, de tal manera que, en todas las resoluciones judiciales estudiadas, solo se ha privado en el 2,18 % de los casos.

Y hemos encontrado casos de conductas realmente graves de los padres hacia los hijos e hijas. Se trata de una clara reminiscencia del Derecho romano, conforme el cual todo lo que había en la casa pertenecía al padre, incluyendo, por supuesto, los hijos. Contribuiría a romper con esta obsolescencia que desapareciera el término «patria potestad» de nuestra legislación civil, porque, además de ser discriminatorio al referirse exclusivamente a la potestad del padre, no corresponde al concepto de autoridad compartida por ambos progenitores sobre hijas e hijos menores de edad que establece el artículo 154 del Código Civil.

12. Respecto al SAP, comprobamos que a pesar de que no se mencione por su nombre en informes periciales y resoluciones judiciales, los prejuicios machistas en los que se sustenta siguen estando muy presentes cuando se atribuye a las madres la condición de instrumentalizadas y manipuladoras de sus hijos e hijas cuando reclaman que no se fijen visitas o cuando se oponen a la custodia compartida, incluso en los procedimientos analizados que están precedidos de una denuncia por violencia de género. Ello es asimismo una evidencia de juzgar sin perspectiva de género y de infancia y da lugar a una doble victimización de mujeres, niñas y niños.

13. La invisibilidad de la violencia de género que existe en la mayoría de las resoluciones judiciales analizadas, es la mayor prueba de juzgar sin perspectiva de género y de infancia. En una de las sentencias se afirma que «...no apreciamos la concurrencia de indicios fundamentados de actos de violencia familiar o machista. Se ha registrado un solo episodio... la existencia de una condena penal y de otro proceso penal en trámite...» todo ello es minusvalorado en esta sentencia, que es de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de noviembre de 2022, CENDOJ, ROJ B 4168/2022.

14. Las sentencias adolecen o presentan escasez de datos esenciales para una mejor comprensión de las mismas y para nuestro estudio: sentencias que se dictan por JVM, no hacen referencia al procedimiento penal que se sigue o siguió —en el mismo juzgado—; o no contienen referencia al tipo de violencia de género que se denunció, ni a la situación en la que se encuentra el proceso y ello ocurre porque no se pone en relación la situación de violencia de género con las medidas que se van a acordar. Tampoco encontramos en muchas de ellas las edades de las y los menores y es un dato que tiene importancia relevante para las medidas; ni expresa los ingresos de ambos progenitores para poder valorar la adecuación o no de los importes de las pensiones de alimentos a los ingresos de aquellos.

Al efecto, recordamos que la STC 53/2024, de 8 de abril de 2024, BOE núm. 118 de 15 de mayo de 2024, establece que «la fundamentación ofrecida por el juzgado no satisface el canon reforzado de motivación a la que están sujetas las resoluciones judiciales que resuelven las controversias que afectan a menores».

15. Se ha dejado de derivar a las partes a Mediación Familiar, pero se sigue acordando la remisión a coordinación de parentalidad, o a terapias de «parentalidad positiva», incluso en situaciones de violencia de género. La coordinación de parentalidad se menciona de formas variadas: terapia familiar, tratamiento de parentalidad positiva u otros y en todos los casos la finalidad es la revinculación familiar, o dicho con más propiedad, con el padre.

16. Continúan siendo numerosos los pronunciamientos judiciales con remisión de las partes a terapia y en ocasiones como una obligación impuesta de someterse a ese tratamiento terapéutico, con severas

advertencias en caso de incumplimiento. Por lo que exhortamos al CGPJ con el fin de que recuerde que los juzgadores pueden recomendar, nunca obligar puesto que «Los juzgadores pueden, acogiéndose a dictámenes de expertos exhortar a la realización de tales terapias y también valorar la actitud de los progenitores que prescindan de sus recomendaciones».

17. La pensión compensatoria prácticamente ha desaparecido de las sentencias de derecho de familia. Solo en un 7,73 % de los casos hemos constatado que se acordó, si bien hemos de tener en cuenta que el 49,96 % de los procedimientos son divorcios (que es en los que se puede solicitar y acordar dicha pensión). En todos los casos que se acordó dicha pensión, la acreedora de la misma fue la mujer.

Respecto al importe, es de destacar que la mayoría (el 3,02 % del 7,89 %) es de una cuantía mensual entre 100 y 200 € al mes; el 1,18 % (de ese total de casos, del 7,89 %), no llegan a 100 € al mes y solo en el 0,84 % de los casos, supera los 500 € mensuales. Solo nos hemos encontrado un caso de pensión capitalizada. Podemos concluir que actualmente tiene un carácter residual, a pesar de la brecha salarial existente entre mujeres y varones y a pesar de la mayor dedicación de las mujeres al cuidado de la familia, que es la razón de esta pensión, por ello, teniendo en cuenta que no ha variado el artículo 97 del Código Civil que la regula, afirmamos que estamos ante una modificación legal por vía jurisprudencial, al igual que está ocurriendo con la custodia compartida.

18. Concluimos que el uso del domicilio familiar ha perdido importancia en el debate de la ruptura, discutiéndose al respecto en el 33,31 % de los asuntos. Lo que desbarata el argumento de quien defiende que el uso del domicilio familiar es la fuente de los conflictos en la ruptura.

Si unimos a lo anterior que las pensiones de alimentos que se acuerdan en las sentencias son de una cuantía dramáticamente exigua: el 44,09 % de los casos, la pensión de alimentos para hijos e hijas tiene un importe de entre 100 y 200 € a mes; que la pensión compensatoria ha desaparecido prácticamente y que el uso del domicilio familiar ya no va acompañado de la custodia (porque muchas viviendas son de alquiler o porque se acuerda la venta a la vez que la ruptura), llegamos a la conclusión de que las consecuencias económicas para las mujeres, que en nuestro estudio en un 71,11 % ostentan la custodia de hijas e hijos, son muy importantes. La ruptura familiar continúa siendo para las mujeres una causa de empobrecimiento.

19. Este tratamiento de la violencia de género en nuestros juzgados creados *ad hoc* y en otros con competencia exclusiva y en los tribunales de apelación lo denominamos justicia patriarcal, porque hemos demostrado la situación en la que quedan mujeres y sus hijos e hijas después de sufrir y denunciar la violencia machista; y estamos convencidas de que solo mejorará cuando todos/as los operadores jurídicos, pero fundamentalmente jueces y fiscales y peritos judiciales, cambien el paradigma estereotipado de juzgar y aplicar las leyes bajo esquemas patriarcales y adopten un nuevo paradigma, el de la igualdad, que llamamos perspectiva de género y de infancia. Afortunadamente también nos encontramos con resoluciones que escapan a esta manera obsoleta e injusta de juzgar y en nuestro análisis jurisprudencial hemos querido ponerlas en evidencia y en valor, para que sirvan de ejemplo.

20. Cuando las mujeres y sus hijas e hijos acuden a la Justicia para salir de la violencia machista que sufren y no obtienen la protección que necesitan para iniciar una vida en paz, no solo se les deniega

la tutela judicial efectiva a la que constitucionalmente tienen derecho, sino que se está dando lugar a violencia institucional, por incumplimiento de la norma definida como «diligencia debida» por el Convenio de Estambul, conforme la cual los estados que ratifican el indicado Convenio del Consejo de Europa asumen la obligación de «prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia cometidos por actores no estatales».

14. APÉNDICE

Dos sentencias recientes del Tribunal Supremo.

Una vez que se dio por cerrado el Estudio, pero antes de entregarlo para la corrección y maquetación, se han publicado dos sentencias del Tribunal Supremo en materia de derecho de familia que versan sobre el tratamiento que deben recibir las personas menores de edad en esta clase de pleitos; por lo que, dada la relación que guardan con el contenido de este trabajo y por su procedencia e importancia, se ha creído conveniente comentarlas.

Se trata de las siguientes sentencias:

>Sentencia del TS, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2024, CENDOJ, ROJ: STS 2896/2024, ponente Antonio García Martínez. El procedimiento inicial es de modificación de medidas instado por el padre, interesando el cambio de custodia materna a custodia compartida respecto del hijo común, demanda que fue desestimada en la primera instancia. En apelación, la Audiencia Provincial de Madrid estimó en parte el recurso y acordó la ampliación del régimen de visitas a todos los jueves, con pernocta. Durante la apelación se acordó la realización de un informe psicosocial que recomendó mantener la custodia materna, habida cuenta el deseo del menor de continuar viviendo con la madre y las malas relaciones existentes entre los progenitores. No obstante, ello, la Audiencia Provincial resolvió ampliar los días de visita del menor con el padre, aumentando una tarde y noche a la semana. La madre recurrió en casación y el Tribunal Supremo estimó el recurso, invocando, entre otras, la STC 53/2024, de 8 de abril, para la que «El derecho del menor a ser oído, forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público de inexcusable observancia para todos los poderes públicos y no puede sustituirse por la elaboración de un informe pericial psicosocial en cuya elaboración fue escuchado el menor». Y continúa la sentencia de casación «En el presente caso no se ha oído de forma directa e inmediata al menor (que tenía más de 10 años cuando se dictó la sentencia de primera instancia y más de doce al pronunciarse la de apelación) ni se ha resuelto de forma motivada sobre dicha falta de audiencia. Nada han dicho al respecto ni el tribunal de instancia ni el de apelación. Y esa doble omisión no es correcta, ya que no se ajusta a la normativa legal y a la doctrina jurisprudencial recién citada y de aplicación». En consecuencia, la sentencia resuelve anular la sentencia de apelación y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid para que, antes de volver a dictar sentencia, haga efectivo el derecho del menor a ser oído y escuchado sobre la custodia compartida y la ampliación del régimen de visitas, con posibilidad de conocer de forma directa e inmediata sus opiniones y deseos al respecto.

En conclusión: el informe psicosocial no sustituye la comparecencia para la audiencia del menor.

>Sentencia del TS, Sala de lo Civil, CENDOJ, ROJ: STS 3546/2024, ponente José Luis Seoane Spiegleberg.

En este caso se trata de un procedimiento de divorcio, seguido ante un juzgado de violencia sobre la mujer, cuyo esposo había sido condenado por un juzgado de lo penal por la comisión de tres delitos de violencia machista.

No obstante, lo anterior, los cónyuges habían alcanzado un acuerdo provisional en el que la custodia se atribuía a la madre, la patria potestad era compartida por ambos progenitores, y aunque no se acordaban visitas de los hijos con el padre, sí se establecía un régimen y comunicación telefónica del hijo mayor con el padre, durante determinados días y horas. Este acuerdo provisional fue homologado judicialmente con ese carácter, pero antes de elevarlo a definitivo en la sentencia de divorcio, se emitió informe por el Instituto de Medicina Legal que advertía de la existencia de datos periciales que sustentaban la inviabilidad de mantenerlo, por lo que proponía suspenderlo. Y el juzgado resolvió en la sentencia de divorcio suspender esa comunicación telefónica del padre con el hijo mayor consensuada entre los cónyuges.

Recurrida en apelación la sentencia por el padre, la Audiencia Provincial de Santander desestima el recurso, no obstante, lo cual, sobre la base que, afirma la sentencia de apelación, «Sucede que el resultado de la suspensión de las comunicaciones telefónicas fijadas es la eliminación de cualquier contacto con el padre. Los menores cuentan con 14 y 7 años de forma que, de eliminarse totalmente la posibilidad de contacto con el padre, se producirá una ruptura del vínculo entre ellos...», acuerda de oficio «Establecer un régimen de comunicación, estancia y visitas supervisadas del padre con sus hijos, durante los dos primeros meses, de una hora con cada uno de ellos por separado, el sábado o el domingo de todas las semanas que se realizará a través del PEF sito en ... siendo decisión del centro el día y hora concretos según disponibilidad».

La sentencia de casación estima el recurso de la madre y deja sin efecto el régimen y comunicación entre padre e hijos acordado por la audiencia provincial, sobre la base de los siguientes razonamientos:

«Pues bien, en el presente caso, concurren las circunstancias siguientes, que adquieren especial relieve para la resolución del recurso de casación interpuesto, cuales son:

- (i) La condena penal del demandado como autor de tres delitos de violencia de género, bajo la modalidad de maltrato habitual. Actos delictivos llevados a efecto, incluso en presencia de los menores, que sufrieron de forma directa el impacto psicológico negativo de las agresiones físicas y morales que el padre ejerció con reiteración sobre la madre de los niños, la cual constituye para éstos el principal punto de referencia afectiva y de dependencia segura. Esta situación llegó al punto de que el hijo mayor asumiese medidas de protección de la familia, frente a la violenta conducta de su padre, manifiestamente impropias para su edad y trato que merece de su progenitor. Incluso, el padre instrumentaliza a los hijos como componentes de la violencia ejercida sobre la que fue su mujer cuando, según la declaración de hechos probados de la sentencia penal, la amenaza al decirle: “te voy a quitar a los niños, voy a desaparecer con los putos críos, otras por menos están muertas, no me jodas con los niños».
- (ii) No fueron los expuestos hechos aislados, sino que responden a un consolidado patrón de conducta, que el informe sociofamiliar valora con características de cronicidad, sin indicadores de evolución favorable. Se describe, en dicho dictamen, un ambiente de tensión, miedo y alerta constantes durante la convivencia con el demandado, con estrategias de evitación, protección y supervivencia por parte de la madre, así como del hijo mayor antes destacadas.

- (III) El padre no ha interiorizado las consecuencias de su conducta y los daños que genera su comportamiento a sus propios hijos. Llevó a efecto un curso de reinserción, que valora como negativo, ya que no le produce beneficio alguno: «sólo se habla de emociones y escucho problemas de los demás, yo ya tengo bastantes»; manifiesta su desaprobación ante el sistema judicial y la legislación actual; considera que no ha sido escuchado por nadie y refiere notables perjuicios para «la ley de las pelotas», «vaya pegatina me han metido». Consume, con habitualidad, alcohol y cannabis. Tampoco está dispuesto a someterse a tratamiento.
- (iv) Son evidentes las faltas de habilidades del demandado para asumir el rol de padre con respecto a sus hijos; precedentemente su figura ya se hallaba ausente en la crianza y rutinas diarias de los menores. Lejos de constituir punto de apego y referencia para sus hijos aparece vinculado a emociones y percepciones negativas.
- (v) La existencia de malos tratos psíquicos con respecto a los menores, los refiere la propia sentencia de la audiencia cuando transcribe algunas de las palabras que el demandado pronuncia, y que valora como comentarios despectivos y humillantes, desvalorizaciones y desprecio hacia su hijo mayor que le sirve de interlocutor, y que excluye además sean proferidas como broma en atención a la edad de su hijo y su habitualidad.
- (vi) En el informe pericial se aprecian en el hijo mayor indicadores compatibles con los efectos que la violencia de género produce en los niños y niñas: tendencia al aislamiento, conflictos de lealtades, sentimientos de culpa, dificultad en la expresión y manejo de emociones, tendencia a minimizar o restar importancia a las situaciones vividas y parentalización, con asunción de roles tuitivos con respecto a madre y hermano pequeño, que precisan una intervención interdisciplinar para su reparación.
- (vii) El informe refleja que «hay datos de interés pericial suficientes compatibles con maltrato psíquico a través de actos verbales y no verbales, que degradan a su hijo [...] y de la transmisión de valores morales antisociales». Según entrevista colateral con la psicóloga de los Servicios Sociales de DIRECCION002 están valorando iniciar intervención psicológica reparadora con respecto al hijo mayor.
- (viii) El informe pericial elaborado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cantabria adquiere especial importancia en casos como el presente, en tanto en cuanto pertenece al ámbito de las ciencias de la conducta, dentro de cuyos campos propios de actuación se encuentran la realización de juicios de predicción científica con respecto a los comportamientos humanos y sus consecuencias sobre los procesos emocionales que desencadenan; pues bien, dicho dictamen concluye que el interés de los menores radica en la suspensión actual del régimen de comunicación con el padre, ya que, de mantenerse en el tiempo, comprometerá seriamente el desarrollo futuro y la integración en la vida adulta de los menores.

QUINTO. - Estimación del recurso.

Siendo así las cosas como así son, no compartimos el criterio de la sentencia recurrida cuando fija, de oficio, un régimen de comunicación de padre e hijos en un punto de encuentro. Esta medida

la dejamos sin efecto, en tanto en cuanto no se produzcan cambios debidamente constatados en la aptitud y comportamientos 10 JURISPRUDENCIA disfuncionales del demandado, que permitan revisarla, en su caso, en un procedimiento ulterior de tal clase (art. 775 LEC). En efecto, con los datos obrantes en autos, entendemos que las causas que originaron la crisis familiar siguen latentes, enquistadas y no superadas, lo que perjudica el interés superior de los niños con respecto a los cuales no entendemos beneficioso los contactos con el demandado, al no ofrecerse atisbos de que vayan a discurrir por derroteros distintos a los que resultan de las pruebas practicadas, toda vez que no se aprecien indicadores de evolución favorable del comportamiento paterno como se destaca en el informe pericial, que responde a un patrón de conducta inasumible perjudicial para sus hijos. La existencia de vínculos de descendencia no implica necesariamente, en ineludible vinculación, que las visitas sean fijadas cuando se reputen contraproducentes para el desarrollo de la personalidad de los niños. En condiciones normales, los contactos entre padres e hijos son beneficiosos, pero no siempre tienen que serlo. Por todo ello, en virtud del conjunto argumental antes reseñado, consideramos que actualmente la comunicación entre padre e hijos es contraria al interés y beneficio de los menores, lo que determina que el recurso, apoyado por el Ministerio Fiscal, deba ser acogido.

La sentencia comentada es un ejemplo de cómo el interés superior de los menores es, no solo compatible con la suspensión de las comunicaciones y estancias de los hijos e hijas con los padres maltratadores, sino que la suspensión de todo contacto puede ser la única forma de proteger su derecho a vivir y desarrollarse en paz.

15. BIBLIOGRAFÍA

- Barea Payueta, Consuelo (2013). *Justicia Patriarcal. Violencia de Género y Custodia*. Barcelona: Tirant Editorial.
- Barea Payueta, Consuelo y Vaccaro, Sonia (2009). *El pretendido Síndrome de Alienación Parental*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2019). Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia. Disponible en:
<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-depensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensionesalimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ>
- . (2022). Informe anual sobre violencia de género 2022. Disponible en:
[file:///C:/Users/Admin/Downloads/Violencia%20sobre%20la%20mujer%20-%20A%C3%B1o%202022%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/Violencia%20sobre%20la%20mujer%20-%20A%C3%B1o%202022%20(3).pdf)
- . (2023). Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Informe anual sobre violencia de género 2023. Disponible en:
[file:///C:/Users/Admin/Downloads/Violencia%20sobre%20la%20mujer%20-%20a%C3%B1o%202023%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/Violencia%20sobre%20la%20mujer%20-%20a%C3%B1o%202023%20(4).pdf)
- CONSEJO DE EUROPA (2011). Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul). Disponible en
<https://rm.coe.int/1680462543>
- El Correo, 23 de marzo de 2024. Disponible en:
<https://www.elcorreo.com/sociedad/fien-maltratadores-pacten-20240322003457-ntrc.html>
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO (2023). *Memoria 2023 de la fiscalía general del Estado*. Disponible en:
https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/index.html
- Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO). Disponible:
<https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio>
- GREVIO (2021). Primer informe de evaluación. España. Grupo de expertos en la Lucha contra la Violencia sobre la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO). Convenio de Estambul. Consejo de Europa. Disponible en:
https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_24/pdfs/71.pdf
- Informe de la Asamblea General de la ONU, Consejo de Derechos Humanos, de 13 de abril de 2023, sobre “*Custodia, violencia contra las mujeres y violencia contra los niños*”. Disponible en:
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g23/070/21/pdf/g2307021.pdf?token=JDPZtFeq4TWdgZaQhh&fe=true>

- Informe de la RELATORA ESPECIAL sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Asamblea General de la ONU, 32 periodo de sesiones. 19 de abril de 2016.
- Cacho Evangelista, Fermín (1982). *Derecho Privado Romano I*. Fermín Camacho Evangelista. 1982. ISBN 84-300-6508-3.
- Carracedo Cortina, Sandra (2019). *Menores testigos de violencia entre sus progenitores: repercusiones a nivel psicoemocional*. Sandra Madrid: 5-COLECCIÓN Premio de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género a Tesis Doctorales sobre Violencia de género.
- Defensor del Pueblo (2014). Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión Judicial de medidas de protección y procesos de familia. Madrid.
- Lozano Corbi, Enrique (1997) «La causa más conflictiva de disolución del matrimonio: Desde la antigua Sociedad Romana hasta el Derecho Justiniano» en *Revista de Relaciones Laborales* ISSN 1133-3189 Nº 4-5 pag. 181-194. Zaragoza.
- Mackinnon, Catherine (2005). *Le Féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*. París: Des Femmes Antoniette Fouque.
- Marín de Espinosa, Blanca (1999). «La intervención del Derecho Penal en los castigos a los hijos, un análisis comparado» en *Revista Electrónica Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 01.07.1999. Granada.
- Marín Salmerón, A (2023). «La constitucionalidad de la suspensión del régimen de visitas previsto en el artículo 94.4 del Código Civil» en *Estudios de Derecho Privado y Constitución*, número 43, pp 121-167. Murcia.
- Miquel, Joan (1984). *La Patria Potestas, Lecciones de Derecho Romano*. Tema 44. Barcelona: Promoción Publicaciones Universitarias.
- Olson, Eric, «Familia niños y delincuencia: La violencia como herencia». 20.06.2018, Blog: SIN MIEDOS. [Familia, niños y delincuencia: La violencia como herencia \(iadb.org\)](https://www.iadb.org/).
- Ravetllat Ballesté, Isaac (2015). *El Interés superior del niño: concepto y delimitación del término*. Barcelona: Educatio Siglo XXI, Revista Facultad de Educación Universidad de Barcelona.
- . (2015). «La capacidad natural como criterio de determinación del derecho del niño a ser escuchado en los procesos matrimoniales» en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* ISSN-e 2341-0566 bº 7. Madrid.
- Roca Trías, Encarnación (2015). *Dura Lex Sed Lex o cómo integrar el Interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada*. Madrid: Boletín del Ministerio de Justicia Año LXIX Núm. 2179 junio 2015.
- Rocamora Rocamora, Carmen maría (2022). *Condición Jurídica de la Mujer en Derecho Romano*. Trabajo de Fin de Grado curso 2021-2022. Elche (Valencia): Universidad Miguel Hernández, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Grado en Derecho.
- Stein, Peter G. (1999). *El Derecho Romano en la Historia de Europa*. Madrid. Siglo Veintiuno de España Editores S.A.

UNICEF «Cuáles son las consecuencias de la violencia en la crianza» 29.06.2020 <https://www.unicef.org/uruguay/crianza/etapa-escolar/cuales-son-las-consecuencias-de-la-violencia-en-la-crianza>.

VV. AA. «Romanas, visigodas y bizantinas: Una experiencia de innovación docente en clave de género» en *Revista de Educación y Derecho*. ISSN 2013-587X, ISSN-e 2386-4885 número 20. Universidad y Género. Barcelona, Vigo. Autoras: María José Bravo Bosch, María Eugenia Ortuño Pérez, Alicia Valmaña Ochaíta, Jaime Vizcaíno Sánchez, Rosalía Rodríguez López, M^a Elena Ruíz Valderas, María Salazar Revuelta, Gema Vallejo Pérez, Esperanza Osaba García.