

LA TUTELA DEL MENOR VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE
GÉNERO. MARCO NORMATIVO PROCESAL Y PENAL

*THE PROTECTION OF THE MINOR VICTIM OF GENDER
VIOLENCE. PROCEDURAL AND CRIMINAL REGULATORY
FRAMEWORK*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 650-689

M^a. Asunción
COLÁS
TURÉGANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de marzo de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El ordenamiento jurídico español dispensa una tutela específica a las víctimas de la violencia de género, en el trabajo se aborda la situación jurídica de los menores que dependen de la mujer víctimas de ésta. Se analiza su situación procesal y, especialmente, los recursos penales para su tutela. De manera particular se examina la agravante de cometer el hecho en su presencia y las penas que afectan a la patria potestad.

PALABRAS CLAVE: Violencia de género; menores; medidas cautelares; privación patria potestad.

ABSTRACT: *The Spanish legal system provides specific protection for victims of gender violence, the paper addresses the legal situation of minors who are dependent on women victims of this type of violence. It analyses their procedural situation and, in particular, the criminal remedies for their protection. In a particular way, the aggravating circumstance of committing the act in their presence and the penalties that affect parental authority are examined.*

KEY WORDS: *Gender violence; minors; precautionary measures; deprivation of parental authority.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA TUTELA DEL MENOR, VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO, EN EL PROCESO PENAL.- I. LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.- 2. Procedimiento de especial protección para menores y discapacitados en el Estatuto de la Víctima del Delito.- 3. Tutela procesal de la menor, víctima de la violencia de género ejercida por otro menor.- III. LA TUTELA DEL MENOR VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE EL DERECHO PENAL.- I. Agravante específica de cometer el hecho en presencia de menores.- 2 Las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento.- A) Criterios aplicativos.- B) Evolución jurisprudencial.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Sabido es que la violencia de género es una lacra que afecta a las mujeres, condicionando su vida cotidiana y poniendo en serio riesgo su dignidad y, lo que es más importante, su salud física, psíquica, incluso su vida. Pero no solo la mujer es víctima de esta específica forma de violencia, desde hace algunos años se ha destacado por parte de la doctrina, la existencia de otras víctimas colaterales que sufren, junto a la mujer, los daños de esta delincuencia¹: los hijos menores de edad que conviven con ella son víctimas silenciosas de los estragos que esta modalidad delictiva provoca en sus madres y son también, muchas veces, víctimas directas de la misma. Como han concluido investigaciones en el ámbito de la psicología, la exposición del menor a la violencia que ejerce el maltratador sobre su madre repercute ineludiblemente en su desarrollo psicosocial².

- 1 El maltratador proyecta en los seres queridos de la mujer su violencia, siendo estos muchas veces testigos mudos y vulnerables, situación que se da de manera especial con los más débiles: niños y animales BERNUZ BENEITEZ, M. J.: "El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas", *Revista de Victimología*, núm. 2, 2015, pp. 97 y ss. ROSSER LIMIÑANA, A.: "Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España", *Papeles del Psicólogo*, núm. 38 (2), 2017, pp. 116-124. Sobre los diferentes efectos a corto y largo plazo de la exposición de los menores a esta violencia, CARAVACA LLAMAS, C. D. "Las otras víctimas: consecuencias y reconocimiento legal de los menores de edad víctimas de la violencia de género ejercida en el hogar", *Boletín Criminológico. Instituto andaluz universitario de Criminología*, núm. 191, 2020, pp. 1-21.
- 2 ROSSER LIMIÑANA, A.: "Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España", cit., p. 117. Sobre el perfil y los efectos del maltrato en el menor vid. CASALS FERNÁNDEZ, Á.: "La tutela penal de los menores como víctimas y testigos de la violencia familiar en España", *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, Especial, núm. 5, 2019, pp. 7 y ss. OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: *Informe del grupo de trabajo de investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género*. Centro de publicaciones. Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2011, p. 617. Como se señala en las conclusiones del informe, los menores expuestos a la violencia de género "pueden sufrir graves perjuicios en su desarrollo físico, psicológico y emocional". MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.

• M^a. Asunción Colás Turégano

Profesora Titular de Derecho Penal. Codirectora del Master Oficial en Criminología y Seguridad de la Universitat de València. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural y derecho penal, violencia contra la mujer, delitos contra la intimidad y la propia imagen. Correo electrónico: asuncion.colas@uv.es.

La particularidad de las víctimas de la violencia de género se encuentra en esa especial relación que las une con el agresor lo que hace doblemente aflictiva su situación, dando lugar a una doble victimación, del delito y de sus propios miedos, encerradas en una prisión emocional que les impide percibir con claridad el alcance de la agresión de la que son objeto³. No cabe olvidar que la violencia de género es una violencia estructural construida a lo largo de la historia y fuertemente enraizada. Precisamente, una de las vías de su perpetuación es la imitación. Por ello es tan importante abordar y tratar a los menores testigos, con el fin de romper la cadena de transmisión intergeneracional⁴.

Pervive en el imaginario colectivo la muerte de Ruth y José, los niños de Córdoba asesinados por su padre, José Bretón⁵, como especial forma de venganza hacia la madre cuando esta decide poner fin a la convivencia⁶. Especialmente significativo, por la trascendencia jurídica del caso fue el de Ángela González Parreño, madre de una niña de 8 años, asesinada por su exmarido y padre de la menor. El recurso de esta mujer contra el Estado Español por la falta de tutela hacia su hija llegó hasta el Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer. El dictamen⁷ de este organismo, emitido en 2014, ha sido determinante en las modificaciones que, ante este problema, se han realizado en la legislación española⁸.

Nuestro ordenamiento ha ido avanzando en la tutela jurídica de las mujeres y de sus hijos, quizá uno de los hitos más destacados en este recorrido fue la aprobación en el año 2003 de la orden de protección, verdadero estatuto jurídico de la mujer maltratada, también de sus hijos. La misma permite al juez de instrucción la adopción de medidas cautelares penales y civiles.

B.: "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género", *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2018, pp 3-4.

- 3 Sobre la especial relación de la víctima con el victimario en los delitos de género BORGES BLÁZQUEZ, R.: "Obligaciones estatales positivas de prevención y medidas de protección civiles para víctimas de violencia doméstica y de género. Una apuesta a favor de su regulación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 903.
- 4 Destaca en los estudios este efecto de perpetuación de los patrones violentos y de sumisión. En las conclusiones del Informe sobre los menores en el entorno de la violencia sobre la mujer se afirma: "En menores que han vivido directamente la violencia de género existe el riesgo de que los niños y niñas repitan patrones de violencia vividos en su familia. Puede suceder que los niños acaben convirtiéndose en maltratadores y en el caso de las niñas, se ha determinado una mayor predisposición a ser víctimas en sus relaciones futuras de pareja". OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: *Informe del grupo de trabajo*, cit., p. 618.
- 5 Un estudio criminológico del caso en GARRIDO GENOVÉS, V./LÓPEZ LUCIO, P.: *El secreto de Bretón. El caso que ha conmocionado a España y a la criminología*, Planeta, Barcelona, 2013. También: MARCHENA JURADO, A.M^o.: "Análisis multidisciplinar de un doble asesinato: el caso 'Bretón'", *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, núm. XI, 2018, pp. 129-153.
- 6 Sentencia de la AP de Córdoba (Sección 3^a), 1/2013, de 22 de julio de 2013.
- 7 Dictamen 47/2012, de 16 de julio de 2014.
- 8 Un análisis del recorrido judicial de la reclamación en MAYORDOMO RODRIGO, V.: "Aspectos victimológicos y criminológicos de la tutela penal reforzada de las/os menores de edad víctimas de delitos. El superior interés del menor frente al interés del progenitor maltratador", en PÉREZ MACHIO, A. I. (dir.): *La integración social della menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 603 y ss.

Es necesario, asimismo destacar las reformas del sistema de protección jurídica del menor llevadas a cabo en el año 2015. La LO 1/96 de protección jurídica del menor fue modificada mediante dos leyes: ley 26/2015, de 28 de julio y LO 8/2015, de 22 de julio, una reforma amplía del sistema que dedica parte de su atención a la situación de los menores, víctimas de la violencia de género. La nueva redacción de la ley establece en su art. 11.2.i), entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, la protección contra todo tipo de violencia incluida la violencia de género y la producida en el entorno familiar.

Entre las medidas específicas adoptables en situaciones de desprotección social del menor, el art. 12 en su apartado 3, específicamente dispone que:

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

Por otro lado, la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio modifica el art. 1.2 de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante LIVG) que incorpora, como novedad fundamental, la consideración a los menores como víctimas directas de la violencia de género ejercida sobre su madre⁹. Si bien, la LIVG ya había incorporado, desde su aprobación en 2004, medidas específicas de protección para los menores¹⁰, la reforma del 2015 profundiza en los mecanismos de tutela como tendremos ocasión de analizar.

Como claramente explicita la exposición de motivos de la ley de reforma, la exposición continuada de un menor a un clima de violencia de género puede contribuir a perpetuar el ciclo de la violencia, urge por ello implementar mecanismos para dotar a dichos menores de factores de protección que contribuyan a mitigar dicha situación de riesgo, de lo contrario, como han apuntado los expertos, la exposición continuada de un menor a dicha violencia puede provocar que en

9 Dispone el precepto tras la reforma: art.1.2 “Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”. Además de dicha consideración, tiene singular relevancia y será abordado en el trabajo la reforma de los arts. 61, 65 y 66 en los que se recoge la obligación de los jueces de pronunciarse -no de imponer- sobre las medidas cautelares y de aseguramiento...medidas civiles que afectan a los menores a cargo de la mujer víctima de la violencia de género

10 . Entre las medidas de tutela específica de los menores, víctimas de la violencia de género, encontramos el derecho a la escolarización inmediata de los menores afectados por un cambio de residencia derivado de actos de violencia de género (art. 5); a la asistencia social integral “con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género.” (art. 19.5)

un futuro, dicho menor desarrolle más conductas agresivas y antisociales, puede tener también repercusiones en su desarrollo psicosocial, puede en definitiva convertirse en un mecanismo de aprendizaje de conductas violentas¹¹.

Asimismo, cabe tener en cuenta también la regulación contenida en el Estatuto jurídico de la víctima del delito, L 4/2015 (en adelante EVD) que contempla previsiones específicas de tutela de la víctimas, especialmente de las más vulnerables en la idea de prevenir¹² situaciones de victimización secundaria.

Otra situación que se produce con cierta frecuencia, es la de las menores víctimas directas de la violencia de género que ejerce sobre ellas, normalmente otro menor. Dicha circunstancia, el que víctima y victimario sean menores de edad merece un análisis específico pues, en este caso, hay que atenerse a la aplicación de la LO Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORRPM) en la exigencia de responsabilidad al menor victimario pero también en cuanto a la tutela procesal de la menor víctima y cabrá examinar hasta qué punto la legislación de menores se ha desarrollado para dar una protección completa a dicha menor, guardando el difícil equilibrio entre dos intereses, ambos superiores, el del menor infractor y el de la menor víctima.

Finalmente, es de destacar la especial sensibilidad del Código Penal (en adelante CP) respecto a los colectivos vulnerables, recogiendo supuestos de especial agravación cuando se ven afectados menores. Lo encontramos en los denominados delitos de género en los que se contempla un supuesto cualificado cuando el hecho se “perpetra en presencia de menores”. En el ámbito de las consecuencias, el CP establece la posibilidad de imponer bien como pena principal, bien como accesoria la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, así como la privación de la patria potestad.

En definitiva, resulta de gran interés analizar los mecanismos penales y procesales previstos para la tutela de estas víctimas especialmente vulnerables, su efectividad y las posibilidades de mejora de los mismos. Es el propósito del presente trabajo, la aproximación a aquellas normas penales y procesales que

11 OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: *Informe del grupo de trabajo*, cit., pp. 561-562. BESTEIRO DE LA FUENTE, Y.: *Informe del grupo de trabajo de investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011. Menores sujetos, en muchas ocasiones, a entornos conflictivos. RUIZ RUIZ, M. R.: “Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de ley de protección a la infancia”, *Revista de Derecho UNED*, núm.15, 2014, pp. 521 a 543.

Los niños testigos de la violencia presentan más conductas agresivas y antisociales, siendo la violencia de género un modelo de aprendizaje de conductas violentas. ROSSER LIMIÑANA, A.: “Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España”, cit., *passim*

12 Entre otras la apelación a la figura del Defensor Judicial del menor, sobre la misma vid.: SERRANO GIL, A.: “El defensor judicial”, en PONS DE LA FLOR, M. P. (coord.): *Protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 213-227.

tiene como objetivo prioritario el amparo de los menores, “las otras víctimas” de esta modalidad de violencia.

II. LA TUTELA DEL MENOR, VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO, EN EL PROCESO PENAL.

I. LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.

En el año 2003 se modifica la Lecrim para introducir la orden de protección en su art. 544 ter, un verdadero estatuto jurídico con diversas medidas dirigidas a tutelar a la víctima de la violencia de género. De esta forma, pretende este recurso procesal aunar en un solo instrumento los mecanismos de tutela, incorporando medidas cautelares civiles, administrativas y penales con la finalidad de coordinar los distintas instancias y de facilitar a la mujer el acceso a los recursos para su protección. Encontrando, desde su introducción, referencias explícitas a las medidas enfocadas a la tutela de los menores integrantes de la familia en la que se ha dado el episodio de violencia de género.

Un año más tarde, la LIVG crea los juzgados de violencia sobre la mujer a los que atribuye competencias no solo para la adopción de medidas cautelares penales durante la tramitación del proceso, sino también de las medidas civiles pertinentes, entre las que encontramos expresamente referenciadas, las dirigidas a la tutela del menor, como el pronunciamiento sobre el ejercicio de la patria potestad.

Así pues, la LIVG desde su primera redacción recoge referencias explícitas a los menores que conviven en un entorno de violencia doméstica. Ya en su Exposición de Motivos se reconoce que los menores que conviven con la mujer se ven afectados por las situaciones de violencia padecidas por esta, considerándolos víctimas directas o indirectas de la situación. Contempla la ley de forma expresa su protección, no solo para tutelar sus derechos, sino también, para garantizar de manera más efectiva las medidas de protección a la mujer. En el texto articulado, el art. 61 fijaba la obligación del juez de pronunciarse sobre la adopción de medidas cautelares.

La novedad que ha incorporado la reforma de la LO 8/2015 consiste en considerar al menor que convive con la mujer víctima de la violencia de género, que él mismo sea considerado, asimismo, víctima directa de este tipo de violencia. La nueva redacción dada al ap. 2 art. 1 de la LO 1/2004 así lo dispone:

Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las

mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

Los menores pasan a ser considerados víctimas directas de esta violencia, sin embargo, como se ha encargado de destacar la doctrina, estamos ante un mero cambio nominal en lo que a su consideración como víctimas se refiere. Cambio nominal que, sin embargo, acusa un trasfondo conservador en la concepción que el legislador español tiene de la violencia de género, pues con este giro la ley viene a transformarse "en una especie de Ley contra la violencia doméstica"¹³. frente a las posiciones más avanzadas que visibilizan la violencia de género fuera del entorno familiar para contemplar todas las situaciones en las que se utiliza la misma para perpetuar la discriminación de la mujer dentro, pero también fuera del ámbito doméstico¹⁴.

No obstante, la reforma del sistema de protección de la infancia y adolescencia del 2015 es bienvenida, pues incide en la necesidad de que el juez haya de pronunciarse específicamente sobre la procedencia de las medidas cautelares de naturaleza civil dirigidas a la tutela de los menores convivientes. Efectivamente, el reformado art. 61 dispone en su ap. 2:

En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.

Si bien la obligación de resolver de forma expresa sobre las medidas cautelares y de aseguramiento ya era recogida por la ley, la reforma incide en la precisión de pronunciarse especialmente por las medidas más directamente enfocadas a la tutela de los menores, concretamente en los arts. 65 y 66.

13 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género", cit., p. 10.

14 En esta dirección, la definición que se da en el Convenio del Consejo de Europa contra la violencia contra las mujeres (Convenio de Estambul, 2011) que define esta violencia en su art. 3. A, afirmándose que se entiende "por 'violencia contra las mujeres' se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada".

De esta forma, el art. 65 establece la posibilidad de suspender al inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad y otras funciones tuitivas, y en el art. 66 se recoge la posible suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. La reforma de 2015 ha incorporado la obligación de pronunciarse, caso de no acordar la suspensión, sobre cómo se ejercerá la patria potestad y el régimen de estancia de los menores. Finalmente, se establece que el juez obligatoriamente “adoptará” las “medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

Se persigue, de esta forma, intensificar la protección de las mujeres, pero especialmente de los menores, mediante la obligación de pronunciarse, y además con la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de las víctimas así como con la nueva obligación de seguimiento¹⁵. Son medidas que asimismo se recogen en el art. 544 quinquies de la Lecrim y que se pueden adoptar durante la tramitación de la causa penal en el marco de la orden de protección regulada en el art. 544 ter de la Lecrim.

2. Procedimiento de especial protección para menores y discapacitados en el Estatuto de la Víctima del Delito.

La aprobación del Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015 de 27 de abril en cumplimiento de la Directiva 2012/29/UE, ha supuesto un avance notable en la tutela de los derechos procesales de las víctimas. Más allá de críticas puntuales, por el excesivo papel otorgado a estas en fase de ejecución de la pena¹⁶, lo cierto es que era necesaria una regulación integral tendente a neutralizar los daños que el proceso provoca a las víctimas. En el estatuto se regulan los derechos de estas durante el proceso y se hace especial hincapié en la minimización de los daños que este les puede ocasionar desarrollando su estatuto jurídico sobre la base de los cinco principios sobre los que internacionalmente se ha fijado su defensa: información, asistencia, participación, protección y reparación¹⁷.

15 Pese a la previsión expresa de adoptar dichas medidas cautelares, los estudios sobre su aplicación práctica desvelan que las mismas se han aplicado en escasas ocasiones: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género”, cit., p. 11. RUIZ RUIZ, M. R.: “Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de ley de protección a la infancia”, cit., p. 530. En estudios recientes se pone de manifiesto que, a pesar de las reformas de 2015, el porcentaje de medidas de naturaleza civil para la protección del menor durante la instrucción del procedimiento, sigue siendo muy bajo, ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, M.: “La protección de las hijas y los hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género. Especial consideración de la privación e inhabilitación de la patria potestad en el proceso penal”, en PÉREZ MACHIO, A. I. (dir.): *La integración social de la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 660-661.

16 RENART GARCÍA, F.: “Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-14, 2015, pp. 1-68.

17 Ya en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y el abuso de poder* (1985) en el VII congreso para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (1985) Más recientemente así se recoge en la Directiva 2012/29/UE.

Los menores son objeto específico de tutela, puesto que ya en el art. 1, al establecer el ámbito de aplicación de la ley, se especifica que sus disposiciones serán aplicables a las víctimas de delitos cometidos en España...con independencia...de si son mayores o menores de edad.

Por otro lado, el Estatuto contempla de manera expresa la situación de los hijos de las mujeres víctimas de la violencia de género tanto en el Preámbulo, en cuyo ap. V expresamente, se afirma:

Igualmente se busca visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral.

Como en el texto articulado, al disponerse en el art. 10, ap. 3

Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley.

De esta forma, el EVD pretende encarar la doble fragilidad de los menores en esta situación, en primer lugar, debe dárseles un trato especial por ser víctimas de la violencia de género y por ello se les debe facilitar información sobre la causa penal, sin necesidad de que expresamente lo tengan que solicitar, al informárseles de oficio, salvo que expresamente manifiesten lo contrario (Art. 7.3 EVD). Asimismo, van a tener derecho al resto de medidas de asistencia y protección previstas.

Por otro lado, en su condición de víctima especialmente vulnerable por su menor edad, el Estatuto, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24 de la Directiva 2012/29/UE, dedica a dicha condición una regulación específica en su art. 26 intensificando la tutela, centrada en dos previsiones concretas.

En primer lugar, destaca por su importancia la previsión de que la declaración prestada por el menor en la fase de investigación sea grabada por medios audiovisuales, pudiendo ser reproducida, posteriormente, en la fase de juicio oral en el caso y con las condiciones fijadas en la Lecrim, con el fin de minimizar el impacto que las formalidades procesales puedan tener en el menor. También se prevé que el menor pueda prestar la declaración mediante expertos con formación especializada en el trato con menores.

En segundo lugar, sobresale por su novedad en el ámbito del proceso penal la posibilidad de nombrar un defensor judicial al menor (art. 26.2 EVD). La figura tiene un carácter tuitivo y protector, dirigida a los supuestos en los que los intereses del menor y los de sus representantes legales están enfrentados. Tiene igualmente, como notas características, su carácter ocasional y su compatibilidad con el resto de mecanismos tutelares e incluso con la patria potestad¹⁸.

La figura del defensor judicial era conocida en el ámbito civil¹⁹ pues el Código civil (en adelante CC) la regula en los arts. 163 y 299 a 303, sin embargo, hasta el año 2015, no había ninguna referencia a la figura en el ámbito de la jurisdicción penal. Únicamente, la LORRPM 5/2000 al regular en su art. 17 la declaración del menor detenido ante la policía, indica que este estará acompañado además de por un letrado y por sus representantes legales, salvo, con relación a estos últimos, que las circunstancias aconsejen lo contrario²⁰. En este caso, que podría estar relacionado con un posible conflicto de intereses del menor con sus progenitores, la LORRPM especifica que aquel estará representado por un fiscal distinto del instructor del expediente.

La reforma de la LOPJM mediante la la LO 8/2015 refuerza la regulación de la figura en el ámbito de la protección de menores. En la exposición de motivos de la ley de reforma, se indica que la finalidad de la figura estriba en reforzar la tutela judicial efectiva de los menores. El reformado art. 2, dedicado a la concreción del principio del superior interés del menor, incluye en su ap. 5 la posibilidad de nombrar un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con los progenitores, tutores o representantes legales. Asimismo, el art. 10.2 e) recoge el derecho del menor a la asistencia legal y al nombramiento de un defensor judicial... para la protección y defensa de sus derechos e intereses.

Es, sin embargo, como hemos adelantado, el nuevo EVD el que contempla la regulación específica de la figura en el ámbito penal con algunas particularidades procesales que conviene tener en cuenta. En concreto el art. 26.2 del EVD dispone que:

18 SERRANO GIL, A.: "El defensor judicial", cit., p. 214.

19 BOADO OLABARRIETA, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 49, septiembre de 2019, p. 43.

20 Apunta BOADO OLABARRIETA que, en la práctica, la apelación a las circunstancias que pueden aconsejar que el menor no esté representado por sus progenitores está relacionado con la existencia de algún conflicto de intereses con los titulares de la patria potestad. BOADO OLABARRIETA, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 52.

el Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

- a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.
- b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.
- c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

En el supuesto concreto del menor, víctima de la violencia de género ejercida sobre la madre, puede generarse un conflicto de intereses con ambos progenitores²¹ que aconseje el nombramiento de un defensor. El conflicto puede darse con el padre que utilice al menor como instrumento para ejercer violencia vicaria sobre la mujer; pero también con la madre que puede encontrarse incapacitada de reaccionar frente al agresor por su dependencia emocional, económica o, simplemente, por miedo. En estos casos, lo más adecuado y conveniente para el interés del menor, será nombrar un defensor judicial que vele por sus intereses en el proceso.

En la jurisdicción civil el conflicto con los progenitores, considerado como algo excepcional²² suele estar relacionado con discrepancias económicas, si bien tras la reforma del CC de 1981, también es admisible el nombramiento en casos de conflicto de carácter personal²³. No obstante, en la práctica de los tribunales en la mayoría de los casos el nombramiento va dirigido a proteger el patrimonio e intereses económicos del menor.

21 Así lo expone BOADO OLABARRIETA, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 48.

22 BOADO OLABARRIETA, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 63

23 BOADO OLABARRIETA, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 62. SERRANO GIL, A.: "El defensor judicial", cit., p. 217

Por el contrario, en los procesos penales en los que el menor es víctima del delito cometido por sus progenitor o progenitores, serán otros los intereses en juego, de manera principal, el interés del menor a la investigación y persecución penal del hecho.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que este nombramiento ha de ser concebido como algo excepcional ante situaciones de conflicto graves e irresolubles sin ayuda externa. Así se ha considerado en el ámbito civil, señalando la doctrina civilista los siguientes requisitos para apreciar la situación de conflicto: este ha de ser real, actual, grave, judicial o extrajudicial, siendo los intereses de ambas partes incompatibles²⁴.

En cuanto a la regulación concreta, el art. 26 parte de la vigencia de la representación del menor, los progenitores ejercen la patria potestad, la figura del defensor judicial coexiste con la patria potestad. De verse privados los progenitores de esta, no estaríamos ante el nombramiento de un defensor judicial²⁵

Frente a la regulación civil, en la que el conflicto ha de darse con ambos progenitores para nombrar defensor judicial, de darse con uno solo, será el otro el que represente al menor (art. 163 CC). Contrariamente, ello no es preciso en el ámbito penal. Puede que el conflicto se dé solo con un progenitor, pero si se estima que el otro no se encuentra en condiciones para ejercer adecuadamente sus funciones de representación, podría el juez penal nombrar defensor al menor, con la clara finalidad de agilizar la defensa de los intereses del menor víctima en el proceso penal²⁶.

La mayor dificultad interpretativa estriba en decidir, cuándo el otro progenitor/a con el que no hay conflicto de intereses “no se encuentra en condiciones de ejercerla”. Es cierto que no tenemos todavía suficiente casuística jurisprudencial que ayude a su determinación, sin embargo, la doctrina apunta que una de las probables situaciones serán los casos de violencia de género. Pensemos en la mujer, víctima de la violencia de género, que no se encuentre en condiciones de representar adecuadamente los intereses de sus hijos menores ante el impacto emocional que provoca en ella el proceso. Sin perjuicio que pueda ejercer muy adecuadamente los otros aspectos de la patria potestad²⁷.

24 SERRANO GIL, A.: “El defensor judicial”, cit., p. 218.

25 BOADO OLABARRIETA, M: “El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica”, cit., p. 64

26 BOADO OLABARRIETA, M: “El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica”, cit., p. 67

27 BOADO OLABARRIETA, M: “El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica”, cit., p. 48

Si nos centramos en cuestiones procesales, en el ámbito de la jurisdicción civil la competencia para designarlo corresponde al Letrado de la Administración de Justicia correspondiente al Juzgado de 1^a instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o, en su caso, a aquel que esté conociendo el asunto por el que sea necesario nombrar al menor defensor judicial. El procedimiento para su nombramiento está regulado en los arts. 27 a 32 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria.

Por el contrario, en el proceso penal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26.2 del EVD será competente para su designación el juez o tribunal. Así, frente a las primeras versiones del texto que solo aludían a la figura del Juez de Instrucción, en la versión definitiva se amplía la competencia a cualquier Juez o Tribunal puesto que, como acertadamente se detalla en el Informe del CGPJ al anteproyecto de EVD, el conflicto con los progenitores puede darse en cualquier fase del proceso, por ello puede ser competente para nombrarlo el juez de instrucción, el juez o tribunal sentenciador o incluso el órgano judicial competente en la fase de ejecución si la discrepancia surge en otras fases del proceso; también en el proceso penal de menores con relación al menor víctima²⁸. Esta regulación es positiva, en tanto no se exige acudir a la jurisdicción civil para el nombramiento, lo que va a redundar en una mayor celeridad y una mejor atención a las necesidades e intereses del menor²⁹.

Finalmente, con relación a quienes ostentan la legitimación activa para solicitar el nombramiento, el art. 26.2 del EVD apunta que estará legitimado el Ministerio Fiscal, con base en su competencia para la defensa de los menores y las víctimas, lo que contrasta con la más amplia legitimación activa atribuida en el proceso civil de jurisdicción voluntaria, ámbito en el que se establece que puede instar el nombramiento no solo el Ministerio Fiscal sino también el menor, cualquier otra persona que actúe en interés de este, incluso de oficio.

Tal contradicción tiene difícil explicación, lo que ha llevado a la doctrina a explorar mecanismos para ampliar la legitimación activa en el ámbito del proceso penal. Así las cosas, se ha considerado, con apoyo en lo dispuesto en el art. 9 de la LOPJM que regula el derecho del menor a ser escuchado, que también el menor

28 Tal conclusión se alcanza a la vista de la actual redacción del precepto que alude, en su redacción literal, al Juez o Tribunal, en tanto en el anteproyecto que fue informado por el CGPJ, el artículo hacía referencia exclusivamente al Juez de Instrucción, ello mereció la crítica del informe en el que se afirma expresamente: "Al mencionarse solo al Juez de Instrucción parece que se está pensando únicamente en la fase de instrucción en un procedimiento penal de adultos. Por lo que deberían hacerse los ajustes pertinentes para el caso de que la necesidad de defensor judicial de la víctima menor o discapacitada surja en la fase de enjuiciamiento o de ejecución o en un procedimiento penal de menores"

29 BOADO OLABARRIETA, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 72. Valora positivamente la regulación al evitar la suspensión del proceso penal y la fuga al proceso civil.

con suficiente madurez puede comunicar el conflicto de intereses al Juzgado o Tribunal a efectos de la designación. Como por otra parte expresamente dispone el art. 10.2 LOPJM previsión aplicable en todas las situaciones en las que el conflicto con los representantes exija el nombramiento. Más complejo que el nombramiento sea de oficio por la imparcialidad que debe guardar el órgano judicial en el procedimiento penal³⁰.

Por último, hubiera sido conveniente alguna referencia u orientación respecto a quién puede ostentar tal cargo, el art. 26 del EVD no dice nada al respecto frente al más explícito art. 30.2 de la LJV que parcamente establece que el Letrado de la Administración de Justicia nombrará a quien considere más idóneo para el cargo. Por analogía, el órgano judicial deberá decidir, teniendo en cuenta el superior interés del menor, a la persona más capacitada para el cargo. En el ámbito de los conflictos surgidos en el marco de la violencia de género, por la posible involucración de otros familiares en el conflicto no será recurso sencillo acudir a la familia extensa, pudiendo plantearse, para garantizar la imparcialidad, el acudir a personal especializado de los servicios públicos de protección de la infancia.

3. Tutela procesal de la menor, víctima de la violencia de género ejercida por otro menor.

Aunque pudiera pensarse que la aprobación en el año 2004 de la Ley integral vendría a neutralizar el problema de la violencia de género, especialmente entre los más jóvenes, lo cierto es que los datos muestran que el problema no ha parado de crecer entre los adolescentes³¹. Es un fenómeno con unas características muy específicas ligadas a la inmadurez de los protagonistas que les lleva a no calibrar el alcance y trascendencia de su conducta. A ello se añade en los últimos tiempos, la utilización de las TICS como instrumento de control frente a la pareja. El legislador penal reaccionó mediante la introducción de nuevas figuras delictivas para aquellas conductas que se valen de las nuevas tecnologías, así, los supuestos de difusión no consentida de imágenes íntimas tomadas de manera voluntaria (art. 197.7 CP), conducta muy extendida entre la adolescencia y que tenía difícil acomodo en el CP antes de su introducción, o los supuestos de acoso reiterado que se incluyen como modalidad de conducta en el delito de coacciones (art. 172.3 CP). Es una pequeña muestra de conductas que suele llevar a cabo el adolescente para mantener el control sobre la menor:

30 BOADO OLABARRIETA, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., pp. 72-73

31 La FGE alerta en su Memoria de 2020 que: "se viene detectando un alarmante incremento de las ideas sexistas y de la violencia entre los menores y adolescentes en el entorno familiar, pero también y especialmente en el ámbito sexual, conductas realizadas en grupo y a menudo grabadas y difundidas a terceros, práctica que según los expertos está anudada al uso de la pornografía a través de las redes desde tempranas edades, donde se representa a la mujer cosificada, escenario que hay que abordar principalmente desde el ámbito educacional".

La particularidad de la violencia de género a estas tempranas edades no la encontramos solo en las modalidades delictivas, que suelen dar lugar a conductas de control, más que a otros tipos de violencias más propias de la edad adulta, sino también en el marco legal aplicable.

Si el hecho es cometido por un menor de dieciocho años, su estatuto penal y procesal está contemplado en la LO 5/2000, LORRPM. Ello supone que el menor va a poder ser responsable de los mismos delitos que el adulto, pero la consecuencia va a estar menos fundamentada en el hecho cometido, al valorarse especialmente para su selección, la edad del menor; sus circunstancias personales, familiares, sociales y sobresaliendo, entre todos los criterios, el superior interés del menor.

La particularidad de este supuesto es que la víctima también va a ser normalmente menor; pero, en tanto la LO 5/2000 sí regula de manera muy detallada cómo actuar y cómo atender las necesidades del interés del menor infractor; no encontramos una atención similar respecto de la menor; víctima de la violencia de género cometida por otro adolescente. A la menor sí se le pueden aplicar las normas generales previstas en la LIVG y las previsiones generales tanto de la LOPJM como del EVD que le afectan en tanto víctima de la violencia de género, menor y vulnerable.

Sin embargo, la LORRPM que fue pionera en el reconocimiento de los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores, no recogía en su redacción original ninguna previsión específica para las víctimas de la violencia de género, vulnerables y menores en la mayoría de las ocasiones. La única excepción en este desierto regulativo la encontramos en la reforma de la ley del año 2006 por LO 8/2006 de 4 de diciembre, que incorpora la medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima.

Una novedad claramente insuficiente si la comparamos con el generoso estatuto jurídico que, tanto la LIVG como la Lecrim dispensa a las víctimas adultas de la violencia de género. Al menor expedientado por la comisión de este tipo de conductas solo se le van a poder aplicar las medidas cautelares previstas en la LORRPM, respecto al estatuto de la menor víctima, no cabe dictar para su tutela una orden de protección y tampoco es posible acudir a la Lecrim para adoptar medidas de naturaleza civil para la tutela de los menores hijos, a su vez, de esta menor. La vía que se ha apuntado por la doctrina para superar tales carencias normativas es la cláusula general de protección del art. 158 del CC que habilita a cualquier juez para la adopción de medidas de protección a menores³².

32 MOLINA CABALLERO, M. J.: "Algunas fronteras de la Ley integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.17-24, 2015, pp. 9-11.

La actualmente en tramitación, LO de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia, en su disposición final novena, modifica la LO 5/2000 en este punto, y recoge expresamente en su art. 4, referido a los derecho de las víctimas de los delitos cometidos por menores de edad, nuevos derechos de las víctimas de delitos de violencia de género cuando el autor de los hechos sea un menor de edad, adoptando las previsiones del art. 7.3 del EVD, relativo al derecho de información sobre la causa penal.

Entre las novedades más significativas, la expresa referencia al derecho de toda víctima a ser derivadas a las oficinas de asistencia a las víctimas.

En cuanto a las víctimas de la violencia de género se establece su derecho a ser notificadas por escrito, mediante testimonio íntegro, de las medidas cautelares de protección adoptadas. Asimismo, tales medidas cautelares serán comunicadas a las Administraciones Públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole.

III. LA TUTELA DEL MENOR VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE EL DERECHO PENAL.

Analizadas algunas de las particularidades procesales dirigidas a proteger al menor de la violencia de género, vamos ahora a ocuparnos de examinar los mecanismos de tutela penal para el menor en dicha situación.

Como se ha señalado, el CP es especialmente receptivo con los colectivos vulnerables. En el ámbito específico de la violencia doméstica y de género, la ley penal recoge supuestos de agravación si el delito se ha cometido en presencia de menores. También, en el ámbito de las consecuencias se prevé, de forma expresa, las penas de privación e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, si bien como posibilidad potestativa para el juzgador, ello, como veremos, provoca en la práctica jurisprudencial una muy escasa aplicación de tales consecuencias punitivas. Resultando de especial interés el estudio de la evolución legislativa, así como la aplicación en la práctica jurisprudencial de tales penas.

Pues bien, con el objetivo de completar el estudio del marco jurídico de protección al menor víctima de la violencia de género, procede que examinemos dichos mecanismos recogidos en el CP.

I. Agravante específica de cometer el hecho en presencia de menores.

La agravante específica de cometer el hecho en presencia de menores está prevista en los delitos de maltrato ocasional (art. 153.3), amenazas (art. 171.5),

coacciones (172.2) y maltrato habitual (art. 173.2); fue incorporada por la reforma del CP recogida en la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género³³.

Encuentra su fundamento en el art. 39 de la CE dedicado a la protección de la familia y, de manera especial, a los niños a los que se reconoce la protección prevista en *los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*. De esta forma, entronca con lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, cuyo art. 19 dispone la obligación de los Estados, de adoptar entre otras, las medidas legislativas necesarias para la protección de los menores "(...) contra toda clase de perjuicio o abuso, físico o mental (...)".

Por su parte el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado el 11 de mayo de 2011 en Estambul, dispone su art. 46 que:

"Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio: d) Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor".

Nos encontramos, pues, ante una circunstancia de cualificación que persigue la tutela del menor, la preservación de su interés superior frente a la violencia, incluso frente a la afectación que podría darse en su desarrollo por la realización en su presencia de actos de violencia doméstica o de género. Se busca prevenir la victimización primaria de los menores expuestos a estas modalidades delictivas³⁴. La conducta desarrollada ante el menor ha de tener la entidad suficiente para alterar el normal desarrollo del niño, sometiéndole a una situación de "estrés emocional"³⁵.

33 PÉREZ RIVAS, N.: "Tipificación penal de los actos de violencia de género y agravantes específicas", en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. y RODRÍGUEZ CALVO M. S. (coords.): *Estudio empírico sobre la violencia de género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 84-85. El estudio de análisis jurisprudencial llevado a cabo por la autora pone de manifiesto que un 32,35% de los casos en los que el menor presencia la violencia de género es, a su vez, víctima de maltrato, agudizándose el peligro de transmisión intergeneracional de la violencia.

34 TAMARIT SUMALLA, J. M.: "Delitos de lesiones", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo I (arts. 1 a 233), Thomson Reuters. Aranzadi, 7^a ed., Cizur Menor, 2016, p. 1060.

35 PÉREZ RIVAS, N.: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", en AMMERMAN YEBRA, J. y GARCÍA GOLDAR, M. (coords.): *Propostas de modernización do dereito*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2017, p. 73.

Centrándonos en las principales cuestiones interpretativas que se han destacado por doctrina y jurisprudencia, en primer lugar, dado que el texto no distingue, se aplicará siempre que el hecho se cometa ante menores de 18 años, no fijándose límite mínimo de edad para su apreciación, si bien se ha venido destacando, la necesidad de que el menor tenga capacidad suficiente³⁶ para comprender la conducta que se está realizando en su presencia, exigencia lógica al descansar el fundamento de la circunstancia en el adecuado desarrollo del menor en un entorno libre de violencia.

Al respecto ha subrayado MANJÓN CABEZA³⁷ que la decisión sobre dicha cuestión depende del fundamento de la cualificación, de estimarse que la misma se encuentra en el riesgo que la conducta pueda suponer para la integridad física del menor; será indiferente la edad que este tenga, sin embargo, si, como mantiene la autora, la razón de ser radica en el daño moral que se puede ocasionar al menor que presencia tales conductas, será necesario, que el menor tenga una mínima capacidad de comprensión de la violencia de que ha sido testigo. Capacidad que tendrá que ser acreditada con los oportunos informes periciales. Como argumenta la autora, no todos los delitos en los que es de aplicación el tipo cualificado, comportan la utilización de violencia física y por ende riesgo para la integridad física del menor; si bien, sí pueden provocar de ser realizados en presencia del menor, un importante daño moral.

Asimismo, para la aplicación de la agravante, dado que debe concurrir dolo, el autor al llevar a cabo la conducta ha de ser consciente de que el menor es testigo de la misma y mantener la voluntad de realizarla, pese a ello³⁸.

Por otro lado, también se ha cuestionado, con base en la redacción literal de la agravante, si resulta preciso para la aplicación de la misma que el hecho se cometa en presencia de más de un menor, por la utilización del plural en la redacción. Al respecto, hay unanimidad doctrinal y jurisprudencial en considerar que es indiferente para la aplicación del tipo cualificado que el hecho tenga lugar en

36 PÉREZ RIVAS, N: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", cit., p.71 la autora refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja 101/2013, de 14 de octubre: que considera aplicable la agravación en el caso de un menor de 7 meses. ANARTE BORRALLÓ, E.: "Delitos de Lesiones", en BOIX REIG, J.: *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. I), Iustel, 2ª ed., Madrid, 2016, p.169. Refiere la SAP de Madrid 582/2015 de 6 de octubre que admite la aplicación de la agravante en un hecho cometido ante un menor de cuatro meses.

37 MANJÓN-CABEZA OLMEDO, A. en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.): *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2011, p. 512. Así también VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: "Delitos de lesiones", en ROMEO CASABONA, C. (coord.): *Derecho Penal Parte Especial*, Comares, Granada, 2016, p. 93, quien afirma que el menor ha de tener una mínima capacidad para entender la carga de violencia de los actos presenciados. Asimismo, BLANCO CORDERO, I.: "Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código penal", en PÉREZ MACHIO, A. I.: *La integración social de/lla menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 528.

38 PÉREZ RIVAS, N: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", cit., p. 73. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 21ª ed., Valencia, 2017, p. 184.

presencia de un solo menor; cumpliéndose las exigencias típicas con su presencia, comprensión y afectación por el episodio de violencia vivido. Contrariamente, la realización del hecho ante una pluralidad de menores no va a comportar una mayor agravación de la pena, si bien podrá ser valorado por el órgano judicial en la individualización de la pena³⁹. Se acoge de esta manera el criterio fijado por la FGE en su Circular 4/2005.

También se ha planteado la duda relativa a si es necesario que el menor esté integrado o no en el núcleo de convivencia en el que surge la violencia. Es evidente que la interpretación literal del precepto no lo exige. Sin embargo, jurisprudencia y doctrina mayoritariamente consideran que la agravación solo es aplicable cuando el menor pertenece al mismo núcleo de convivencia que víctima y victimario, no siéndolo en los casos en los que el menor testigo es ajeno a los protagonistas⁴⁰. La razón de ser de esta limitación es clara, por la mayor afectación del menor que ve la materialización de la violencia sobre su madre, hay una mayor compromiso y afectación de este menor frente al menor *extraneus*, al que lógicamente el episodio del que puede ser testigo, también le afectará, si bien con distinto grado e intensidad. El peligro de perpetuación del comportamiento violento o de la victimación se va a dar de manera especial en el caso de menores integrantes de la unidad familiar. De esta manera se afirma por el TS en su sentencia de 18 de abril de 2018, rec. n^o 1448/2017 que la razón de ser de la agravación estriba en la “vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo”⁴¹.

Por último, en la más reciente jurisprudencia se viene admitiendo la aplicación del subtipo agravado no solo en los casos en los que el menor está físicamente presente contemplando la agresión, compartiendo ubicación física, sino también cuando la percibe desde distinta estancia; puede no ser testigo visual, pero sí auditivo, escuchando la agresión y la reacción de la víctima. En definitiva, cabe tanto la presencia física como la sensorial para la aplicación del subtipo cualificado. Así lo ha considerado la jurisprudencia en la STS (Sala 2^a) de 18 de abril de 2018, rec. n^o 1448/2017 en la que se afirma: “no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia”.

39 PÉREZ RIVAS, N: “La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial”, cit., p.71

40 PÉREZ RIVAS, N: “La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial”, cit., p.72. BLANCO CORDERO, I.: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código penal”, cit., p. 528. Por el contrario, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 184, no considera necesario para la aplicación de la agravación que el menor sea pariente o conviviente.

41 Así también en la doctrina, PÉREZ RIVAS, N: “La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial”, cit., p.73

No será de aplicación el tipo cualificado si el propio menor es la víctima directa de la violencia, tal conclusión deriva de la diferente forma en que el código contempla las agravantes basadas en la mayor vulnerabilidad del menor por su minoría de edad frente a esta, cuya la razón de ser radica en mantener al menor alejado de la contemplación de hechos violentos en su entorno más íntimo que puedan afectar, de manera grave, a su adecuado desarrollo⁴².

Finalmente, con relación a los efectos penológicos, el tipo cualificado recoge junto al supuesto cuyo estudio nos ocupa, otros como la utilización de armas, que los hechos tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o que se hayan realizado quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Dado que nos encontramos ante un tipo mixto alternativo, para la aplicación de la pena en su mitad superior basta con la concurrencia de una de ellas. De concurrir más de una, encontramos distintas posturas en función de las circunstancias del caso concreto. Así la segunda agravante puede ser utilizada para decidir el marco penal concreto⁴³. No obstante, la casuística es muy variada, por la configuración de alguna de las modalidades pudiera que nos encontráramos ante diferentes delitos, como el allanamiento de morada (cuando el hecho se comete en el domicilio de la víctima que no consiente la presencia del agresor en su morada) o el quebrantamiento de condena. En estos casos la jurisprudencia ha admitido, de concurrir varias circunstancias, valorar una para la aplicación del tipo cualificado, en concurso medial con el delito de quebrantamiento u allanamiento. De este modo, la STS (2ª) 613/2009 de 2 de junio RJ 2009\1382, se juzga un supuesto en el que una de las dos circunstancias fue el quebrantamiento por lo que se optó por la vía del concurso de delitos al considerar la concurrencia del delito tipificado en el art. 468.2 CP. En los casos de concurrencia de circunstancias y de infracciones de género, v. gr., maltrato habitual con amenazas, coacciones o maltrato ocasional, una de las circunstancias se utilizará para agravar el delito de maltrato habitual pudiendo las restantes agravar las otras infracciones en las que haya concurrido. Así en la SSTS (2ª) 580/2006, de 23 de mayo; 92/2009 de 29 de enero, y Circular FGE 4/2003⁴⁴.

42 CORCOY VIDASOLO, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 222. MANJÓN-CABEZA OLMEDO, A.: *Derecho Penal Español*, cit., p. 512. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal tras la LO 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 618. TAMARIT SUMALLA, J. M.: "Delitos de lesiones", cit., p. 1060.

43 MANJÓN-CABEZA OLMEDO, A.: *Derecho Penal Español*, cit., p. 511.

44 Así se expone en MARTÍN-CARO SÁNCHEZ, J. A.: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* (dir. por J. SÁNCHEZ MELGAR), Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 4ª ed., 2016, pp. 1100-1101, PÉREZ RIVAS, N.: "Tipificación penal de los actos de violencia de género y agravantes específicas", cit., p. 82. PÉREZ RIVAS, N.: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", cit., p.74.

2 Las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento.

La normativa internacional dirigida a la erradicación de la violencia de género y al tratamiento de las víctimas del delito, presta una atención especial a los menores que han sido testigo de la violencia que se ejerce contra sus madres⁴⁵. En dicho contexto, se hace especial hincapié en la posibilidad de limitar y/o privar al progenitor responsable de dicha violencia, de los derechos tuitivos y de relación con el menor.

Como reflejo de dicha normativa, el ordenamiento jurídico español recoge la posibilidad de limitar los mentados derechos parentales en distintos ámbitos. En primer lugar, el CC regula dicha posibilidad en su art. 170⁴⁶, el mismo dispone que el padre o la madre pueden ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, recogiéndose asimismo la posibilidad de que la privación derive de una sentencia dictada en el orden jurisdiccional penal⁴⁷.

Por otro lado, durante la tramitación del proceso penal, la Lecrim dispone la posibilidad de adoptarla como medida cautelar en el marco de la orden de protección de las víctimas de violencia de género, como ya se ha analizado. Así también se contempla expresamente en el art. 65 de la LIVG, enmarcada en el conjunto de medidas que se pueden adoptar durante el proceso, dirigidas a la tutela del menor víctima.

Y finalmente, el CP regula como principal y como accesorias las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para la patria potestad.

45 El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Convenio de Estambul, reconoce expresamente a los menores testigos, víctimas de la violencia doméstica, disponiendo en su art. 31 de forma expresa 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”

46 El art. 170 del C.c. establece que: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

47 RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: “Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2^a, 28.4.2006”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007, pp. 14 y ss. Antes de que la reforma del CP de 2010 introdujera la posibilidad de aplicar ambas penas como accesorias, la referencia en el art. 170 a la resolución penal dio lugar a cierta controversia sobre la competencia de los juzgados y tribunales penales de aplicar directamente la privación de la patria potestad como medida civil en una sentencia penal. El TS zanjó la controversia mediante el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 26 de mayo de 2000 que se posicionó en contra de que los Tribunales penales pudieran privar de dichas potestades en los supuestos en los que la ley penal no estableciera expresamente dicha posibilidad, razones de legalidad le llevaron a mantener dicha postura ciertamente aflictiva para las víctimas como tendremos ocasión de analizar

El fundamento de tales consecuencias penales no es otro que la tutela del menor frente a un inadecuado ejercicio de la potestad parental. Se pretende neutralizar el peligro que supondría para este la convivencia en un entorno violento, expuesto a un inadecuado ejercicio de la misma que pusiera en peligro su adecuado proceso de socialización. En definitiva, se quiere evitar la exposición del niño a modelos de relaciones basados en la violencia.

Ambas son penas privativas de derechos cuya regulación legal se encuentra contemplada en el art. 46 del CP. En el mismo se describe, en primer lugar, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda y acogimiento que priva al penado de los derechos inherentes a las diferentes potestades. Por su parte, la pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto al penado. Consecuencia que también se dará cuando se aplique la pena de inhabilitación, dado que esta priva de los derechos mas no de las obligaciones. De acuerdo con la regulación civil, el art. 110 del CC establece que “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por sus hijos menores y a prestarles alimentos” y el art. 111 referido a los supuestos de exclusión de la patria potestad indica expresamente que “quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”⁴⁸.

Por disposición expresa del párr. 1 del art. 46 en la determinación del alcance de ambas penas el juez puede decidir adoptarlas respecto a todos o solo respecto algunos de los menores que estén a cargo del penado, lo que dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. Asimismo, indicar que los efectos de ambas penas se producen durante el tiempo que dure la condena.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33, la pena de privación para el ejercicio de la patria potestad es siempre pena grave, en tanto la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad es pena grave siempre que su duración sea superior a 5 años y menos grave, de no alcanzar dicha duración.

Se ha planteado también -únicamente con relación a la pena de inhabilitación, puesto que la pena de privación es definitiva- si sería factible, una vez cumplida la condena, recuperar la patria potestad, siempre, por supuesto que el menor no haya alcanzado durante el cumplimiento de la pena la mayoría de edad, caso en que definitivamente se extingue la patria potestad, salvo los supuestos de prorrogación. De acuerdo con lo dispuesto en la regulación civil, tal posibilidad sería factible pues el art. 170 CC en su ap. 2º recoge la posibilidad de rehabilitar

48 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de atención especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Madrid, p. 47.

en sus derechos al inicialmente privado del ejercicio de tal potestad. Siempre que haya cesado la causa que motivó la privación. Cabrá examinar de manera individualizada cada supuesto y acudir a la jurisdicción civil planteando la solicitud de rehabilitación. No obstante, ello puede resultar especialmente complejo si la causa que ha motivado la imposición de la pena ha sido la muerte dolosa del otro cónyuge. Pero sí se podría plantear ante delitos de menor gravedad y en atención al proceso de rehabilitación del sujeto.

A) Criterios aplicativos.

Procede que nos centremos en el análisis de los criterios para la imposición de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, como pena principal en los delitos de violencia de género o de la inhabilitación y la privación de la patria potestad como penas accesorias.

En el ámbito de los denominados delitos de género y de la violencia doméstica se prevé como pena principal, si bien potestativa, exclusivamente la pena de inhabilitación especial, en los siguientes delitos: en el delito de maltrato ocasional por violencia de género o contra persona vulnerable que conviva con el autor(art. 153.1) malos tratos ocasionales en el ámbito familiar (153.2)), amenazas leves por violencia de género o a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor(art. 171.4) amenazas leves en el ámbito familiar (art. 171.5), coacciones leves por violencia de género o sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (172.2) y delito de maltrato habitual en el ámbito familiar (art. 173.2).

En todos ellos se establece, como criterio para el juzgador, la necesidad de valorar que la imposición de la pena sea adecuada para el interés del menor, como no podía ser de otra forma, habida cuenta que tanto la LOPJM como la Convención de los Derechos del Niño⁴⁹, exigen siempre esa toma de consideración cuando se han de adoptar decisiones que afecten a menores, especialmente en una de tanta trascendencia en las relaciones del menor con el progenitor o progenitora (en supuesto de violencia doméstica). Sin embargo, esta circunstancia no por repetida, es menos importante. En este sentido el TS ha venido exigiendo la existencia de “elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor.

⁴⁹ Así se recoge en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en diciembre de 1990, directriz que a su vez se recoge en el Art. 2.1 LOPJM “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

En consecuencia, es la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta pena. Por esa razón es necesario exigir una prueba -pericial o de otro tipo- a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor; en consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena” STS de 15 de diciembre de 2010 nº rec. 10315/2010

Finalmente el CP también contempla la posibilidad de imponer como accesorias ambas penas, si bien también con carácter potestativo⁵⁰, así se especifica en el art. 55 para los condenados a penas de prisión superior a 10 años y en el 56 para penas de prisión inferiores a 10 años. Estableciéndose en ambos preceptos como criterio para decidir sobre su imposición, la existencia de una relación directa entre el ejercicio de la patria potestad y el delito cometido.

Es preciso pues, verificar la relación directa de los derechos vinculados a la patria potestad con el delito cometido, debiendo el juez determinar dicha vinculación en la sentencia. La relación directa entre el delito cometido y la privación de la titularidad o el ejercicio de la patria potestad, es claro que se da cuando el menor es la víctima directa del delito. En los casos en los que sea víctima indirecta, siendo la madre víctima directa de un delito por violencia de género, así en los supuestos de homicidio a manos del cónyuge será necesario aportar prueba pericial que acredite que el progenitor, con la comisión del delito, evidencia su inadecuación para el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad.

Frente a lo que ocurre en los supuestos en que la inhabilitación se prevé como pena principal, para su imposición como pena accesoria, no hay una mención expresa al interés del menor. No obstante ello, en la doctrina se ha considerado que también para su imposición como pena accesoria ha de valorarse dicho superior interés. En este sentido, GUINARTE CABADA considera que a pesar de la falta de mención expresa, este ha de ser el criterio prevalente también en los arts. 55 y 56, conclusión que se alcanza desde la consideración de la patria potestad como un “derecho social, un derecho-deber o un derecho función”⁵¹. Lo que lleva al autor a concluir que no hay disparidad de criterios a la hora de adoptar la

50 GUINARTE CABADA, G.: “La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela”, en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ALBA, I. M. (dirs.): *Las penas privativas de derecho y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 135, cita 232.

El autor se muestra contrario a la interpretación mantenida por algún sector de la doctrina, de considerar de imposición obligatoria ambas penas accesorias. Afirma el autor que el CP de 1995 ha eliminado el automatismo en la imposición de las penas accesorias.

51 CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Madrid, 2ª ed., 2010, pp. 32-33. Subraya la autora como efecto inmediato de la consideración de que la patria potestad se ha de ejercer en beneficio del menor, su carácter de orden público sustraída de la posibilidad de pactos privados. Asimismo, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 27 y ss.

pena como principal o como accesoria, pues en ambos supuestos cabrá valorar la adecuación de la misma al interés superior del menor⁵².

Es la opción más adecuada desde una interpretación sistemática, en tanto la normativa internacional y la LOPJM vienen a establecer que siempre que se haya de adoptar una decisión de afecte a un menor de edad habrá de ponderarse dicho principio⁵³.

B) Evolución jurisprudencial.

En la aplicación de estas penas, especialmente en los supuestos en los que se contemplan como accesorias se ha producido una serie de paradojas y claras reticencias a su aplicación por parte de los Tribunales penales. Para comprender el proceso hay que tener en cuenta que, hasta el año 2010 no se preveía la posibilidad de imponer como penas accesorias la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o, en su caso, la privación del derecho a la patria potestad.

Tal regulación daba lugar a una contradicción evidente y poco respetuosa con la necesaria proporcionalidad de la respuesta punitiva frente a conductas de violencia de género de la mayor gravedad; así pues, era posible aplicar la pena de inhabilitación para la patria potestad en los delitos leves de violencia de género, pues así estaba previsto desde la reforma del CP de 2004 y, sin embargo, tal posibilidad no estaba contemplada para los supuestos de mayor gravedad, como en los delitos de asesinato, homicidio o lesiones por razones de género.

Además, con relación a los delitos castigados con penas de prisión superiores a diez años, no había posibilidad legal de esquivar tal omisión, puesto que el art. 55 del CP solo preveía, en aquel momento, la aplicación como accesoria de la pena de inhabilitación absoluta que, en su contenido, no incluía la afectación a la patria potestad. Sin embargo, con relación a los castigados con penas de prisión inferior a 10 años, aunque el art. 56 del CP no contemplaba como accesorias ni la inhabilitación ni la privación, sí dejaba abierta una puerta, puesto que el apartado 3 del mismo refería a la posibilidad de imponer una inhabilitación especial “para cualquier otro derecho”. Vía por la cual se podía inhabilitar para el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad.

52 GUINARTE CABADA, G.: “La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela”, cit., p. 138. SOUTO GARCÍA, E. M.: “La pena de privación de la patria potestad”, en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ALBA, I. M. (dirs.): *Las penas privativas de derecho y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 173. Postura que también mantiene la FGE en su circular 4/2003.

53 Vid. Cit. 49

A pesar de ello, la posibilidad no era aceptada unánimemente por doctrina y jurisprudencia⁵⁴. Y, aun admitiéndose, llevaba a la contradicción de poder inhabilitar en los delitos de menor entidad, posibilidad que no se daba para los supuestos de mayor gravedad⁵⁵, los castigados con pena de prisión superior a diez años.

De esta forma, ante el homicidio o asesinato de la mujer a manos de su cónyuge o pareja, la jurisdicción penal no podía privar o inhabilitar al responsable de tal potestad. Es cierto que la jurisprudencia civil contempla como causa de privación de la patria potestad, la condena por la muerte del otro progenitor⁵⁶, pero ello obligaba a las víctimas a tener que incoar un nuevo procedimiento ante la jurisdicción civil, con el consiguiente quebranto económico y moral.

Frente a la postura del TS que en el año 2000 adopta una acuerdo del Pleno no jurisdiccional, vetando la posibilidad de imponer como accesorias tales penas en los supuestos en que las mismas no estuvieran previstas expresamente, con fundamento en el respeto al principio de legalidad penal, en la práctica de algunas Audiencias, sí se encuentran resoluciones privando de la patria potestad al progenitor condenado por la muerte dolosa del cónyuge o pareja⁵⁷. Seguía en este punto la jurisprudencia menor el criterio doctrinal de aplicación directa por la jurisdicción penal de la previsión contenida en el art. 170 del CC, en supuestos de incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad. Así pues, con base en una interpretación flexible del art. 170 del CC aplicaban directamente la pena de inhabilitación, fundamentando su decisión en criterios de economía procesal⁵⁸. No olvidemos que la víctima iba a obtener la misma solución de acudir con la sentencia penal condenatoria a la jurisdicción civil.

En el fondo del debate jurisprudencial en torno a la aplicación o no de tales penas latía, además del poso patriarcal de la institución, el hecho de encontrarnos ante delitos en los que el menor no era la víctima directa. Como explícitamente se afirma en la STS 780/2000 de 11 septiembre. RJ 2000\7932 dichas penas solo debían ser de aplicación en los supuestos expresamente previstos por la ley penal o, de estar previstas como penas accesorias, si el derecho en cuestión guardara

54 GUINARTE CABADA, G.: "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", cit., p.131, cita. 226

55 RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: "Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", cit., p.7. La autora considera que tal pena accesoria era de obligatoria aplicación siempre que se constatare la relación directa entre el delito cometido y el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, como expone la autora la jurisprudencia era remisa a dicha aplicación de la pena como accesoria.

56 CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, cit., pp. 214-216.

57 GUINARTE CABADA, G.: "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", op. i loc cit.

58 CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, cit., p. 251 RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: "Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", cit., p.17.

relación con el delito cometido, lo que, al parecer del Tribunal en la sentencia comentada no concurrían en el supuesto concreto de homicidio de la madre, afirmándose expresamente: “La privación de la patria de potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal”. Por contraposición, ante un supuesto en que el sujeto pasivo de los delitos de lesiones y malos tratos reiterados era el propio menor, sí se aplicó como accesoria la pena de privación de la patria potestad, tal como recoge la STS de 20 de diciembre de 1993. RJ 1993/9578.

La postura del TS era pues remitir a la vía civil⁵⁹ en los casos de homicidio, asesinato o lesiones sobre la mujer por violencia de género, para que dicha jurisdicción dirimiera sobre la eventual privación de la patria potestad al padre. Así quedó plasmado en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 26 de mayo del 2000, en el que se señala: “sobre las facultades del juez para imponer la pena de privación de la patria potestad fuera de los casos determinados por la Ley lo estima improcedente y en su consecuencia suprime la pena acordando sin embargo mantener la situación del menor acordada por la institución administrativa y sin perjuicio del ejercicio por el Ministerio Fiscal de las acciones para la defensa y protección del menor”. Considera por ende el TS, que la jurisdicción penal no ostenta competencias para privar de dichas potestades, salvo en los supuestos en los que así lo haya previsto expresamente el CP⁶⁰.

De manera resumida la postura del Tribunal Supremo, con relación a los menores, víctimas vicarias de la violencia de género, era la siguiente: en tanto la conducta violenta de género no se proyectara sobre los hijos, los delitos a que da lugar no tiene que ver con los derechos y deberes inherentes a la patria potestad. La gravedad del delito cometido por el progenitor ya es contemplada en la pena en su caso impuesta. Por otro lado, para privar de la patria potestad, sería necesario probar que el ejercicio de la misma es perjudicial para el menor, la prueba de dicho perjuicio se debe practicar ante la jurisdicción civil, especializada en materia de derecho de familia.

El TS se acogía, de esta manera, al respeto estricto al principio de legalidad penal para evitar que los tribunales penales encargados de juzgar por los delitos de violencia de género tuvieran que adoptar la decisión sobre la situación civil de dicho menor. Formalmente la respuesta era correcta, sin embargo, planteaba muchos inconvenientes, desde la perspectiva de la justicia material, al agravar la ya penosa situación del menor que se había quedado huérfano o en el mejor de los

59 La postura de la jurisprudencia civil era diáfana en este punto al estimar como causa suficiente para privar de la patria potestad al progenitor condenado por la muerte del otro. CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, cit., pp. 214-216.

60 RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: “Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2^a, 28.4.2006”, cit., pp. 14 y ss.

casos, la situación de la mujer víctima de las agresiones machistas y de sus hijos, a expensas de un nuevo proceso para dirimir sobre la titularidad de dicha potestad.

El debate quedó formalmente superado con la reforma del CP de 2010, desde entonces ambas penas se puede imponer como accesorias, al disponerlo expresamente los arts. 55 y 56 del CP. Sin embargo, aunque la reforma abre la puerta a la aplicación de dichas penas como accesorias, lo cierto es que, al ser una facultad discrecional, en la práctica no siempre se ha aplicado. Como revelan algunos estudios, la imposición de tales penas como accesorias ha sido muy escasa, atribuyéndose en muy reducidas ocasiones la patria potestad en exclusiva a la madre. A pesar de que uno de los criterios que se valora para privar o inhabilitar es la privación de libertad derivada de la comisión de un delito de género, no es práctica común en la jurisprudencia, existiendo numerosas sentencias en las que, a pesar de darse esta circunstancia, se otorga el ejercicio compartido de la patria potestad⁶¹.

Tal vez, la razón de dicha evasiva tiene que ver con los orígenes de la institución de la patria potestad, manifestación de las estructuras patriarcales. Como nos recuerda Reyes Cano⁶², hasta 1981 el CC español atribuía la patria potestad al varón de manera principal y, solo, subsidiariamente a la mujer⁶³. Fue la reforma del CC de 1981 la que formalmente elimina dicha situación discriminatoria al disponerse a partir de entonces que “los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y la madre”. Sin embargo, dicha preferencia patriarcal se sigue manteniendo materialmente⁶⁴.

En este sentido son reveladores los argumentos empleados en sentencias relativamente recientes en las que se sigue negando la posibilidad de aplicar esta pena como accesoria. Sirva como buen ejemplo, la STS de 15 de diciembre de 2010, n° de rec. 10315/2010⁶⁵, en la que se condena por un delito de homicidio a la pareja, con la que tiene tres hijos. Pese a la fecha de los hechos, momento en que el CP no contemplaba la posibilidad de imponer como accesoria la inhabilitación, los argumentos empleados por el juzgador, denegando el recurso, rezuman unas valoraciones claramente discriminatorias, en comparación con las víctimas de otros delitos:

61 REYES CANO, P.: “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017, p. 348.

62 REYES CANO, P.: “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, cit., pp. 341 y ss.

63 El art. 154 del CC establecía “El padre, y en su defecto la madre, tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados”

64 REYES CANO, P.: “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, cit., p. 342.

65 Así también en la STS de 29/11/2004, n° de rec. 215/2004.

(...) para imponer esta pena, el juez o tribunal deberá analizar su conveniencia atendiendo siempre al interés del menor; según las circunstancias de cada caso, para lo cual es necesario contar con elementos de juicio suficientes que muestren los perjuicios que puede sufrir el menor de no privarse a su progenitor de la patria potestad, sin que a tal fin sea suficiente ni el argumento de la gravedad del delito, por cuanto ello significaría penar doblemente un mismo hecho, (...) ni tampoco atender al daño psíquico, afectivo o moral, etc., que, naturalmente, produce un hecho de esta naturaleza en los hijos menores, pues la privación de la patria potestad al padre no va a paliar o reducir esos daños, sino al contrario, probablemente los acrecienta. Para ello será necesario que existan 'elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor'".

Alegar que no se dispone de suficientes elementos de juicio para concluir que pueda ser favorable la privación de la patria potestad respecto a la persona que ha dejado huérfanos a unos niños y, afirmar, que la privación de la patria potestad al progenitor condenado por el homicidio de la madre, no va a paliar o reducir los daños psíquicos causados con el delito, sino que probablemente los acrecienta, evidencia lo alejado de algunas resoluciones de la realidad social y también del parecer de los expertos en ciencias del comportamiento respecto a la convivencia con una persona violenta y lo que eso puede suponer para el desarrollo psicosocial de un menor.

Es cierto que legalmente no se podía imponer la pena, pero quizás hubiera sido oportuno reconocer el daño que supone para un menor convivir y depender del autor del homicidio de su madre. Muestra también una clara descoordinación entre las distintas Salas del TS, dado que la sala Civil sí consideraba como causa suficiente para la privación de la patria potestad, la condena por la muerte dolosa del otro progenitor. Como no podía ser de otra manera, desde la perspectiva del mayor beneficio e interés para el menor.

Cabe decir que, a raíz de la reforma del CP de 2010, la postura de la sala 2^a del TS ha ido evolucionando y en la actualidad se admite, de manera generalizada, que causar la muerte del otro progenitor supone razón suficiente para imponer tales penas como accesorias. En este sentido, es ilustrativa la STS de 30 de septiembre de 2015 n^o de rec. 10238/2015. En la misma se acepta el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal por la falta de aplicación de la pena de privación de la patria potestad frente a la Sentencia de la AP de Guadalajara que condenó por la comisión

de un delito de homicidio en grado de tentativa al compañero sentimental de la víctima, hecho cometido en presencia de la hija de ambos, de tres años de edad.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia se aprecia el cambio de doctrina al afirmar el TS, frente al parecer de la AP que había considerado que la pena no era de automática imposición y que cabía probar el perjuicio del hecho cometido para la menor, remitiendo dicha prueba a la vía civil-, que la decisión de la Audiencia no admitiendo la imposición de la pena de inhabilitación “no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores...la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad (...). Por lo que se concluye que:

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

Hay que recordar que la patria potestad se integra, ex art. 154 Código Civil por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que, si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor.

En consecuencia, se casa la sentencia y atendiendo el recurso del Ministerio Fiscal se dicta segunda sentencia por la que se impone la pena de privación de la patria potestad.

Se plasma en el recurso del Ministerio Fiscal el criterio manifestado por la FGE en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, “sobre criterios para la unidad de atención especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer”, en la que se establece que cabrá considerar la gravedad del hecho y el superior interés del menor a la hora de solicitar la imposición de dichas penas cuando su previsión es facultativa. Afirmándose expresamente que en los supuestos de mayor gravedad en los que un progenitor ha dado muerte al otro, el sentido común conduce a considerar adecuada al interés del menor la imposición de la pena pues con dicha conducta:

se les ha privado o se les ha podido privar, en el caso de intentos fallidos, de uno de sus progenitores, de su formación, asistencia, cariño y cuidado,

en definitiva, de uno de los referentes fundamentales para el desarrollo de su personalidad, lo que les producirá, sin duda, enormes perjuicios en todas las esferas.

En la STS de 24 de mayo de 2018 RJ 2018\3015, donde se estima asimismo el recurso del Ministerio Fiscal frente al criterio del Tribunal de instancia de no apreciar la pena de privación de la patria potestad en otro caso de intento de homicidio de la mujer en manos de su pareja de la cual estaba en proceso de separación, frente a la consideración del tribunal de instancia en cuya sentencia se afirma que

(...) aun cuando fueron considerablemente graves los hechos causados respecto de su madre y en presencia de tal menor, ningún comportamiento delictivo vino a ocasionarse en cuanto a dicha menor o en relación directa con el ejercicio de la patria potestad, que pudieran venir a aconsejar la imposición de tan drástica pena.

El TS considera:

La gravedad de los hechos ocurridos debe conllevar la estimación del recurso, dado que se produce un serio ataque al principio y a la obligación de los padres por velar por sus hijos y el desarrollo de su personalidad, que en el presente caso debe entenderse afectada, así como su integridad personal psíquica, al ver cómo su propio padre, en un ataque inopinado y brutal, arrastra a su propia madre a la cocina y allí la sujeta por su hombro para darle, nada menos, que hasta ocho puñaladas en las zonas mortales que ya se han descrito anteriormente, lo que supuso para la menor, al igual que para Leocadia , hija de la víctima, una escena que no van a olvidar en su vida (...).

Es importante destacar la especial valoración dada al hecho de haber sido cometido el delito en presencia del menor a efectos de aplicación de la pena accesoria:

Ello convierte al acto en “antinatural” y con grave perjuicio para la menor que presencia un acto de tamaña crueldad al no respetar, ni tan siquiera, que en el hogar estaban las dos hijas de la víctima, una de ellas la propia hija del agresor, por lo que no puede afirmarse que el hecho agresivo “no tiene relación con la medida civil afectante a la patria potestad”, ya que supone una clara desatención del condenado hacia su propia hija y un olvido de los derechos de los menores y la protección que sus progenitores les deben; algo que en este caso ha obviado por completo el condenado

despreciando los derechos de su propia hija al punto de haber estado cerca de dejarla sin madre, y siendo el autor su propio padre.

Postura que también queda reflejada en la reciente STS de 8 de octubre de 2019, rec. n° 10309/2019, en la que además de corroborar la oportunidad y adecuación de la imposición de la pena de privación de la patria potestad, acoge la evolución legislativa en el reconocimiento de los menores como víctimas también de la violencia de género que se ha ejercido contra su madre en aplicación de la reforma de la LPJM por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, afirmándose en los fundamentos jurídicos de la misma:

(...) un intento de homicidio perpetrado en presencia de los menores, y, en un contexto como el aquí ocurrido, en el que el agresor había concertado la cita con su ex pareja para estar él con los niños, en lugar de dar cumplimiento al fin con el que habían concertado la cita, toma la decisión premeditada de tomar un cuchillo, entrar de improviso en el vehículo y delante de los hijos asestarle varias puñaladas a la mujer con intención de matarla y delante de ellos. Resulta, pues, incontestable que no puede haber acto más cruel para un niño que el ver cómo su padre intenta matar a su madre y a presencia suya con un absoluto desprecio del padre hacia su propio hijo/a de que éste sufra por ver tal escena imborrable en su memoria, por muchos informes que puedan decir lo contrario, a sabiendas de que va a dejar a su propio hijo/a sin su madre, con el sufrimiento doble que ello lleva consigo. Y decimos doble, porque el hijo/a ha visto morir a su madre, pero ese intento lo es por su propio padre, lo que debe provocar un sufrimiento en este menor de dimensiones incalculables en el plano psicológico y vivencial para el resto de su vida. Y ello, debe llevar consigo una sanción como la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, en este caso, o su privación por la vía del art. 55 CP en el caso de que sea éste aplicable.

En esta última sentencia se hace hincapié en el daño que puede reportar al menor ser testigo en el hogar o fuera de él del ataque a la madre., al considerarse que “la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma”. Considerándose asimismo que el mismo daño se ocasiona si el hecho se comete, fuera del hogar en presencia del menor. Al adecuado razonamiento del tribunal, cabría añadir que la imposición de la pena parece también oportuna en los casos en los que el delito se comete fuera de la presencia del menor. Es cierto que en este caso el hecho puede resultar menos traumático, pues el niño no es testigo de la muerte de su madre, sin embargo, va a verse

privado de su compañía, cariño y afecto el resto de la vida, por lo que también en este supuesto se entiende de aplicación accesorio.

Precisamente como última etapa en la evolución legislativa y jurisprudencial de la pena de inhabilitación y privación de la patria potestad, cabe destacar una importante novedad legislativa recogida en la disposición final sexta del Proyecto de LO de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia, cuando se escriben estas líneas, en tramitación, que modifica el art. 140 bis del CP estableciendo como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad en los delitos de homicidio y asesinato en los casos en que el autor y la víctima tuvieran hijos en común, también cuando la víctima fuera hija o hijo del autor, posibilidad únicamente operativa en los casos que el delito no llegue a consumarse pero que abre la puerta a plantear si se podría privar de dicho derecho respecto a los otros hijos del autor.

IV. CONCLUSIONES.

Tras el análisis de diferentes mecanismos jurídicos para mitigar el importante daño de la violencia de género en las víctimas más vulnerables de la misma, los menores, muchas veces instrumentalizados para violentar, doblegar y seguir discriminando a la mujer, podemos concluir con una valoración, en principio, positiva de la evolución del ordenamiento jurídico español en la tutela de las víctimas de la violencia de género.

Así pues, parecen muy pertinentes las últimas reformas de las leyes procesales que establecen la obligación del juez de pronunciarse de manera expresa, sobre las medidas civiles aplicables durante la tramitación del proceso penal y, en caso de no adoptarlas, tomar las medidas oportunas para garantizar el bienestar y seguridad de la mujer y de los menores.

Especialmente significativa la tutela que el EVD dispensa a los menores, víctimas doblemente vulnerables frente a la violencia de género, debido a sus particulares características, por ello pueden resultar muy efectivas la aplicación de las medidas de protección durante el proceso en la exploración del menor y también la posibilidad del nombramiento de un defensor judicial ante posibles discrepancias con los representantes legales. Con relación a esta figura sí sería oportuna una regulación más completa de la misma al modo en que se encuentra contemplada en la ley de jurisdicción voluntaria.

Con respecto a la problemática particular de las menores víctimas de la violencia ejercida por otro menor, sí resulta necesario articular una reforma de la LORRPM a fin de contemplar la problemática particular de ambos menores, víctima y victimario. Especialmente de la primera al no recoger, su específico

estatuto procesal la más completa regulación de la Lecrim aplicable a las víctimas adultas de la violencia de género.

Finalmente, con relación a las medidas estrictamente penales, parece oportuna, a salvo de un análisis más exhaustivo, la proyectada reforma del art. 140 bis del CP estableciendo la obligatoria imposición de la pena de privación de la patria potestad. Como se ha afirmado por la más reciente jurisprudencia, no hay vulneración más grave de los deberes inherentes a la patria potestad que la privación del otro progenitor y, con ello, del afecto y cariño esenciales en el desarrollo psicosocial del menor, que necesariamente se va a ver perturbado por un hecho de tal gravedad.

Así pues, resulta pertinente y adecuado que sea el juzgador penal quien se encargue de aplicar tal consecuencia que, por otro lado, ya venían admitiendo sin discusión los tribunales civiles. Se libra de esta manera al menor de la carga de tener que depender y, tal vez, convivir (en un permiso penitenciario) con el autor del homicidio o asesinato de la madre y del agravio de tener que acudir a un nuevo procedimiento civil para obtener tal resultado.

BIBLIOGRAFÍA

ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos de Lesiones", en BOIX REIG, J.: *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. I), Iustel, 2^a ed., Madrid, 2016.

BERNUZ BENEITEZ, M. J.: "El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas", *Revista de Victimología*, núm. 2, 2015.

BESTEIRO DE LA FUENTE, Y.: *Informe del grupo de trabajo de investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011.

BLANCO CORDERO, I.: "Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código penal", en PÉREZ MACHÍO, A. I.: *La integración social de la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

BOADO OLABARRIETA, M.: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 49, septiembre de 2019.

BORGES BLÁZQUEZ, R.: "Obligaciones estatales positivas de prevención y medidas de protección civiles para víctimas de violencia doméstica y de género. Una apuesta a favor de su regulación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

CARAVACA LLAMAS, C. D. : "Las otras víctimas: consecuencias y reconocimiento legal de los menores de edad víctimas de la violencia de género ejercida en el hogar", *Boletín Criminológico. Instituto andaluz universitario de Criminología*, núm. 191, 2020.

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

CASALS FERNÁNDEZ, Á.: "La tutela penal de los menores como víctimas y testigos de la violencia familiar en España", *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, Especial*, núm. 5, 2019.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Madrid, 2^a ed., 2010

CORCOY VIDASOLO, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CORTADA CORTIJO, N.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género", en ROMERO BURILLO, A. M. (coord.): *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de atención especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Madrid.

GARRIDO GENOVÉS, V. y LÓPEZ LUCIO, P.: *El secreto de Bretón. El caso que ha conmocionado a España y a la criminología*, Planeta, Barcelona, 2013.

GUINARTE CABADA, G.: "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ALBA, I. M. (dirs.): *Las penas privativas de derecho y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MANJÓN-CABEZA OLMEDO, A. en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir): *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2011.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal tras la LO 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

MARCHENA JURADO, A. M^a: "Análisis multidisciplinar de un doble asesinato: el caso 'Bretón'", *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, núm. XI, 2018.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género". *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2018.

MARTÍN-CARO SÁNCHEZ, J. A.: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, (Dir. por J. SÁNCHEZ MELGAR), Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 4ª ed., 2016.

MAYORDOMO RODRIGO, V.: "Aspectos victimológicos y criminológicos de la tutela penal reforzada de las/os menores de edad víctimas de delitos. El superior interés del menor frente al interés del progenitor maltratador", en PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir): *La integración social de/lla menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

MOLINA CABALLERO, M. J.: "Algunas fronteras de la Ley integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-24, 2015.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 21^a ed., Valencia, 2017.

OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: *Informe del grupo de trabajo de investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género*. Centro de publicaciones. Ministerio de Sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2011.

ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: “La protección de las hijas y los hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género. Especial consideración de la privación e inhabilitación de la patria potestad en el proceso penal”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir.): *La integración social de/lla menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

PÉREZ RIVAS, N:

- “La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial”, en AMMERMAN YEBRA, J. y GARCÍA GOLDAR, M. (coords.): *Propostas de modernización do dereito*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2017.

- “Tipificación penal de los actos de violencia de género y agravantes específicas”, en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. y RODRÍGUEZ CALVO M. S. (coords.): *Estudio empírico sobre la violencia de género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

RENART GARCÍA, F.: “Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-14, 2015.

REYES CANO, P.: “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017.

RIVAS VALLEJO, P. y MARTÍN ALBA, S.: “Efectos de la violencia de género sobre niñas y adolescentes”, en CABEDO MALLOL V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.): *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ROSSER LIMIÑANA, A.: “Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España”, *Papeles del Psicólogo*, núm. 38 (2), 2017.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.:

- *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006.

- "Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm.4, 2007.

RUIZ RUIZ, M. R.: "Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de ley de protección a la infancia", *Revista de Derecho, UNED*, núm.15, 2014.

SERRANO GIL, A.: "El defensor judicial", en POUS DE LA FLOR, M. P. (coord.): *Protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SOUTO GARCÍA, E. M.: "La pena de privación de la patria potestad", en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ALBA, I. M. (dirs.): *Las penas privativas de derecho y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: "Delitos de lesiones", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo I (arts. 1 a 233), Thomson Reuters. Aranzadi, 7ª ed., Cizur Menor, 2016.

TOLDRÀ ROCA, D.: "Efectos directos e indirectos sobre los hijos e hijas (II). La protección de menores: encrucijada judicial", en ROMERO BURILLO, A. M. (coord.): *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: "Delitos de lesiones", en ROMEO CASABONA, C. (coord.): *Derecho Penal Parte Especial*, Comares, Granada, 2016.

