

LA PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA VICARIA Y DE FEMINICIDIO: LAS REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE Y DE LOS ARTS. 46 Y 140 BIS DEL CÓDIGO PENAL¹

Elena Marín de Espinosa Ceballos

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Granada

Title: *The criminal protection of minors against their offender in cases of vicarious violence and femicide: The reforms of Organic Law 1/2004 and of art. 140 bis Penal Code*

Resumen: El ser madre aumenta el riesgo de sufrir violencia de género porque el agresor utiliza a los menores para dominar y controlar a la mujer. Por ello, esos menores que viven en la violencia también son víctimas directas de violencia de género. En este trabajo se analizan las últimas reformas destinadas a la protección de esos menores: la incorporación del concepto de violencia vicaria en el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y las reformas de los arts. 46 y 140 bis del Código Penal, aportando criterios de aplicación de la pena de privación de la patria potestad y obligando a los Jueces y Tribunales a imponer esa pena en los casos de feminicidios y de violencia vicaria.

Palabras clave: violencia de género; violencia vicaria; menores; pena de privación de patria potestad.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevos retos y reformas de la justicia penal de menores», PID2021-125718NB-100, financiado por el Plan Nacional I+D+I programa de Generación del Conocimiento. Ministerio de Ciencia e Innovación..

Abstract: *Being a mother increases the risk of suffering gender-based violence because the aggressor uses the minors to dominate and control the woman. Therefore, those minors who live in a context of violence are also direct victims of gender violence. This paper analyses the latest legislative reforms aimed at the protection of those minors: the incorporation of the concept of «vicarious violence» in art. 1 of Organic Law 1/2004 of December 28 on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence and the reform of arts. 46 and 140 bis of the Penal Code, providing criteria for the implementation of the penalty of deprivation of parental authority and obliging the Judges and Courts to impose such a penalty in cases of femicide and vicarious violence.*

Keywords: *gender violence; vicarious violence; minors; penalty of deprivation of parental rights.*

Sumario: 1. Introducción. – 2. La primera reforma de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para proteger al menor de la violencia de género. – 3. La segunda reforma de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para incluir la violencia vicaria. – 4. La pena de privación de patria potestad para proteger a los menores de la violencia de género. – 4.1. La reforma del art. 46 CP relativa a la pena de privación de la patria potestad. – 4.2. La reforma del art. 140 bis CP para obligar a imponer la pena de privación de patria potestad en los casos de violencia vicaria y de feminicidio. – 5. Conclusiones. – 6. Bibliografía.

1. Introducción

Una de las particularidades que presenta la violencia de género y que la diferencia de las otras violencias interpersonales es que se trata de una «violencia extendida», en el sentido de que esta violencia también repercute en otras personas que pertenecen al entorno de la mujer. Así es, la violencia que se ejerce sobre la mujer «no se encapsula»² sino que sus efectos se esparcen sobre sus convivientes, especialmente sobre los menores³. De ahí que los menores que viven en un entorno de violencia de género se ven doblemente afectados: por un lado, porque el ambiente violento les afecta negativamente a su desarrollo psicológico y, por otro, porque, en ocasiones, son instrumentalizados por el agresor para provocar daño psicológico a su madre (violencia vicaria)⁴, pues el uso de los

² Cfr. I., GÓMEZFERNÁNDEZ . «Hijas e hijos víctimas de la violencia de género». Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2018, p. 5.

³ I., GÓMEZFERNÁNDEZ , I. (2018), p. 5.

⁴ En este sentido M. J., GALVIS DOMÉNECH, V., GARRIDO GENOVÉS, «Menores, víctimas directas de la violencia de género». Boletín Criminológico. Artículo 5/2016, julio-agosto (n.º 165), p. 2; M. J., CAÑADAS LORENZO. «Violencia de género: protección de las víctimas Menores» Centro de Estudios Jurídicos, 2019. p. 7. <https://docplayer.es/214361490-Maria-jesus-canadas-lorenzo.html>

hijos es el modo más frecuente de coaccionar a la mujer⁵. Por ello, la maternidad es un factor de vulnerabilidad de la mujer en el sentido de que el agresor puede utilizar a los hijos como un medio más para dominarla y controlarla⁶.

El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género en su Declaración de 25 de junio de 2019⁷ hizo un llamamiento a las víctimas para que denunciaran y pidieran ayuda. En esta Declaración se dejó constancia de que las madres apenas denunciaban por el miedo a que el agresor causara daño a su hijo/a. Así es, «los estudios realizados durante años permiten afirmar que cerca del 80 por ciento de las mujeres asesinadas no habían presentado denuncia contra su agresor» y en torno al 75 por ciento de esas mujeres asesinadas eran madres. «La cifra pone de manifiesto que la maternidad es un factor que hace más vulnerables a las mujeres maltratadas. Y guarda relación con el elevado porcentaje de casos sin denuncia: la víctima tiene miedo y no denuncia ante el temor añadido de sufrir represalias del maltratador contra sus hijos. La maternidad se une así a otros factores de vulnerabilidad de las mujeres víctimas de maltrato, como son la dependencia económica del maltratador, la dependencia por situación de discapacidad o el embarazo». En definitiva, «el pánico atenaza a las mujeres maltratadas; temen posibles represalias». Sin embargo, como acertadamente afirma la doctrina⁸ y se manifiesta en la citada declaración «la denuncia es el paso previo necesario para que las distintas administraciones puedan poner en marcha su maquinaria, especialmente en el ámbito de la protección, la investigación de los hechos y la eventual condena al responsable del maltrato. Es la única llave

⁵ Cfr. G., CORDERO MARTÍN, C., LÓPEZ MONTIEL y A. I., GUERRERO BARBERÁN, «Otra forma de Violencia de Género: La instrumentalización. «¡Dónde más te duele!»». Revista de trabajo y acción social, n.º 59. 2017, p. 172.

⁶ Vid. P. REYES CANO. «Menores y Violencia de Género: de invisibles a visibles» Anales de la Cátedra Francisco Suárez, (Ejemplar dedicado a Menores y Derecho). N.º, 49, 2015, p. 215. Esta autora pone de manifiesto como todavía se mantiene la estructura jerárquica en el ámbito familiar, que legitima la imposición de la voluntad del padre de familia sobre los demás miembros, la mujer e hijos e hijas, atentado contra sus derechos fundamentales.

⁷ Vid.http://www.interior.gob.es/noticias/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_1YSI3xiWuPH/10180/10504277/

⁸ Un profundo estudio sobre el feminicidio con propuestas para proteger a las mujeres que no denuncian en J. G. FERNANDEZ TERUELO, «Diagnóstico del sistema de protección y propuestas de intervención para la predicción y prevención de feminicidios en contexto de pareja o expareja». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (2017) RECP 19-23, p. 16. Este autor denuncia que «en la actualidad, prácticamente todo el sistema de protección a las víctimas de violencia de género (valoración del riesgo y/o adopción de medidas cautelares) se hace depender de la previa presentación de denuncia por parte de la víctima. Sin embargo, estadísticamente dicha denuncia sólo concurre en torno a un 15-20% de las mujeres que fueron asesinadas por sus parejas o exparejas».

que abre la puerta de la esperanza para que la víctima pueda salir de la situación de maltrato»⁹.

Los estudios¹⁰ sobre los menores que viven en un contexto de violencia de género ponen de relieve que éstos sufren secuelas psicológicas negativas, provocándoles trastornos, entre los que cabe destacar el estrés traumático y la depresión¹¹. Además, mantienen conductas agresivas y antisociales, menor rendimiento escolar, adquieren menos competencias sociales; presentan promedios elevados de ansiedad, de alteraciones físicas, problemas cognitivos y de conducta¹². Estos menores expuestos a violencia de género, incluso, pueden presentar los mismos patrones que las víctimas que sufren en primera persona los abusos¹³. Estas consecuencias negativas en los hijos e hijas de las mujeres que sufren violencia de género se evidencia, por ejemplo, en el estudio llevado a cabo en el año 2017 en Andalucía, en el que se entrevistaron a 104 profesionales que trabajaban con mujeres y con menores víctimas de violencia de género. También el estudio puso de relieve que esos efectos nocivos «no dependen necesariamente de la forma en la que hayan sido expuestos o en la manera en la que se haya ejercido, sino de otros factores... las consecuencias de la violencia son prácticamente las mismas ya sea por

⁹ No obstante, la denuncia, en los supuestos en que la mujer adopta la decisión de separarse de su agresor» actúa «como estímulo desencadenante de reacciones extremadamente violentas del varón, incluida la muerte violenta de la mujer». Sin embargo, como ha demostrado J. G., FERNÁNDEZ TERUELO, «la decisión de ruptura que supone la denuncia queda parcialmente neutralizado por la adopción de la denominada Orden de Protección (y, en particular, las medidas de protección física de la mujer), mientras que, por el contrario, la decisión de separación (motivada por violencia) que no va acompañada de denuncia y su conocimiento por parte del el agresor no activa mecanismo alguno de protección física de la mujer. En este escenario se genera un estado de riesgo extremo para su vida». Cfr. J. G., FERNÁNDEZ TERUELO, «Riesgo de feminicidio de género en situaciones de ruptura de la relación de pareja». Estudios penales y criminológicos, nº. 33, 2013, p. 170.

¹⁰ En este sentido M. A., ESPINOSA BAYAL, «Hijos e hijas de mujeres maltratadas: consecuencias para su desarrollo e integración escolar» Instituto Vasco de la Mujer. Bilbao 2004, p. 12. http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/proyecto_nahiko_formacion/es_def/adjuntos/2004.11.30.angeles.espinosa.pdf

¹¹ Sobre la violencia invisible de los hijos/as de las mujeres de la violencia machista y aclarando la diferencia de éste con el maltrato infantil en C., NIETO MORALES. La crisis en las familias, infancia y juventud en el siglo xxi. Una mirada desde la experiencia laboral. Dykinson. 2015, ps. 117-124.

¹² Ampliamente sobre ello vid. B., LÓPEZ MONSALVE. Violencia de género e infancia: Hacia una visibilización de los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género. Tesis doctoral. Universitat d'Alacant. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/41712>; R., PATRÓ HERNÁNDEZ & R. M., LIMIÑANA GRAS. «Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas». Anales de Psicología. N.º 21, 2005, p. 4; B., PORTER & Y., LÓPEZ-ANGULO. «Violencia vicaria en el contexto de la violencia de género: Un estudio descriptivo en Iberoamérica». *CienciAmérica* (2022) Vol. 11, p. 3. <http://dx.doi.org/10.33210/ca.v11i1.381>.

¹³ A., SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE. «La violencia de género como causa de maltrato infantil». Cuadernos de Medicina Forense nº: 43-44, 2006, p. 153.

exposición o siendo víctimas directas, lo que varía es el origen de estas consecuencias.... Lo distinto es la forma en la que el/la niño/a experimenta y expresa la situación vivida»¹⁴. Además, un impacto tan lesivo les lleva frecuentemente a entender el mundo de una manera inadecuada, hasta el punto de llegar a confundir los modelos y roles sociales, pues al hallarse esos menores aún en una fase de crecimiento y desarrollo madurativo de conformación de su personalidad, en un entorno de violencia al que toman como referencia, acaban interiorizando los roles de maltratador o maltratada y los patrones de comportamiento violentos. De ese modo, la vida en un marco o contexto de violencia les impide discriminar, al cabo, lo que es adecuado o está bien¹⁵.

En vista de las terribles consecuencias que soporta este colectivo de menores, el legislador, paulatinamente, ha ido estableciendo medidas penales para protegerlos, también, como víctimas de la violencia de género¹⁶. Los últimos instrumentos han sido proporcionados por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adoles-

¹⁴ Cfr. G., CORDERO MARTÍN, C., LÓPEZ MONTIEL y A. I., GUERRERO BARBERÁN, (2017), p. 180.

¹⁵ Por todos, vid. L. F., ASENSI PÉREZ, «Violencia de género. consecuencias en los hijos» Revista psicológica científica, 2007. <http://www.psicologiacientifica.com/violencia-familiar>; C., NIETO MORALES (2015), p. 120; R., PATRÓ HERNÁNDEZ & R. M. LIMIÑANA GRAS. (2005), p. 4.

¹⁶ Por un lado, el Pacto de Estado contra la violencia de Género para la protección de los menores prevé las siguientes: Garantizar una prestación a todos los huérfanos por violencia de género. Establecer mecanismos para asegurar las pensiones de orfandad que puedan corresponder a los hijos de víctimas de violencia de género. Adoptar medidas que permitan que la custodia compartida en ningún caso se imponga en supuestos de violencia de género. Establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia. Prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género. Estudiar modificaciones legislativas para proteger a las víctimas que estén en situaciones de sustracción internacional de menores, cuyo origen sea un episodio de violencia de género. Por otro lado, ya se han realizado cambios en el ámbito del Derecho Civil para impedir la custodia compartida en casos de violencia de género. En este sentido, el art. 92.7º CC establece que «*no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté* incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica». También, el derecho foral establece esta restricción, como sucede en el derecho foral aragonés, que limita el régimen de guarda y custodia de los hijos en situaciones de violencia de género (art. 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código de Derecho Foral de Aragón». En similares términos el Derecho foral vasco, en el art. 11 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, se prevé que «no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género...». Sin embargo, ninguna de las medidas del Pacto de Estado alcanza a la prohibición de la patria potestad,

cencia frente a la violencia¹⁷, que en su disposición final sexta ofrece una nueva redacción al art. 46 CP e incorpora un segundo párrafo al art. 140 bis CP y en su disposición final décima modifica el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En concreto, se añade un segundo párrafo al artículo art. 140 bis CP para obligar al Tribunal a imponer la pena de privación de la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato cuando los menores tienen una relación de parentesco con el agresor o con la víctima. Esto es, el Tribunal debe apreciar, junto a la pena que corresponda por la realización de un delito contra la vida¹⁸, la pena de privación de la patria potestad con el fin de proteger a los menores del autor de la muerte. El precepto se redacta de manera neutra por lo que será apreciado en cualquier contexto, sin embargo, es bastante previsible que su aplicación se vincule, en la mayoría de los casos, a la violencia de género¹⁹. Esta pena de privación de la patria potestad se prevé para estos dos supuestos: «2. Si la víctima y quien sea autor de los delitos previstos en los tres artículos precedentes tuvieran un hijo o hija en común», que en la violencia de género sería de aplicación en los casos de feminicidios y, «cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren», que en un contexto machista se aplicaría a los casos de violencia vicaria. A su vez, la misma Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio ha modificado el contenido del art. 46 CP, que ofrece el concepto y el alcance de esta pena de privación de la patria potestad Y, finalmente, también ha reformado la Ley Orgánica 1/2004 para incorporar una definición de violencia vicaria, dejando así constancia que la violencia de género a que se refiere dicha ley «también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad».

vid. M., BOADO OLABARRIETA, «La privación de la patria potestad como medida penal y civil». *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 47. Enero, 2019, p. 98,

¹⁷ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE. núm. 134, de 5 de junio de 2021, con entrada en vigor el 25 de junio de 2021).

¹⁸ La obligación de apreciar la pena de privación de la patria potestad sólo se ha previsto para los atentados a la vida. Existen otros actos de violencia de género cometidos por los progenitores que afectan a sus hijos e hijas (lesiones, privaciones de libertad, etc.). Incluso, se critica que el legislador no prevea esta pena en el delito de mutilación genital femenina del art. 149.2º CP, está última carencia es criticada por P., PANTOJA FERNANDEZ, «Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia freno a la violencia. A la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de leyes integrales». Cuadernos de Política Criminal, n. 134. 2021, p. 20.

¹⁹ En este mismo sentido se pronuncia V., MAGRO SERVET, «El nuevo art. 140 bis CP sobre imposición preceptiva de la pena de privación de la patria potestad en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia» La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº. 151, 2021, que destaca la importancia de la reforma porque acaba con el carácter voluntarista de pena de privación de la patria potestad «en los casos de crímenes de género».

El estudio de estas reformas, esto es, el reconocimiento expreso de la violencia vicaria como violencia de género, la obligación de imponer la pena de privación de la patria potestad en los casos de violencia vicaria y en los de feminicidio con el fin de evitar que el menor se relacione con el homicida o asesino y el alcance de la pena de privación de la patria potestad, es el objeto principal del presente trabajo.

2. La primera reforma de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para proteger al menor de la violencia de género

Los menores, como se ha indicado, también sufren consecuencias negativas por la violencia de género ejercida contra sus madres. Consciente de ello, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, supuso un importante avance en su defensa. La Exposición de Motivos ya venía a indicar que «las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla su protección, no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer». De ahí que el artículo 19 de esta ley reconocía el derecho a la asistencia social integral, no sólo para la mujer, sino también para los niños y niñas menores de edad que se encuentren sujetos a la patria potestad o guarda

y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género. Y el Título IV de la ley, dedicado a la tutela penal, creó tipos agravados en los «delitos de violencia de género» para los supuestos en que esos hechos «se perpetren en presencia de menores» (arts. 173.2; 171.5 y 172.2 CP)²⁰.

Posteriormente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia²¹, modificó esta LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para avanzar en la protección de los menores que conviven con las mujeres violentadas. Con este fin se realizaron dos cambios en ella. El primero, y más relevante, fue la modificación del estatus de los menores que eran considerados víctimas indirectas, pasando a ser reputados víctimas directas, con lo que en la actualidad se equipara a la mujer víctima de violencia de género con los menores que conviven con ella. El reconocimiento de los menores como víctimas directas²² de la violencia de género se logra incorporándolos, expresamente, en el artículo 1 de la Ley, «con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos»²³, modificándose el segundo párrafo del art. 1²⁴ de la LO 1/2004. El art. 1.2º adquiere la siguiente redacción: «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*». Por consiguiente, el cambio ha consistido en sustituir el término genérico de «victima», presente en la anterior redacción²⁵, por la actual enumeración de los sujetos que merecen esa consi-

²⁰ Un estudio sobre los preceptos penales que fueron afectados por la Ley contra la violencia de género en M., ACALE SÁNCHEZ, «Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal» en C., VILLACAMPA ESTIARTE, (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Tirant lo Blanch, 2008, pp. 111 y ss.

²¹ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

²² Un sector de la doctrina ya solicitó que los menores tuvieran la consideración de víctimas directas, vid. B., SILLERO CROVETTO, «Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer». Revista de Derecho de Familia, n. 54. 2012, p. 31, que indicó que se «minimizan las conductas violentas del padre-agresor, tratando a los menores como «víctimas indirectas» de la situación de violencia de género, lo que supone ignorar su afectación directa, de ahí que en contados casos se suspenden las visitas con el maltratador, a pesar de ser una medida prevista expresamente en la Ley Integral como mecanismo para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz a la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de la violencia de género».

²³ Cfr. Preambulo de la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y de la adolescencia.

²⁴ Sobre el significado del art. 1 de la Ley antes de la reforma M., ACALE SANCHEZ, «El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género» en P., FARALDO CABANA (dir.) *Política criminal y reformas penales*. Tirant lo Blanch 2007, p. 55.

²⁵ Este párrafo primero de la LO 1/2004, de 28 de diciembre antes de la reforma tenía la siguiente redacción: «Por esta Ley se establecen medidas de protección integral

deración. En principio, podría interpretarse que se trata de una reforma menor. Sin embargo expresa un cambio esencial ya que, mediante la misma, la Ley contra la violencia de género considera al menor que convive con la mujer maltratada, teniendo una relación de patria potestad, tutela, guarda o custodia, víctima de violencia de género. Este nuevo estatus de víctima directa no ha modificado los derechos o las prestaciones que ya les reconocía esta Ley, pues el legislador tan solo se ha limitado a incluir expresamente a los menores en el artículo 1. Las medidas de asistencia y de protección otorgadas para la protección al menor se han reconocido en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito la que incorporó medidas de asistencia y protección al menor²⁶, que modificó el art. 10. En particular, el párrafo tercero del artículo 10, relativo al Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo, establece: «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»²⁷. Debe reconocerse que la inclusión del menor como víctima directa consigue otorgar más herramientas para proteger al menor y dar visibilidad a este grave fenómeno²⁸, sin embargo todavía no es suficiente²⁹. Es preciso continuar con medidas de concienciación, sensibilización y educación de la sociedad y de las instituciones, así como fomentar la formación de los operadores que intervienen en la lucha contra este tipo de violencia.

En segundo lugar, se modificaron los artículos 61, 65 y 66 de la LO 1/2004 para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación que tienen los Jueces de lo Penal de pronunciarse sobre las medidas cautelares de naturaleza civil que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia. Por consiguiente, la reforma legislativa insiste en ordenar a los jueces que conocen de los supuestos de violencia de género que se pronuncien sobre la relación que deben mantener los menores con el agresor de la mujer durante la tramitación del procedimiento. A ese fin les insta a que adopten medidas cautelares

cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas». (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

²⁶ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. «BOE» núm. 101, de 28/04/2015.

²⁷ El título I contiene los Derechos básicos y el Título III las medidas de protección de las víctimas.

²⁸ Ampliamente sobre esta reforma vid. E. B., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género». InDret 2/2018.

²⁹ Una visión crítica porque faltan medidas, se manifiesta P., REYES CANO, ob. cit., p. 197. Esta autora considera que si los menores son víctimas directas de la violencia de género y, por tanto, sujeto pasivo del delito, debería conllevar, al menos (al igual que ocurre con las mujeres víctimas), la valoración inmediata por parte del Juez o Jueza de la adopción de medidas de alejamiento y comunicación del padre agresor hacia los hijos e hijas.

para proteger al menor, al abrir las primeras diligencias o durante la fase de instrucción.

Efectivamente, el art. 61 de la Ley, para proteger al menor, otorga al Juez de lo Penal la facultad de suspender el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho (art. 65); y también lo faculta para suspender el régimen de visitas, de estancia y la relación o la comunicación con el menor (art. 66)³⁰. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad³¹ ha vuelto a modificar la redacción del art. 66³² para eliminar, «aparentemente», el carácter potestativo de la adopción de estas medidas y que se aprecien obligatoriamente³³, excepto si el interés superior del menor aconseja no imponerlas. Y si, finalmente, declara que no proce-

³⁰ Conviene recordar que las medidas cautelares incorporadas a la Ley contra la violencia de género y reguladas en los art. 64, 65 y 66, ya se encuentran previstas en otros preceptos. En particular, el art. 544 quinques LEcrim, previsto expresamente cuando resulte proporcional al fin de protección de la víctima menor de edad o que posea la capacidad judicialmente modificada. Este artículo se incorporó con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, para los delitos mencionados en el artículo 57 del Código Penal, que, entre otros, incluyen los considerados por nuestra ley como delitos cometidos por violencia de género (lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral y el honor). También se contienen estas medidas en el art. 544 bis LEcrim, pero en relación a todas las víctimas de los delitos recogidos en el art. 57 CP. A su vez el art. 544 ter LEcrim, regula estas medidas cautelares para los supuestos de aplicación de una orden de protección, que será el caso más habitual. Este último precepto ha sido modificado en sus apartados 6º y 7º por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Vid. Fiscalía General del Estado (2021). Nota de Servicio 1/2021.Unidad de violencia contra la mujer. Criterios orientativos en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 ter LEcrim y 94.4 CC. Disponible en <https://www.cicac.cat/wp-content/uploads/2021/10/NOTA-SERVICIO-1-2021-Unidad-Violencia-sobre-Mujer-FGE.pdf>

³¹ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad. «BOE» núm. 215, de 07/09/2022. Entrada en vigor el 7 de octubre de 2022.

³² Redacción del art. 66 en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio; De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. «El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución».

³³ Redacción del art. 66 por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. «El Juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación con dichos servicios.

de dicha suspensión, deberá pronunciarse, en todo caso, sobre cómo se ejercerá el ejercicio de la patria potestad o la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del investigado o encau-sado por violencia de género respecto de los menores que dependan del agresor.

Estas medidas, que ya se contemplaban antes de reformar la LO 1/2004 en el año 2015, se han aplicado, sin embargo, en escasas oca-siones³⁴, exceptuando las impuestas mediante la orden de protección, lo que ha contribuido a la desprotección de los menores. Por este motivo, la reforma incorporó también una cláusula abierta que facilita al Juez la aplicación de todo tipo de medidas que puedan proporcionar mayor am-paro y seguridad al menor. Dicha cláusula se ubica en el último párrafo de los artículos 65 y 66, y establece que el Juez «adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer». La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad ha aportado al artículo 66 que dichas medidas se realicen «a través de servicios de atención especializada». Al tiempo que se insta al Juez a que realice «un seguimiento periódico de su evolución».

3. La segunda reforma de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para incluir la violencia vicaria

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha vuelto a ser modificada, en este caso, por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, para incluir, expresamente, la violen-cia vicaria. Con este fin, el legislador añade al art. 1 un nuevo párrafo, el número 4º, en el que se ofrece una definición de este fenómeno: «4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero». Recordemos que en el apartado primero al que se remite el nuevo párrafo se concreta quienes

³⁴ Un interesante estudio que refleja la escasa aplicación de estas medidas por nuestros en B., SILLERO CROVETTO, ob. cit., p. 30. En concreto estudia la aplicación de la suspensión de la guarda y custodia durante los años 2005 a 2010, poniendo de relieve «que en estos cinco años se ha adoptado en 11.052, en el primer semestre del año 2010 en 959 supuestos, supone el 7,2%, porcentaje menor al reflejado en los años 2009 y 2008. De estos datos deduce que no se está haciendo uso de los mecanismos puestos a disposición del Juez de Violencia sobre la Mujer para erradicar y prevenir este tipo de conductas agresoras. Analizando los siguientes años, desde 2013 a 2017, vid. E. B., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ob. cit. pp. 15 y ss.

son los autores de la violencia de género, que mantiene todavía el texto original de 2004, por lo que en éste se hace referencia a los hombres que «sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». No es posible encontrar una justificación para mantener este concepto erróneo de violencia de género limitado a la pareja³⁵, esto es, a la violencia ejercida contra la mujer en el ámbito de la pareja – la denominada violencia de género intrafamiliar -. Por lo que el legislador español continúa desatendiendo el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011³⁶, que también incluye en el concepto de violencia de género la que se ejerce contra cualquier mujer, por el hecho de serlo.

Desde el año 2013, fecha en que la Delegación de Gobierno de Violencia de Género incorpora el dato de menores víctimas mortales en las estadísticas, hasta el 2021, se han contabilizado 46 casos. La Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género afirma que «la violencia vicaria es una forma de violencia machista³⁷. Así, en su página web³⁸ se puede localizar ésta en el apartado dedicado a «otras formas de violencia contra la mujer». En concreto, está ubicada entre la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, la mutilación genital femenina y la trata de mujeres.

La doctrina no es unánime a la hora de asignar el nombre de violencia vicaria a la muerte de un menor cometida por su padre. Hay autores que la califican de «violencia por sustitución»³⁹ y otros que proponen rescatar el término «filicidio por venganza»⁴⁰ porque vicario suele emplearse

³⁵ Aunque en el caso concreto de la violencia vicaria el autor si mantiene o ha mantenido una relación de pareja con la mujer, pero no es así en otros casos de violencia de género, como, por ejemplo, en los feminicidios, en las lesiones, en los acosos o en las violencias sexuales.

³⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Entrada en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014. Instrumento de ratificación de España, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

³⁷ En un sentido diferente, calificándolo de violencia infantil, M. C., PERAL LÓPEZ, Madres maltratadas: violencia vicaria sobre hijas e hijo. Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, 2018, p. 36.

³⁸ <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/violenciaVicaria/home.htm>

³⁹ En este sentido se manifiestan S., GARCÍA ASCOT/A., SEGOVIA URBANO, «Violencia vicaria vista desde la clínica». *Revista con la A*, n.º 78. 2021, p. 4. <https://conlaa.com/violencia-vicaria-vista-desde-la-clinica/?output=pdf>

⁴⁰ Vid. E., GARCÍA-LÓPEZ MILA DEL CAMPO/D., GONZÁLEZ TRIJUEQUE «Sobre la llamada «violencia vicaria». INACIPE, Instituto Nacional De Ciencias Penales. Julio 2021, p. 2.

https://www.researchgate.net/publication/353161793_Sobre_la_llamada_violencia_vicaria. Estos autores señalan que el asesinato de los hijos como venganza hacia la madre históricamente se ha conocido, gracias a Racovsky y Resnick, como «filicidio por venganza» y que este concepto cuenta con una amplia lista de publicaciones científicas y

para situaciones diferentes, como, por ejemplo, en relación al denominado trauma vicario⁴¹. Vicario implica la instrumentalización de otro, a través de terceras personas y, por tanto, no es algo exclusivo de los progenitores. De ahí que se critique que la violencia vicaria se vincule únicamente con la violencia ejercida por el padre, pues «no sólo es incorrecto porque no está sustentando por los estudios científicos realizados hasta la fecha sobre el fenómeno del filicidio»⁴², sino que, además, ese concepto se enmarca en una concreta ideología⁴³. En sentido similar se manifiesta Lorente Acosta, afirmando que la violencia vicaria «no es violencia de género, se puede utilizar dentro de la violencia de género, pero también en otros contextos violentos cuando se antepone una persona para ocasionar un daño a otra»⁴⁴. Ésta se presenta cuando se utiliza a otra persona para presionar a otro, a modo de chantaje, o para causarle directamente daño, como sucede en los casos «de ajustes de cuentas entre organizaciones o para obtener algún tipo de beneficio cuando se utiliza con empresarios o con políticos»⁴⁵. En definitiva, estos autores advierten que «se debe ser prudente al utilizar de manera generalizada este concepto como si sólo fuera violencia de género». Pese a reprochar que la violencia de género se «apropie» de la expresión violencia vicaria, esos autores reconocen que, al menos, socialmente se ha conseguido visibilizar un tipo y un grado particular de la violencia. En efecto, estas conductas «han requerido un nombre especial por lo grave y devastador de los casos que han presentado esta violencia, para que la notemos a nivel social y en su atención clínica y legal»⁴⁶.

consenso internacional. Afirman que es muy conocida y utilizada la clasificación propuesta por Resnick en 1969 sobre los tipos de Filicidio: 1) Filicidio Altruista, 2) Filicidio por psicosis aguda, 3) Filicidio por hijo no deseado, 4) Filicidio accidental (por maltrato físico), y 5) Filicidio por venganza. Este último, según, estos autores *es menos conocido que los otros tipos y se produce cuando un progenitor asesina a uno o varios de sus hijos para causar dolor y sufrimiento emocional al otro progenitor, que es su actual o anterior pareja sentimental*. Estos los autores citan, entre otros, Resnick, P. J. (1969). Child murder by parents: A psychiatric review of filicide. American Journal of Psychiatry, 126, 325-334. Resnick, P. J. (1970). Murder of the newborn: A psychiatric review of neonaticide. American Journal of Psychiatry, 126(10), 1414-1420. Resnick, P. J. (1969). Child murder by parents: A psychiatric review of filicide. American Journal of Psychiatry, 126(3), 325-334.

⁴¹ El trauma vicario se identifica con el desgaste psicológico o emocional que pueden sufrir las personas que se dedican a cuidar de otros y que están en permanente contacto con las emociones de otras personas que lo están pasando mal.

⁴² Cfr. E., GARCÍA-LÓPEZ MILA DEL CAMPO/D. GONZÁLEZ TRIJUEQUE. (2022), p. 3.

⁴³ Critica de E., GARCÍA-LÓPEZ MILA DEL CAMPO/D. GONZÁLEZ TRIJUEQUE. (2022), p. 3.

⁴⁴ Cfr. M., LORENTE ACOSTA, «Violencia vicaria». Revista AUTOPSIA. Junio 2021, p. 2 <https://miguelorenteaautopsia.wordpress.com/2021/06/15/violencia-2/>

⁴⁵ Cfr. M., LORENTE ACOSTA, (2021), p. 2.

⁴⁶ En este sentido se expresan S., GARCÍA ASCOT/A., SEGOVIA URBANO (2021), p. 4.

El término vicario, como se ha indicado, significa que se sustituye por otro o que se coloca en el lugar de otra persona o cosa⁴⁷. La violencia vicaria es una violencia secundaria a la víctima principal porque se pretende controlar, dominar y dañar a la mujer a través de terceros, esto es, por persona interpuesta⁴⁸. Tampoco existe unanimidad sobre el grupo de personas objeto de instrumentalización mediante esta clase de violencia. Las distintas propuestas doctrinales se podrían agrupar en tres, atendiendo a la mayor o menor cantidad de sujetos a los que alcanzaría la violencia ejercida por el agresor. Una primera posición, la más estricta, es aquella que limita el ejercicio de la violencia a los hijos e hijas de la mujer⁴⁹. Así se expresa la Nota de Servicio 1/2021 de la Unidad de Violencia contra la Mujer de la Fiscalía General del Estado, al identificarla con «aquella violencia que se ejerce sobre los niños y niñas con la sola intención de causar el máximo daño posible a sus madres»⁵⁰. Una segunda postura, la intermedia, incluye, junto a los hijos e hijas, a otras personas cercanas a la mujer, es decir, a «otras personas de los entornos que de manera puntual puedan ocupar una posición importante, con el objeto de reforzar el control que se consigue con la violencia directa sobre la mujer»⁵¹. Y, finalmente, se defiende una propuesta amplia, la cual afirma que, junto a ciertas personas cercanas a la mujer, la violencia podría recaer en objetos o animales, dado que «el agresor utiliza a los hijos o hijas, animales, bienes o seres queridos y valorados por la mujer con el objetivo de hacerla sufrir o dañarla»⁵².

El nuevo párrafo 4º del art. 1 de la LO 1/2004, 28 de diciembre, se ha decantado por un concepto intermedio de violencia vicaría, al expresar que «con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad». Esta definición, por

⁴⁷ Definición propuesta por S.E., VACCARO, *Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema. «violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres»*. Junta de Andalucía, 2021, p. 70.

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores_2021.pdf. Esta autora defiende una definición muy similar a la indicada por la RAE: «que tiene las veces, poder y facultades de otra persona o la sustituye».

⁴⁸ Vid. PORTER & LÓPEZ-ANGULO. (2022), p. 4.

⁴⁹ Es la propuesta de S.E., VACCARO (2021), p. 11.

⁵⁰ Cfr. Fiscalía General del Estado (2021). Nota de Servicio 1/2021.Unidad de violencia contra la mujer. Criterios orientativos en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 ter LECrime y 94.4 CC. Disponible en <https://www.cicac.cat/wp-content/uploads/2021/10/NOTA-SERVICIO-1-2021-Unidad-Violencia-sobre-Mujer-FGE.pdf>, p. 3.

⁵¹ Esta posición es la que defiende un mayor número de autores, M., LORENTE ACOSTA (2021), p. 4; M.^a DEL R., MARÍN PINILLA/J., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «El prescriptor en la violencia de género, a través de la popularización del concepto «violencia vicaria». Estudio de la docuserie Rocío, contar la verdad para seguir viva en la prensa española digital». En M.P., ÁLVAREZ CHÁVEZ/ G.O., RODRÍGUEZ GARAY/ S., HUSTED RAMOS (Eds.) *Comunicación y pluralidad en un contexto divergente*. Dykinson. 2022, p. 328.

⁵² Cfr. S., GARCÍA ACOSTA., SEGOVIA URBANO (2021), p. 2.

tanto, extiende el grupo de afectados por la violencia de género vicaria más allá de los hijos e hijas. A mi juicio esta definición es correcta y acorde con la realidad. Aunque las estadísticas reflejan que, mayoritariamente, la violencia recae sobre los hijos e hijas, como lo demuestran, por ejemplo, las cifras del año 2021 de muertes de menores en este contexto, pues en los siete casos que hubo, el autor fue el padre biológico⁵³. Sin embargo, en ocasiones, también se comprueba que la violencia se comete contra otros parientes (muerte de la suegra⁵⁴). Ciertamente, los términos utilizados en este concepto —familiares o allegados menores de edad— son imprecisos, pues no tienen concordancia ni con las relaciones jurídicas reguladas en el Código Civil, ni con los sujetos que se incluyen en los delitos de «género» o de «violencia familiar» del Código Penal, como por ejemplo, los expresados en el art. 173.2º CP. En relación al fenómeno que se considera el legislador ofrece una novedosa cláusula abierta que requerirá de los operadores del derecho la realización de una labor de interpretación en cada caso concreto, a fin de determinar si el daño causado a un «familiar o allegado menor de edad» persigue el control, dominio y sufrimiento de la mujer.

En definitiva, el artículo 1 de la LO/2004, de 28 de diciembre, a partir de esta reforma, hace referencia a dos clases de víctimas. Por un lado, se hallan las víctimas directas, reguladas en el segundo párrafo del artículo 1, que alude «a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia» y, por otro, las víctimas de violencia vicaria, concepto que se integra, además de con estas víctimas directas, con otros familiares o menores allegados, según el nuevo párrafo 4º del art. 1. Ello implica que si la pareja o expareja sentimental ejerce violencia contra los hijos menores o sobre los menores sujetos a tutela, guarda o custodia en un contexto de violencia hacia la mujer tendrán «directamente» la consideración de víctimas de violencia de género y, por tanto, se beneficiaran de todas las medidas de asistencia previstas en la LO 1/2004. Sin embargo, cuando la pareja o ex pareja ejerce violencia contra las otras víctimas de la violencia vicaria —los otros familiares o menores allegados—, será preciso demostrar, en cada caso, si la violencia que recae en ellos se dirige a causar daño a la mujer y a controlarla o dominarla.

La manifestación o consecuencia más extrema, en los casos en que la violencia vicaria afecta a los hijos, es la muerte, pero el agresor también puede causar al menor otros resultados que están tipificados en el Código Penal, como, coacciones, lesiones, atentados a la integridad moral, detenciones ilegales, etc. De ahí que los profesionales que trabajan con mujeres

⁵³ https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores_2021.pdf

⁵⁴ En algunos casos, la violencia ha alcanzado a otros familiares, como la muerte de la mujer y de la suegra de dos disparos, en presencia de su hijo menor 4 años (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia núm. 425/2019 de 3 octubre. ARP\2020\548).

y menores víctimas de violencia de género denuncien que los que no han sufrido ese trágico final queden en un segundo plano⁵⁵ o resulten, incluso, invisibles⁵⁶. Está constatado que esta forma de violencia aumenta cuando se produce la ruptura de la pareja⁵⁷. Así, lo pone de manifiesto la Ficha estadística de menores víctimas mortales por Violencia de Género del año 2021⁵⁸, en la que la madre no convivía con el agresor en el 74.1% de los casos de muertes de menores. Hay que insistir, por tanto, en que, en el momento en que se produce la separación de la pareja, hay que extremar la prevención mediante la adopción de medidas cautelares de protección, tanto para la mujer, como para los menores. Lamentablemente, cuando la mujer toma la decisión de separarse del agresor se incrementa la probabilidad de que el excónyuge o expareja instrumentalice a los menores porque se trata del único nexo que todavía mantiene con la mujer y es a través de ellos como puede seguir controlándola y dominándola. «Hay muchas maneras de hacer daño a la madre a través de los niños: con la alimentación, exponiendo a los menores a situaciones no adecuadas, hablándoles mal de la madre, descuidando su higiene... Ahí hay un daño psicológico hacia la madre»⁵⁹. Efectivamente, la violencia vicaria, en la mayoría de las ocasiones, se inicia con violencia psicológica de género, como revela el estudio realizado por Vaccaro. En este estudio se confirma que, en el 60% de los casos, el asesino había amenazado previamente a la madre con frases como «te quitaré a los niños» o «te quitaré lo que másquieres». Sin embargo, sólo se denunciaron el 20% de las amenazas. Sorprendentemente, en ninguno de los casos estudiados se habían establecido medidas de protección para los hijos o las hijas⁶⁰. En la mayo-

⁵⁵ Vid. M.J., GALVIS DOMÉNECH/V., GARRIDO GENOVÉS, (2016), p. 2.

⁵⁶ Así lo demuestra el estudio realizado por S.E., VACCARO, (2021), p. 68. En esta investigación se analizan 400 sentencias relacionadas con la violencia hacia la mujer o hacia los/as menores, que han sido extraídas de la base de datos CENDOJ. De los 400 casos de asesinatos de menores, la autora detectó en 51 de ellos casos de violencia vicaria extrema. Éstos son supuestos *en los que existe la intencionalidad de dañar a la madre*. La investigación destaca la ausencia en las sentencias de datos de las niñas y de los niños asesinados. En concreto, no se hace referencia a la conducta del agresor con respecto a esos menores ni el vínculo emocional con el agresor, etc.: «Las niñas y los niños son invisibles en estas causas, no existen, no se les considera, no tienen voz y por lo mismo, falla la protección que el Estado en general y las Instituciones en especial, deberían poder otorgarles. Su palabra es devaluada, al punto de silenciarla y se comete una discriminación flagrante por causa de su edad, olvidando que son seres de derecho con derechos».

⁵⁷ En la mayoría de los casos, el agresor es el padre biológico de las víctimas (82%) que, en más de la mitad de las ocasiones, se encuentra separado o divorciado (52%). Solo un 26% tiene antecedentes penales, de los cuales el 60% es por violencia de género. A pesar de ello, según el estudio, en el 74% de los casos analizados se ha identificado violencia de género. Sin embargo, de estos, en el 46% no había denuncia previa. Cfr. S. E., VACCARO, (2021), p. 12.

⁵⁸ https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores_2021.pdf

⁵⁹ Cfr. G., CORDERO MARTÍN, C., LÓPEZ MONTIEL, A. I., GUERRERO BARBERÁN, A. I. (2017), p. 179.

⁶⁰ Según el estudio de S. E., VACCARO, (2021), p. 28

ría de las ocasiones, por tanto, antes de producirse violencia física sobre el menor, previamente había existido violencia psíquica sobre la madre. Esta modalidad de violencia psíquica es muy difícil de identificar porque se amenaza a la madre, pero el mal recae sobre los menores. Una tarea pendiente es la de relacionar la violencia física sobre los menores cuando ésta se dirige a dominar, controlar y causar sufrimiento a la madre, como violencia de género-violencia vicaria, porque el «sistema», generalmente, califica a tales actos constitutivos de maltrato infantil, es decir, los reputa de violencia familiar o doméstica. La LO 1/2004 ha dado el paso de vincular la violencia ejercida contra los hijos como violencia de género (violencia vicaria), pero también tiene que aplicarse en los tribunales. Por este motivo, hay que insistir en la necesidad de continuar concienciando y formando a todos los profesionales implicados con el fin de adoptar, así mismo, medidas de protección de los menores. Es alarmante saber que la locución «violencia vicaria» no está demasiado extendida entre algunos profesionales⁶¹. En el estudio ya citado del año 2017 se comprobó que los que trabajaban con el colectivo de víctimas de violencia de género no lo conocían, e incluso algunos comentaron que no les gustaba esa expresión, prefiriendo el concepto de instrumentalización de los/as hijos/as⁶².

4. La pena de privación de patria potestad para proteger a los menores de la violencia de género

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia avanza en la protección de los menores modificando también algunos preceptos del Código Penal⁶³. Uno de los cambios ha afectado al art. 46 CP con el fin de ofrecer criterios para que la autoridad judicial pueda concretar cuáles son los derechos que puede mantener el condenado respecto de los menores o personas con discapacidad. Además, al art. 140 bis CP se le ha añadido un nuevo párrafo que regula la imposición de una nueva pena privativa de derechos para los casos de tentativa o de resultado de muerte. En particular, la reforma de este precepto prevé la obligación de imponer al autor de esos hechos la pena de privación de la patria potestad respecto de los menores que tienen una relación de parentesco con la víctima o con el autor. En el contexto de la violencia de género esta pena se aplicaría en

⁶¹ Así se indica en el estudio de S. E., VACCARO, (2021), p. 11.

⁶² Vid. G., CORDERO MARTÍN, C., LÓPEZ MONTIEL, A. I., GUERRERO BARBERÁN, (2017), p. 180.

⁶³ La LO 8/2021, de 4 de junio ha afectado a los arts. 22.4º; 39, párrafo b); 45; 45; 49; 57.1º; 83. 6º, apartado 1; 107; 130. 5º, apartado 1; 132.1º; 148.3º; 156 ter; 156 quáter; 177 bis.1º; 183. 3º y 4º apartado 1; art. 183 a) y d). apartado 4; 183 quáter; 189 b), c) y g), apartado 2; 189 bis; 192. 3º; 201; 215.3º; 220. 2º; 225 bis. 2º; 267. 3º; 314; 511; 512; 515.4º. Además, ha introducido los arts. 143 bis; 156 quinqueis; 189 ter; 361 bis.

dos supuestos diferentes; por un lado, se prevé esta sanción penal para el autor de un feminicidio con respecto a los hijos o hijas que tuviera en común con la mujer y, por otro, en los casos de violencia vicaria respecto de sus otros hijos e hijas, si existieren. Esta modificación del art. 140 bis CP es un reconocimiento expreso de que los menores huérfanos de feminicidios y los menores que han perdido a sus hermanos por violencia vicaria son víctimas directas de violencia de género.

4.1. La reforma del art. 46 CP relativa a la pena de privación de la patria potestad

La pena de privación de la patria potestad no se introduce en el Código Penal de manera expresa hasta la LO 5/2010, de 22 de junio. En la Exposición de Motivos de esta ley se indica que con esta pena se persigue «completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores». Pese a ello, la reforma solo la incorporó como pena principal en el art. 192.3º CP, relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pero su aplicación era potestativa. Desde la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ya su aplicación es obligatoria en los delitos regulados en los Capítulos I, II y IV, continuando su aplicación facultativa en el resto de delitos del Título VIII⁶⁴.

También esta pena puede imponerse como pena accesoria, tanto en los casos en que la pena principal es de prisión igual o superior a diez años (art. 55 CP), como en las penas de prisión iguales o inferiores a diez años (art. 56 CP). En estos supuestos, su imposición no es automática, ya que solo se apreciará «cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido».

Esta nueva pena se ubicó en el art. 46 CP, detrás de la ya existente pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, dándole la siguiente redacción: «La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva

⁶⁴ La actual redacción del apartado 3 del artículo 192 CP es la siguiente: «3. La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad y en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo II, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años. A las personas responsables del resto de delitos del presente Título se les podrá imponer razonadamente, además de las penas señaladas para tales delitos, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, así como la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años».

al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. 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 del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas».

Además, la pena quedó incorporada en el catálogo de penas privativas de derechos del art. 39 CP, asignándosele la letra j: «j) La privación de la patria potestad» y, a su vez, en el art. 33.2º k) CP, calificándose como una pena grave.

La pena de privación de patria potestad, como se ha indicado, se ubicó junto a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, pese a que son dos penas diferentes. Así es, su alcance y sus consecuencias jurídicas son distintas, aunque la jurisprudencia utiliza ambos conceptos de manera indistinta y «parece, a veces, confundirlos»⁶⁵. En la doctrina también había cierta confusión en relación al alcance de la pena de inhabilitación, especialmente, se discutía si su apreciación conllevaba la pérdida definitiva de los derechos o si lo que provocaba era la suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad⁶⁶. Este debate quedó zanjado cuando se incorporó al art. 46 CP la nueva pena de privación de la patria potestad porque en su descripción se aclaró esta cuestión. Así, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento está sujeta a una duración determinada, es decir, tiene naturaleza temporal⁶⁷. Y, por el contrario, la pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad, y su aplicación provoca la extinción definitiva, perdiéndose «la relación de derecho de familia existente entre el condenado y los menores sujetos a estas instituciones»⁶⁸, aunque subsistan los derechos de los que sea titu-

⁶⁵ Cfr. J. A., MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, «La privación de la patria potestad por sentencia penal», *LA LEY Derecho de familia*, nº 12, 2016, p. 2.

⁶⁶ Vid. J. A., MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, (2016), p. 6.

⁶⁷ En este sentido J., DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», *Revista general de derecho*, (637-638), 1997, pp. 12117-12138; V., MAGRO SERVET, «La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal». http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patriapotestad-medida-aplicable-proceso-penal_11_1061305001.html), p. 3.

⁶⁸ Cfr. E. M.^a, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código penal» *Cuadernos de Política Criminal*, nº, 112, 2014, p. 177.

lar el hijo⁶⁹ respecto del penado⁷⁰. Mas ello no impide que, en un futuro pueda recuperarse, conforme a lo previsto en el Código Civil, ya que «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» (art. 170.2 CP). En definitiva, se diferencian ambas sanciones, la inhabilitación y la privación, por su gravedad y su temporalidad.

La función de estas penas es doble, pues no sólo tiene un carácter punitivo, sino también protector porque con ellas se persigue apartar al sujeto de la actividad delictiva con el fin de favorecer el desarrollo del menor o incapaz, impidiendo que éstos puedan sufrir por parte del condenado aquellas conductas nocivas que no atiendan a su educación o a su formación integral. La aplicación de esta pena no es, como se ha indicado, automática, sino que el juez debe acordarla y determinar cuáles son las facultades o derechos de los que se le priva al condenado, pues el art. 46 CP, como se ha señalado, pese a producir la perdida de la titularidad de la patria potestad «subsisten los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado». En la redacción inicial del art. 46 CP no se ofrecía ninguna pauta respecto a que derechos que debían subsistir y, entre ellos, se dudaba si se tenía que mantener o no el derecho a relacionarse con el menor. Con respecto a esta cuestión, la jurisprudencia ha sido heterogénea y algunas sentencias resoluciones han mantenido el contacto con el menor y en otras no. En este sentido, por ejemplo, la STS, Sala 1^a, de 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3108)) permitió que el condenado se relacionara con el menor, manteniéndose el derecho de visitas, por entender que esta privación no podía afectar a este derecho que es considerado un derecho natural del padre. Esta interpretación, configura «una especie de privación parcial, siempre que ello redundara en interés del menor»⁷¹. Sin embargo, en otras resoluciones judiciales, como la SAP de Lérida de 18 de febrero de 1993, se impidió el contacto del progenitor con el menor, interpretando lo contrario, es decir, que no se trata de un verdadero derecho, sino que constituye una decisión judicial que debe tener presente, en todo caso, las circunstancias del caso y, especialmente,

⁶⁹ El art. 110 del CC dispone que «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por sus hijos menores y a prestarles alimentos».

⁷⁰ C., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, «Privación de la patria potestad y proceso penal», *InDret*, 2007, Núm. 4, p. 4. <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/78448>. Esta autora considera que la incorporación de la pena de privación de la patria potestad ha supuesto una mejora. Especialmente, el carácter necesariamente temporal de la pena de inhabilitación, que planteaba situaciones de desprotección a la víctima del delito, pues al transcurrir el tiempo de la condena, el sujeto recuperaba automáticamente la patria potestad. En la actualidad el juez penal, al privar de la patria potestad, aplica el Código Civil y ello impide que se vincule la privación de la potestad a la duración de la condena penal, que siempre ha de ser temporal.

⁷¹ Cfr. J. A., MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, (2016), p. 9.

la gravedad de los hechos⁷². Esta última solución es la defendida por la doctrina mayoritaria porque esta sanción tiene una finalidad protectora del menor. De ahí que esos derechos «parecen más bien referirse a derechos de naturaleza asistencial»⁷³.

Las consecuencias que conlleva la aplicación de esta pena es que el progenitor pierde la titularidad de su potestad paterna, lo que impedirá que participe en las decisiones sobre la educación o formación de los hijos/as. Tampoco podrá administrar sus bienes ni ser su representante legal (arts. 154 a 156 CC). Sin embargo mantendrá los deberes derivados de la filiación de velar por sus hijos y prestarles alimentos derivados de la filiación (art. 110 CC)⁷⁴.

A raíz de las modificaciones que ha realizado la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia al art. 46 CP se proporciona los criterios que tiene que utilizar la autoridad judicial para determinar qué derechos subsisten en el penado, aunque realmente el legislador viene a consolidar los que los tribunales ya estaban aplicando⁷⁵. La nueva redacción del art. 46 CP⁷⁶ es la siguiente: «La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona *condenada* de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo *aquellos* derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona *condenada* que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona *condenada*.

Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor

⁷² Ampliamente sobre ello en J. A., MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, (2016), p. 9

⁷³ Cfr. J. A., MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, (2016), p. 9.

⁷⁴ Ampliamente sobre ello V., MÚRTULA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson. 2016, pp. 110 y 111.

⁷⁵ Es doctrina unánime que la protección del bien superior del menor es la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de las penas de inhabilitación o de privación de la patria potestad. Entre ellas, por ejemplo, STSS 452/2019 de 8 de octubre (RJ 2019/4020); 351/2019 de 9 de julio (RJ 2019/3504); 247/2018 de 24 de mayo (RJ 2018/3015) y 477/2017 de 26 de junio (RJ 2017/3282).

⁷⁶ Con el fin de destacar los cambios realizados en el nuevo texto del art. 46 CP se han señalado en cursiva.

de edad o con discapacidad, en relación con las circunstancias del caso concreto.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada y la rehabilitada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las comunidades autónomas».

Varios son los cambios producidos en este precepto. Al párrafo primero se han realizado modificaciones de carácter meramente formal, que afectan sólo a su redacción. La novedad se localiza en el nuevo párrafo segundo, que establece los criterios a los que la autoridad judicial debe atender para determinar qué derechos subsisten en el penado. Consecuentemente, la introducción de este nuevo párrafo ha provocado el desplazamiento del anterior párrafo segundo, que ahora se ubica en el tercero y que se ha mantenido intacto.

La reforma del primer párrafo del art. 46 CP, como se ha señalado, sólo ha afectado a su redacción, suponiendo, en parte, una mejora técnica, que no ha alterado su contenido. Incompresiblemente, una de las modificaciones consiste en cambiar la palabra penado por la de condenado y a la inversa. En este sentido, se comprueba que en la descripción de la pena de inhabilitación se ha sustituido la palabra «penado» por la de «condenado», mientras que en la pena de privación de la patria potestad se invierte ese término, es decir, se cambia la palabra «condenado» por la de «penado» y, nuevamente, en la última frase de este párrafo, que se hace referencia a que estas penas se pueden acordar respecto de todos los menores o personas con discapacidad, se vuelve a cambiar el término «penado» por el de «condenado». Por otro lado, se modifica de esta última frase la expresión «Juez o Tribunal» por la genérica «autoridad judicial» y se elimina «en atención a las circunstancias del caso», porque se traslada íntegramente al siguiente párrafo. Lo que sí es un acierto, porque incorpora ambos géneros, es el que se haya añadido expresamente la alusión a «hija» junto a la versión anterior, que sólo nominaba al «hijo».

El segundo párrafo es de nueva creación y resuelve las carencias que presentaba este precepto con respecto a cómo se debían concretar los derechos que subsisten para el condenado. En la actualidad, la autoridad judicial debe atender al «interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación con las circunstancias del caso concreto».

Efectivamente, el legislador adopta un criterio concreto, que ya estaban empleando nuestros tribunales, por lo que esta reforma viene a consolidar la doctrina jurisprudencial y a aportar seguridad jurídica. Tras la reforma operada en la LO 1/1996 por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia existe, en el art. 2, una definición del interés superior del menor que, principalmente, se ha configurado trasladando la consolidada jurisprudencia sobre ello del Tribunal Supremo y los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. El legislador ha ofrecido un concepto de interés superior del menor desde «un contenido triple, como derecho (por lo que es exigible), como principio (desarrollando su carácter hermenéutico) y como regla de procedimiento (para lo que ha de tenerse muy presente cuáles son las consecuencias para el menor tras la adopción de cada medida concreta)»⁷⁷. La principal virtud de esa reforma es que se ha logrado otorgar seguridad jurídica porque se han concretado los criterios objetivos conforme a los cuáles debe ser evaluado este interés, aunque es indudable que también se deberá valorar algunos aspectos subjetivos que permitirán la individualización de cada caso concreto⁷⁸.

Finalmente, el tercer párrafo del art. 46 CP no ha sufrido ninguna modificación de contenido, tan solo se ha desplazado de lugar. En este caso, con respecto a la patria potestad prorrogada y a la rehabilitada, «el legislador hace una cosa extraña: mientras que en el Código Penal la introduce, en el Código Civil la suprime»⁷⁹. Efectivamente, al mantener este párrafo sin cambios se produce una contradicción entre el Código Penal y el Código Civil⁸⁰, ya que el legislador penal no ha tenido presente los cambios realizados por la Ley 8/2021, de 2 de junio⁸¹, que ha suprimido el art. 171 CC, concerniente a ambas figuras. Antes de su eliminación el art. 171 CC regulaba la patria potestad prorrogada que se ejercía sobre los hijos incapacitados que alcanzaban la mayoría de edad y la patria potestad rehabilitada, que se aplicaba sobre los hijos mayores solteros que, viviendo en su compañía, eran declarados incapaces. Sin embargo, como justifica el Preámbulo de esta Ley que las ha suprimido, éstas son

⁷⁷ Cfr. M.ª A. CALZADILLA MEDINA, «Lo que la patria potestad no ampara», Revista de Derecho de Familia, (74), 2017, pp. 25 ss.

⁷⁸ Ibídem. «de hecho el apdo. 3 f) del precepto prevé que se tendrán en cuenta aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores».

⁷⁹ Cfr. P.FERNÁNDEZ PANTOJA, (2021), p. 18.

⁸⁰ Vid. P.FERNÁNDEZ PANTOJA, (2021), pp. 18 y 19. Llamando la atención de que esta reforma reciente nunca llegará a ser aplicada por la contradicción dentro del mismo cuerpo legal.

⁸¹ Artículo 171 suprimido por el apartado veinte del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOE 3 junio de 2021, con entrada en vigor el 3 septiembre 2021).

«figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera».

En definitiva, pese a que el criterio del interés superior del menor era determinante para establecer los derechos que debían subsistir en el condenado respecto de los menores o incapaces, la reforma del art. 46 CP debe calificarse de positiva porque aporta seguridad jurídica. Sin embargo, es criticable e incomprensible que el legislador desconozca la

eliminación del art. 171 CC, relativa a la patria potestad prorrogada y rehabilitada, y la mantenga en el tercer párrafo, quedando obsoleto y ya necesitado de una reforma que corrija su adecuación a la normativa civil.

4.2. La reforma del art. 140 bis CP para obligar a imponer la pena de privación de patria potestad en los casos de violencia vicaria y de feminicidio

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁸², en su disposición final sexta ha añadido al art. 140 bis CP la obligación de imponer la pena de privación de la patria potestad en dos supuestos: «2. Si la víctima y quien sea autor de los delitos previstos en los tres artículos precedentes tuvieran un hijo o hija en común» y, «cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren».

La situación previa a la reforma del art. 140 bis CP, que no obligaba a la autoridad judicial a imponer la pena de privación de patria potestad en los casos de tentativa o de resultado de muerte cuando afectaba a menores de edad en un contexto de violencia de género no era satisfactoria, ya que apenas era aplicada por nuestros tribunales. Así es, esta pena raramente ha sido apreciada: «En general, la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad se pueden señalar, entre otras, las SSTS de 6 de Julio 2001, la nº 568/2001, la nº 750/2008 de 12 de Noviembre y la 780/2000 de 11 de Septiembre. En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el tribunal penal de las normas de derecho de familia, ex art. 170 CC.

El citado art. 170 CC establece la posibilidad de que en un proceso penal se pueda privar, total o parcialmente, de la patria potestad. En concreto, este precepto indica 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». Sin embargo, el art. 170 CC no permitía que el Juez penal pudiera adoptar dicha medida directamente, como ha señalado Ruisánchez Capelastegui⁸³. Así lo determinó el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26 de mayo de 2000, afirmando

⁸² Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE. núm. 134, de 5 de junio de 2021, con entrada en vigor el 25 de junio de 2021).

⁸³ Vid. C., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, (2007), p. 14.

«que no es oportuno que se resuelva en la vía penal sobre la privación de la potestad en los casos en que el Código Penal no prevea expresamente dicha posibilidad»⁸⁴. El principio de legalidad, por tanto, imposibilitaba privar de la patria potestad al condenado, lo que obligaba a tener que iniciar un procedimiento civil para que la privación de la patria potestad se hiciera efectiva en estos casos⁸⁵.

En definitiva, el requisito previo exigido para que en un proceso penal pudiera apreciarse esta medida era que la misma se encontrara expresamente regulada en el Código Penal⁸⁶. Con la reforma del Código Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, como se ha señalado en el estudio del art. 46 CP, esta pena se ya ha incorporado expresamente, tanto como pena principal como pena accesoria. El legislador solo la ha previsto como pena principal en el art. 192.3º CP y su aplicación ha sido facultativa hasta su reforma por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Sin embargo, pese a la previsión legal de esta pena de privación de la patria potestad todavía existía un obstáculo de cara a su apreciación. En los supuestos de violencia de género y en particular, en los feminicidios, la acción prohibida recaía sobre la mujer y no sobre el menor; aunque éste viviera en un clima de violencia y perdiera de manera violenta a su madre.

Afortunadamente, el análisis jurisprudencial permite afirmar que cada vez es más frecuente que los tribunales apliquen⁸⁷ la pena de pri-

⁸⁴ En este mismo sentido, entre otras, las SSTS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8718), 29 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 8114), 13 de julio de 2006 (RJ 2006, 6094) y 15 de diciembre (RJ 2011, 160).

⁸⁵ Ampliamente sobre ello en V., MÚRTULA LAFUENTE, (2016), pp. 101 y 102.

⁸⁶ En este sentido, aunque en relación con los delitos sexuales, se manifiesta E., HERNÁNDEZ GUILLÉN, «Privación de patria potestad al condenado por delito sexual». Revista Aranzadi Doctrinal num.4/2017, p. 12. En un principio la jurisprudencia adoptó una interpretación restrictiva y consideró, aunque en relación a la única pena que existía, la de inhabilitación de la patria potestad, que sólo alcanzaba al menor víctima del delito (STS núm. 568/2001, de 6 de julio). Ello provocaba situaciones de desamparo en algunos menores, si con la imposición de esta pena se pretende evitar que el condenado vuelva a reproducir esos hechos, «no tendría sentido limitar el contenido preventivo de esa pena a la persona afectada y no proyectarla a otros menores en idéntica situación. Es, pues, difícilmente de sostener que la persona condenada por abusar sexualmente de una de sus hijas, se vea privada de la patria potestad respecto de ella pero la mantenga respecto de sus otras hijas menores de edad». Este sinsentido provocó la reforma del artículo 46.1 CP por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, para la pena de inhabilitación de la patria potestad al que se añadió la siguiente frase: «el juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso». De esta manera, en la actualidad, se posibilita que las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación para la patria potestad puedan extender sus efectos a los otros menores que estén a cargo del penado.

⁸⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 568/2015 de 30 septiembre. (RJ 2015\4381). Esta sentencia estima un único motivo del Ministerio Fiscal por indebida inaplicación de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad del recurrente en relación a la hija menor, de acuerdo con los arts. 46 y 55 del CP y de la pena de prohibición

vación de la patria potestad⁸⁸, especialmente en los casos de feminicidio⁸⁹ o de tentativa de feminicidio⁹⁰. Aunque, también se observan resoluciones que en similares circunstancias, en lugar de apreciar la pena de privación de la patria potestad, se aplica la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad⁹¹ o sentencias en las que no aprecian ninguna de estas dos penas privativas de derechos⁹². Precisamente esta falta de uniformidad obedece a que su aplicación es de carácter potestativo, atendiendo, como se ha indicado, al interés superior del menor. Este criterio exige analizar cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, por lo que puede resultar inadecuado que se regulen medidas de aplicación obligatoria⁹³. Sin

de aproximación del recurrente a la hija menor, así como de comunicarse con ella en un supuesto en que una menor de tres años presenció el ataque de su progenitor a su madre acuchillándole repetidas veces. El Tribunal de instancia rechazó la imposición de dichas penas por su naturaleza no vinculante y por no aparecer en el hecho probado los datos objetivos que justifique «....la necesidad de su imposición, pues no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado....». Sin embargo, estima el Tribunal Supremo que «en el factum se recoge expresamente que el acuchillamiento de la madre por el recurrente fue efectuado en presencia de la menor, que a la sazón tenía tres años, dato que el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción, además de un delito contra la madre de la menor, un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado, un dato que acredita suficientemente el nexo entre el delito y el perjuicio para el desarrollo integral de la menor que se vería victimizada del hecho de mantener el padre la patria potestad y del derecho de visitas, por lo que se cumple el requisito de conexión que exige el art. 50 CP». Un amplio comentario de la sentencia en V., MAGRO SERVET, «La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal». Derecho .com. febrero 2017 http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Privacion-patria-potestad-medida-aplicable-proceso-penal_11_1061305001.html.

⁸⁸ Es menos frecuente la aplicación de la pena de privación de patria potestad respecto de los otros hijos en los casos de violencia vicaria, pues los tribunales no hacen referencia a la existencia de otros menores porque sólo se remite a los hechos probados con respecto a la víctima de muerte.

⁸⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 351/2019 de 9 julio. (RJ 2019\3504); SAP Cádiz (Sección 6^a), núm. 83/2020 de 22 octubre. (ARP 2021\11); SAP Valencia, núm. 425/2019 de 3 octubre. (ARP 2020\548); SAP Valencia, núm. 629/2015 de 15 septiembre. (ARP 2015\1416).

⁹⁰ STSS (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 247/2018 de 24 mayo. (RJ 2018\3015); núm. 477/2017 de 26 junio. (RJ 2017\3282) y núm. 118/2017 de 23 febrero. (RJ 2017\820).

⁹¹ Por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 452/2019 de 8 octubre. (RJ 2019\4020), se aplica la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

⁹² En este sentido, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4^a), núm. 45/2020 de 10 diciembre. (ARP 2021\117).

⁹³ Defiende esta posición M., BOADO OLABARRIETA, (2019), p. 99. Esta autora, con acierto, afirma que el «“interés superior del menor” es diferente en cada caso, y que lo que es beneficioso para un niño puede no serlo para otro, sin que pueda generalizarse tal interés con la imposición de medidas generalistas, debiendo analizar, como hasta el momento, minuciosamente, cuál es ese interés atendiendo a los criterios prevenidos en el art. 2 de la LOPJM. Por los mismos motivos no puedo estar de acuerdo con la imposición de forma imperativa y en todo caso de la suspensión del régimen de visitas, medida esta

embargo, a mi juicio, en los casos más graves de violencia de género –muerte o intento de muerte, ya sea de la madre o del propio hijo–, como indica la jurisprudencia que aprecia esta pena en los casos de violencia de género, se está atentando a las obligaciones que conlleva el ejercicio de la patria potestad. Así es, se vulnera la obligación del padre de velar por sus hijos y por el desarrollo de su personalidad, además de afectar a la integridad personal psíquica del menor. Por ello, necesariamente se debe imponer una sanción al autor del hecho que repercuta en los efectos civiles de su relación con el hijo/a. El autor olvida el instinto de protección que todo padre debe tener por sus hijos cuando deja a su hijo/a huérfano de madre o sin alguno de sus hermanos/as, sobre todo en aquellos casos que los hechos se comenten en presencia del menor⁹⁴.

No puede olvidarse que el ejercicio de la patria potestad tiene un carácter mixto compuesto por derechos y obligaciones. Como obligación se debe prestar a los hijos/as los deberes establecidos en el art. 142 CC. Pero, al mismo tiempo, se tiene el derecho a estar con los descendientes. Sin embargo, «este derecho debe decaer ante actos graves que conllevan un «desmerecimiento» de poder ejercer ese derecho»⁹⁵. En efecto, «el ilícito penal cometido conlleva una renuncia de sus derechos en relación a su propia hija, y que debe entenderse como expresa, no tácita»⁹⁶.

En definitiva, el hijo/a es víctima directa de la violencia de género (art. 1 LO 1/2004, de 28 de diciembre) y los Jueces tienen la obligación de pronunciarse en el orden jurisdiccional penal sobre las medidas que afecten a la patria potestad (art. 61 LO 1/2004, de 28 de diciembre). En todos los casos en que su padre mata o intenta matar a uno de sus hermanos/as o mata o intenta matar a su madre es interés superior del me-

sí incluida en las medidas del Pacto de Estado, siendo mi postura la mantenida por la Fiscalía de Sala contra la Violencia sobre la Mujer».

⁹⁴ El concepto «en presencia de menores» ya ha sido interpretado por el TS (entre otras la STS núm. 188/2018 de 18 Abr. 2018 (RJ 2018, 1455)), siendo suficiente que los menores perciban el hecho sin exigir que lo vean, porque «son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento como del ruido que es propio de un golpe o de una agresión. La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática que les produce la destrucción de las bases de su seguridad, pues los menores padecen sentimientos de miedo o de permanente preocupación, ante la posibilidad de que su experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede ser paralizante, y que repercute negativamente al desarrollo de su personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad de uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia».

⁹⁵ STS núm. 188/2018 de 18 abril 2018 (RJ 2018, 1455).

⁹⁶ STS Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 247/2018 de 24 mayo. (RJ 2018/3015).

nor no mantener relación alguna con su progenitor porque un ataque de esa naturaleza, demuestra un absoluto desprecio por las los deberes que conlleva el ejercicio de la patria potestad. Por este motivo, para proteger al menor, se debe proceder a su privación.

5. Conclusiones

Las cifras de feminicidios y de violencia vicaria todavía son alarmantes. En este sentido, se comprueba que el año 2021 se ha registrado 47 feminicidios. De ellos, en 25 casos el autor fue la pareja y en los 22 restantes fueron cometidos por la expareja. Sin embargo sólo se presentaron previamente nueve denuncias. La consecuencia directa de estas muertes ha sido 31 huérfanos menores de edad, alcanzando ya la cifra de 336 menores desde el año 2013, fecha en que la Delegación de Gobierno de Violencia de Género incorporó el dato de las víctimas menores⁹⁷. Respecto a las cifras de violencia vicaria se han contabilizado 46 menores desde el año 2013⁹⁸.

Estas cifras no son indiferentes para el legislador, todo lo contrario, es consciente de la necesidad de otorgar mayor protección a los menores que viven en la violencia de género y, por ello, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha incorporado nuevas respuestas. En primer lugar, ha reformado la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, para considerar que la violencia vicaria es violencia de género. En segundo lugar, ha modificado el art. 46 CP, con la finalidad, primordial, de ofrecer criterios, asentados jurisprudencialmente, para que la autoridad judicial pueda concretar cuáles son los derechos que deben subsistir en el condenado con respecto a los menores o a las personas con discapacidad, aportando seguridad jurídica. Y, finalmente, ha añadido al art. 140 bis CP la obligación de imponer la pena de privación de la patria potestad en los casos de violencia vicaria y de feminicidio.

Los tres cambios, a mi juicio, deben calificarse de positivos y suponen un importante avance en la protección de los menores e incapaces, aunque el estudio de los mismos ha puesto de manifiesto que la reforma presenta incoherencias con el resto del ordenamiento jurídico. En efecto, se han realizado cambios parciales, sin tener en cuenta la regulación previa de esas figuras, lo que dificultará su aplicación o, incluso, algunos

⁹⁷ Ficha estadística de menores víctimas mortales por Violencia de Género. Año 2021. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/pdf/VMortales_2022_05_10_21_Anual_def.pdf

⁹⁸ https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores_2021.pdf

de ellos ni siquiera se podrá apreciar. Esto último sucede en el art. 46 CP, que pese a que ha sido modificado, sin embargo, la reforma no ha afectado al párrafo tercero, relativo a la patria potestad prorrogada o rehabilitada. El legislador, incomprensiblemente, ha omitido que estas formas de patria potestad han sido ya eliminadas (art. 171 CC) por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El art. 46 CP ha quedado obsoleto y ya está necesitado de una nueva reforma para adecuar correctamente la normativa penal con la civil. Por otro lado, aunque ha sido afortunada la reforma realizada a la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por incorporar como violencia de género la violencia vicaria, sin embargo se ha desaprovechado para modificar definitivamente el concepto erróneo de violencia de género que ahora está limitado a la relación de pareja o de ex pareja, debiendo incluirse también al resto de las mujeres.

Por otro lado, la reforma del art. 140 CP, añadiendo la obligación de imponer la pena de privación de la patria potestad respecto a sus hijos/as en los casos de feminicidios o con respecto a sus otros hijos/as en los supuestos de violencia de género es, a mi juicio, muy acertada. Para la aplicación de esta pena, según el art. 46 CP, se debe atender al interés superior del menor porque en actos de esta naturaleza y máxima gravedad el padre desprecia los deberes que conlleva el ejercicio de la patria potestad. Por ello, en todos los casos, el interés superior del menor es que no mantenga ninguna relación con él, porque con esas conductas el padre le ha producido daños psíquicos, que le afectan al desarrollo de su personalidad.

6. Bibliografía

- Acale Sánchez, M., «El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género» en Faraldo Cabana, P., (dir.) *Política criminal y reformas penales*. Tirant lo Blanch, 2007.
- «Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal» en Villacampa Estiarte, C. (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Tirant lo Blanch, 2008.
- Asensi Pérez, L. F., «Violencia de género. Consecuencias en los hijos» *Revista psicológica científica*, 2007. <http://www.psicologiacientifica.com/violencia-familiar>.
- Boado Olabarrieta, M., «La privación de la patria potestad como medida penal y civil». *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 47, 2019.

- Calzadilla Medina, M.^a A., «Lo que la patria potestad no ampara». *Revista de Derecho de Familia*, (74), 2017.
- Cañadas Lorenzo, M. J., «Violencia de género: protección de las víctimas Menores» *Centro de Estudios Jurídicos*, 2019. <https://docplayer.es/214361490-Maria-jesus-canadas-lorenzo.html>.
- Cordero Martín, G., López Montiel, C., Guerrero Barberán, A. I., «Otra forma de Violencia de Género: La instrumentalización. ‘¡Dónde más te duele!’». *Revista de trabajo y acción social*, n.^o 59. 2017.
- De Lamo Rubio, J., «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», *Revista general de derecho*, 1997.
- Domínguez Izquierdo, E. M.^a, «Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código penal» *Cuadernos de Política Criminal*, n^o, 112, 2014.
- Espinosa Bayal, M. A., «Hijos e hijas de mujeres maltratadas: consecuencias para su desarrollo e integración escolar» *Instituto Vasco de la Mujer*. Bilbao, 2004.
- Fernández Teruelo, J. G., «Riesgo de feminicidio de género en situaciones de ruptura de la relación de pareja». *Estudios penales y criminológicos*, n^o. 33, 2013.
- Fernández Teruelo, J. G., «Diagnóstico del sistema de protección y propuestas de intervención para la predicción y prevención de feminicidios en contexto de pareja o expareja». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECP. 2017.
- Galvis Doménech, M. J., Garrido Genovés, V., «Menores, víctimas directas de la violencia de género». *Boletín Criminológico*. Artículo 5/2016, julio-agosto (n.^o 165), 2016.
- García Ascot, S., Segovia Urbano, A., «Violencia vicaria vista desde la clínica». *Revista con la A*, n.^o 78. 2021, p. 2. <https://conlaa.com/violencia-vicaria-vista-desde-la-clinica/?output=pdf>).
- García-López Mila Del Campo, E., González Trijueque, D., «Sobre la llamada «violencia vicaria». INACIPE, Instituto Nacional De Ciencias Penales. Julio 2021. https://www.researchgate.net/publication/353161793_Sobre_la_llamada_violencia_vicaria
- Gómez Fernández, I., «Hijas e hijos víctimas de la violencia de género». *Revista Aranzadi Doctrinal* num.8/2018.
- Hernández Guillén, E., «Privación de patria potestad al condenado por delito sexual». *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2017.
- López Monsalve, B., *Violencia de género e infancia: Hacia una visibilización de los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género*. Tesis doctoral. Universitat d'Alacant. 2014. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/41712>.