



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI ICADE CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# **MENORES Y VIOLENCIA DE GÉNERO**

Autor: Ana Alcázar Belmonte  
5º, E-3 A

Área de Derecho Penal

Tutor: María del Carmen Rodríguez Gómez

Madrid  
Junio 2022

# ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>II.</b>	<b>MARCO DE PROTECCIÓN GENERAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA.</b>	<b>9</b>
1.	CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y ÁMBITOS DE PROTECCIÓN .....	9
1.1.	<i>Ámbito Internacional</i> .....	9
1.2.	<i>Ámbito Interno</i> .....	11
1.3.	<i>La violencia de género como violencia estructural. La agravante por “razones de género”</i> ..	13
<b>III.</b>	<b>LA VIOLENCIA VICARIA.....</b>	<b>17</b>
<b>IV.</b>	<b>EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR .....</b>	<b>20</b>
1.	BREVE MENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE LA MENOR VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL DE MENORES .....	22
<b>V.</b>	<b>EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN DERECHO PENAL .....</b>	<b>23</b>
1.	DELITOS DE LESIONES.....	25
1.1.	<i>La violencia no habitual</i> .....	26
1.2.	<i>La violencia habitual</i> .....	27
2.	DELITOS DE AMENAZAS Y COACCIONES LEVES Y ACOSO.....	28
3.	DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA .....	29
<b>VI.</b>	<b>PARTICULARIDADES DE LA LEY 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.....</b>	<b>31</b>
1.	LA ORDEN DE PROTECCIÓN: NUEVO ART. 544 TER LECRIM .....	32
2.	LA SUSPENSIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN .....	35
2.1.	<i>El supuesto Síndrome de Alienación Parental (sSAP)</i> .....	36
3.	LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS: LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.....	38
<b>VII.</b>	<b>LA VICTIMIZACIÓN DEL MENOR EN PROCEDIMIENTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR .....</b>	<b>41</b>
1.	LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.....	41
2.	LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR .....	42
<b>VIII.</b>	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>44</b>
<b>IX.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>47</b>

## **ABREVIATURAS**

<b>ANUE</b>	Asociación para las Naciones Unidas de España
<b>CC</b>	Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código civil (Gaceta de 25 de julio de 1889)
<b>CC.AA</b>	Comunidades Autónomas
<b>CE</b>	Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1998)
<b>CP</b>	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995)
<b>LECrim</b>	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de Madrid nº 260, de 17 de septiembre de 1882)
<b>LOPIVI</b>	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)
<b>LOPJM</b>	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996)
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985)
<b>LORPM</b>	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000)

<b>LOVG</b>	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004)
<b>RG nº19</b>	Recomendación General Núm. 19 (1992) de la violencia contra la mujer.
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación versa sobre la protección que se otorga a las víctimas de violencia de género por el ordenamiento jurídico español, específicamente la protección que se prevé para el ámbito penal. La observancia del marco de protección de los menores víctimas de violencia se hace más relevante con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la inclusión de la violencia vicaria en nuestro ordenamiento como una forma de violencia de género. Las circunstancias de dependencia y desigualdad respecto de las personas mayores de edad que sufren los menores en contextos de violencia de género son dignas de especial protección siempre tomando para ello en consideración el interés superior del menor, que debe siempre prevalecer sobre los derechos de paternidad sobre los hijos. Este concepto, a pesar de ser clave para la determinación de todas las medidas relativas a menores, no deja de resultar conflictivo en su aplicación en las distintas áreas del Derecho mermando la eficacia de la ejecución de las penas privativas de derechos en procedimientos de violencia de género. En atención a ello, en el presente trabajo se tratarán genéricamente los puntos que afecten a los menores víctimas de violencia de género de la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio con el objetivo de determinar el ámbito de protección del que se benefician en la actualidad las víctimas.

**Palabras clave:** violencia de género, violencia vicaria, interés superior del menor, victimización, menores.

## **ABSTRACT**

This research work deals with the protection afforded to victims of gender-based violence by the Spanish legal system, specifically the protection provided for in the criminal sphere. The observance of the protection framework for minors who are victims of violence becomes more relevant with the approval of Organic Law 8/2021, of June 4, on the comprehensive protection of children and adolescents against violence and the inclusion of vicarious violence in our legal system as a form of gender violence. The circumstances of dependency and inequality with respect to adults suffered by minors in contexts of gender violence are worthy of special protection, always taking into

consideration the best interests of the minor, which must always prevail over parental rights over the children. This concept, despite being key to the determination of all measures relating to minors, is not without conflict in its application in different areas of law, reducing the effectiveness of the enforcement of disqualification sentences in gender violence proceedings. In view of this, this paper will deal generically with the points that affect minors who are victims of gender violence in the reform introduced by Organic Law 8/2021, of June 4 in order to determine the scope of protection from which the victims currently benefit.

**Key words:** gender violence, filicide, best interests of the child, victimization, minors.

## I. INTRODUCCIÓN

La violencia de género es una forma de discriminación muy presente en nuestros días, no cesan desgraciadamente de contemplarse en prensa noticias de esta índole y en atención a esta realidad social debe el Derecho responder.

La Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019 revela que una de cada dos mujeres (57,3%) residentes en España ha sufrido violencia por el hecho de ser mujer en algún momento a lo largo de su vida, un 13,7% de la mujeres han sufrido violencia física o sexual por parte de su pareja o expareja a lo largo de su vida y que el 99,6% de los agresiones sexuales que se dan en la pareja y fuera de la pareja, son hombres. De estas últimas, el 60,6% afirma que sus hijos e hijas presenciaron o escucharon los episodios de violencia.<sup>1</sup>

Por otro lado, en el año 2021 fueron 47 las mujeres víctimas mortales de violencia de género<sup>2</sup> y 19 en la primera mitad del año 2022<sup>3</sup>. En cuanto a las víctimas mortales menores de edad fueron 7 en 2021 y en todos los casos el agresor era el padre y solamente en 2 de ellos había convivencia entre víctima y agresor.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad), 2019 (disponible en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta\\_2019\\_estudio\\_investigacion.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf); última consulta el 30 de mayo de 2022).

<sup>2</sup> Ficha de mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o exparejas. Datos provisionales. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2021. (disponible en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales\\_2022\\_06\\_09.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales_2022_06_09.pdf); última consulta 2 de junio de 2022).

<sup>3</sup> Ficha de mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o exparejas. Datos provisionales. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2022 (disponible en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales\\_2022\\_06\\_09.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales_2022_06_09.pdf); última consulta 2 de junio de 2022).

<sup>4</sup> Ficha de menores víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre en España. Datos provisionales. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2021 (disponible en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores\\_2021.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores_2021.pdf); última consulta 2 de junio de 2022).

De los datos expuestos nace la necesidad de comprender cómo ha quedado regulada esta cuestión hasta ahora. Así, el objeto de este trabajo es el estudio general de la protección penal brindada a los menores de edad frente a agresiones o acciones violentas propias de la violencia de género.

Igualmente se reflexionará sobre el interés del menor y la parentalidad en supuestos de violencia de género, pues estos derechos pueden en ocasiones disfrazar otras muchas situaciones de violencia, como puede ser la violencia vicaria, así como la victimización de la mujer víctima de violencia de género.

Los objetivos del presente trabajo son delimitar los conceptos de violencia de género y de violencia vicaria, relacionar estos conceptos con la forma más idónea de protección de los menores en el ámbito penal, analizar cómo se ha castigado hasta ahora la violencia de género en el ámbito del Derecho penal y exponer las novedades introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia circunscritas a la protección de las víctimas de violencia de género.

El cuerpo de la investigación se ha desarrollado según la siguiente estructura: primero se ha expuesto una aproximación del concepto de violencia de género y su introducción en el sistema legislativo español en atención a ofrecer un marco general de la problemática, puesto que no hay un solo concepto de violencia de género a pesar de tratarse de una problemática transversal. Seguidamente se expone el concepto de violencia vicaria, así como muy brevemente lo atinente al interés superior del menor en casos de violencia de género y violencia contra los menores.

Posteriormente se analizan los diferentes preceptos de la legislación penal en los que se ha incorporado la perspectiva de género y su ámbito de protección respecto de los menores víctimas.

Por último se exponen algunas de las particularidades de la legislación penal que modifica la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la

adolescencia frente a la violencia y que afectan de alguna manera también a los menores víctimas de violencia.

Han sido varios los métodos empleados para recolectar la información que se incluye en este trabajo. En primer lugar se ha llevado a cabo una revisión bibliográfica; en segundo lugar se ha realizado un análisis de legislación y jurisprudencia; también se han consultado al efecto artículos doctrinales en la base de datos de EL DERECHO – Lefebvre, así como encuestas publicadas por el Ministerio de Igualdad.

## **II. MARCO DE PROTECCIÓN GENERAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA**

### **1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y ÁMBITOS DE PROTECCIÓN**

El concepto de violencia de género ha sido definido en sucesivas ocasiones y el tratamiento otorgado por los distintos textos jurídicos que lo abordan ha ido evolucionando a lo largo de los años hasta, en España, la última reforma de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG) realizada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI).

#### **1.1. Ámbito Internacional**

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) se refiere en su artículo 1 a la “discriminación sobre la mujer” como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*<sup>5</sup>; además en su RG nº19

---

<sup>5</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), artículo 1.

incide sobre la fuente de desigualdad de derechos y libertades que supone, en este caso sí, la violencia contra la mujer<sup>6</sup>, y especifica la obligatoriedad de eliminar la discriminación<sup>7</sup> por parte de los Estados que ratifican la Convención entre los cuales se encuentra España, desde 1984. Este primer concepto encuadra la violencia sobre la mujer como un asunto de derechos humanos, dejando de otorgársele tratamiento internacional como un asunto anclado en la esfera privada.

Siguiendo en el ámbito internacional, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (en adelante, Convenio de Estambul) es mucho más específico en la delimitación del concepto de “violencia contra las mujeres” en general, que supone “[una] *violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada*”<sup>8</sup>. Además de ésta, incluye referencia a la definición de “género” como las atribuciones sociales a la mujer<sup>9</sup>, así como una específica de la “violencia contra las mujeres por razones de género” a efectos del Convenio. En atención al ámbito de protección contra la violencia recogido por el Convenio de Estambul, las mujeres afectadas por los comportamientos violentos, también los derivados de la violencia estructural o social que soporta la definición de “género”, son víctimas sin importar si son mayores o menores de edad. De esta manera se encuentra en ello el reconocimiento específico y, por tanto, la necesidad de protección de la menor víctima directa de la violencia de género.

Los dos textos jurídicos internacionales mencionados establecen la obligación de los Estados firmantes de participar activamente con políticas públicas de prevención,

---

<sup>6</sup> Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones, 1992. Recomendación general Nº 19, *La violencia contra la mujer*.

<sup>7</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Observación 10.

<sup>8</sup> *Vid.* Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 2011, artículo 3.a)

<sup>9</sup> *Ibid.* Artículo 3.c

detección y castigo de este tipo de violencia, así como de protección de sus víctimas, lo que conlleva el aseguramiento de los derechos de la víctima en el acceso a la justicia<sup>10</sup>.

## 1.2. Ámbito Interno

La protección contra la violencia de género puede encontrarse diseminada a lo largo de distintas normas del ordenamiento jurídico español, véase la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor (en adelante LOPJM)<sup>11</sup> o la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, cuyo ámbito de protección incluye a las víctimas menores o discapacitadas necesitadas de especial protección<sup>12</sup> atendiendo a lo dispuesto en el Convenio de Estambul.

El concepto de violencia de género ha sido ampliado y concretado por la legislación española en la ya citada LOVG. Sobre el esfuerzo legislativo para tratar la violencia de género en España CORREA GARCÍA destaca que: “El contenido normativo nacional respecto a la igualdad entre el menor y la menor ha pasado de ser garantista a promocional o de fundamento de igualdad de oportunidades, acabando en una normativa preventiva y transversal”<sup>13</sup>, en referencia a la menor víctima directa de la violencia de género. La reciente reforma legislativa introducida por la LOPIVI añade al articulado de la LOVG un apartado 4 a su artículo 1 quedando redactado éste como sigue:

*“1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*

---

<sup>10</sup> Cfr. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 2011.

<sup>11</sup> Vid. Artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996)

<sup>12</sup> En términos 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 núm. 132, de 3 de junio de 2021)

<sup>13</sup> Correa García, R. I. y García Rojas, A. D., “Violencia y medios, Violencia escolar y de género: conceptualización y retos educativos”. *Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva*, 2012, p. 64.

*2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.*

*3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.*

***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.”***

La reforma expuesta supone finalmente la ampliación de los menores que conviven con mujeres víctimas como víctimas de violencia de género en el ámbito del Derecho penal, como sujetos pasivos – ya no más indirectos – del delito de violencia de género otorgándoles una esfera de protección mayor, más efectiva y más beneficiosa para los menores víctimas y plasmando sobre el papel la violencia vicaria, que se tratará con posterioridad.

En términos generales, la LOVG incardina su actuación contra este tipo de violencia sobre tres pilares, en primer lugar, la prevención de la violencia de género; en segundo lugar, la protección y el derecho al olvido y recuperación de la víctima y, por último, su persecución como delito.

Como punto de apoyo y aseguramiento del cumplimiento de los objetivos de la legislación citada, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género alcanzado en 2017 supone de cualquier forma una evolución hacia la igualdad entre hombres y mujeres, con independencia del partido político que ocupe el Gobierno de España, para seguir perfeccionando las acciones de prevención, la asistencia a las víctimas, la específica

protección a las víctimas menores, tanto directas como indirectas y la erradicación de la violencia de género tanto en la pareja como fuera de ella<sup>14</sup>.

En otro orden de cosas, no hay duda de que la violencia de género puede manifestarse de forma *offline* y *online*. En cuanto a ésta última manifestación, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen recoge una serie de intromisiones ilegítimas virtuales de las que puede ser objeto la violencia de género: en primer lugar “*La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo*”<sup>15</sup>; en segundo lugar, “*la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos*”<sup>16</sup>; y por último, “*la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”<sup>17</sup>. La protección de las menores víctimas de actuaciones como las citadas es necesaria y la obligación de protección de los derechos de los menores, también los digitales, está contenida en el artículo 3 de la LOPJM.

### **1.3. La violencia de género como violencia estructural. La agravante por “razones de género”**

La violencia de género, violencia sobre la mujer, violencia machista y en ocasiones violencia doméstica son distintas acepciones para un mismo tipo de violencia que sufren las mujeres por su condición de tales. Al mismo tiempo, esta violencia es estructural, lo que es similar a decir que está relacionada con nuestra organización como “Estado patriarcal”. Puede decirse que consiste en una violencia cultural y en un segundo plano

---

<sup>14</sup> Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 225, de 9 de octubre de 2017, pp. 96 y ss.: “Aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados de, en su sesión del día 28 de septiembre de 2017, con modificaciones respecto del Acuerdo de la Comisión de Igualdad, relativo al Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género”

<sup>15</sup> Vid. Art. 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982)

<sup>16</sup> *Ibid.* artículo 7.5

<sup>17</sup> *Ibid.* artículo 7.7

que se deriva de las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres. Su carácter es tal porque trae causa de procesos de estructuración social como pueden ser “la estructura familiar patriarcal, la estructura social basada en la división sexual del trabajo y los roles sociales y las pautas culturales tradicionales basadas en la supremacía de un sexo y la supeditación del otro. Todo ello configura una relación de desigualdad de poder, de derechos y de libertades entre mujeres y hombres generando situaciones de violencia machista como manifestación extrema de la dominación hacia las mujeres y de su discriminación en los ámbitos de la vida pública y privada”<sup>18</sup> “y no necesita de ninguna forma de violencia directa para que tenga efectos negativos sobre las oportunidades de supervivencia, bienestar, identidad y/o libertad de las personas”<sup>19</sup>.

El carácter estructural es palmario en los conflictos de violencia de género dentro de la pareja<sup>20</sup> pero ello lo es también fuera de ella y varía según se trate de un tipo u otro de relaciones sociales entre hombres y mujeres. De esta manera se recoge la agravante por “razones de género” en la circunstancia 4ª del artículo 22 del CP, introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En el preámbulo de esta ley se razona que el género engloba “«los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», [y que] puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”<sup>21</sup>.

La STS (Penal) de 15 de septiembre de 2021 indica, en referencia a la STS 223/2019, de 29 de abril, que “*Cuando la víctima es una mujer, la jurisprudencia de esta Sala ha*

---

<sup>18</sup> Instituto canario de igualdad. servicio de coordinación del sistema integral contra la violencia de género, Guía para la atención a mujeres víctimas contra la violencia de género, Canarias, Instituto Canario de Igualdad, 2011, p. 22.

<sup>19</sup> La Parra, D. y Tortosa J.Mª., Violencia estructural: una ilustración del concepto. *Documentación social*, n. 131(3), 2003 p. 60, (disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/23375/1/2003\\_LaParra\\_Tortosa\\_Documentacion\\_Social.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/23375/1/2003_LaParra_Tortosa_Documentacion_Social.pdf); última consulta 3 de junio de 2022)

<sup>20</sup> Cfr. Damonti, P., & Leache, P. A., Las situaciones de exclusión social como factor de vulnerabilidad a la violencia de género en la pareja: Desigualdades estructurales y relaciones de poder de género. *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*, n. 48, 2020 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7564334>; última consulta 3 de junio de 2022)

<sup>21</sup> Vid. Art. 22.4ª de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

*señalado que es procedente apreciar la agravante cuestionada en el motivo cuando "haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma " En esos casos, desde el punto de vista objetivo es necesario, pues, que los actos ejecutados pongan de relieve el menosprecio con el que se trata a la mujer o la humillación o sometimiento al que se la somete, por el mero hecho de ser mujer. En el tipo subjetivo no es necesario que la finalidad del varón autor de los hechos sea concretamente humillar, someter o menospreciar, bastando con el conocimiento del significado de su conducta en esos aspectos, que pone de relieve su convencimiento respecto de su superioridad como consecuencia del género al que pertenece la víctima.”<sup>22</sup>*

Con anterioridad se había pronunciado la Sala Segunda del TS sobre la agravante de parentesco. En la STS 420/2018 de 25 de septiembre<sup>23</sup> el Tribunal trata ampliamente la agravante de género del artículo 22. 4ª del CP. La jurisprudencia recoge desde este momento la diferencia entre las discriminaciones por sexo y por género y su aplicación compatible con la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP.<sup>24</sup> Las consideraciones de la sentencia anterior y de la STS 565/2018 de 19 de noviembre son integradas por la STS (Penal) de 15 de enero de 2019 en los siguientes términos:

*“En la STC 59/2008 (EDJ 2008/48144), el Tribunal Constitucional, examinó la constitucionalidad de las agravaciones penológicas contempladas en el artículo 153.1 CP (EDL 1995/16398) (...) "Y continúa afirmando, FJ 9. c): "Como el término "género" que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón*

---

<sup>22</sup> STS (Penal), Sección 1ª, núm. 687/2021, de 15 de septiembre, rec. 10138/2021 (FJ 4) [versión electrónica – Lefebvre Ref. EDJ 2021/698579] Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

<sup>23</sup> STS (Penal), Sección 1ª, núm. 420/2018, de 25 de septiembre, rec. 10235/2018 (FJ 1) [versión electrónica – Lefebvre Ref. EDJ 2018/570772] Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

<sup>24</sup> STS (Penal), Sección 1ª, núm. 565/2018, de 19 de noviembre, rec. 10279/2018 [versión electrónica – Lefebvre Ref. EDJ 2018/641935] Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

*del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad" (...)*

*"Con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, **se amplía esta protección con carácter general**, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta" (...)*

*"Y añadía que no tienen cabida en el precepto los casos en los que "la acción agresiva" no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales".*

*"La nueva agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes. La que hace referencia a los casos en los que el delito de cometa por motivo de discriminación referente al sexo, y la agravante de parentesco. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Y, en ambos casos, el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre".*

*"La agravante por razones de género se caracteriza, precisamente, por la concurrencia de ese elemento, y, además, porque el hecho debe ser cometido en el ámbito de las relaciones de pareja. lo que le atribuye una evidente especificidad". **"Sin embargo, podría plantearse si todos los posibles supuestos en que sería de aplicación la agravante por razones de género quedarían también cubiertos por la agravación por razón de sexo o de parentesco. Respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación (actual o pretérita), lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género. Estos***

*son, pues, supuestos en los que no sería aplicable el parentesco pero si la agravación por razones de género”*.<sup>25</sup>

En conclusión, para proceder a la aplicación de la agravante de género no es necesario que exista relación de afectividad previa entre el sujeto activo y pasivo del delito sino que existan evidencias de que se cometió el hecho delictivo con ánimo de dejar patente la superioridad estructural del hombre sobre la mujer por el mero hecho de ser tal. Esta consideración por parte de la jurisprudencia otorga un paraguas de protección que excede ampliamente de la relación de pareja y de las relaciones privadas<sup>26</sup> y tiene en cuenta la definición de la violencia de género que se ha ido formando por las normas citadas al respecto.

A mayor abundamiento, el Pacto de estado de Violencia de Género recomienda “la aplicación de la circunstancia 4ª del artículo 22 del Código Penal, en todos los casos en los que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión sexual y abuso sexual de los artículos 178 a 183 bis del Código Penal”<sup>27</sup>.

### **III. LA VIOLENCIA VICARIA**

El concepto de violencia vicaria, que se ha mencionado *supra*, es un concepto introducido en nuestro Derecho por la psicóloga clínica y forense SONIA VACCARO en el año 2012<sup>28</sup> y que se utiliza, aunque no con esta denominación por todos los autores, para referir una forma singular de violencia de género que pasa por la instrumentalización de los hijos menores de edad de la pareja con objetivo de perpetrar este tipo de violencia sobre la mujer. La violencia vicaria no necesariamente tiene que terminar en un filicidio, sino que esa es la forma más dura que puede tomar este tipo de violencia.

---

<sup>25</sup> STS (Penal), Sección 1ª, núm. 707/2018, de 15 de enero de 2019, rec. 10353/2018 (FJ 6) [versión electrónica - Lefebvre Ref. EDJ 2019/500865] Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

<sup>26</sup> En la esfera de la vida privada de la persona.

<sup>27</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 225, de 9 de octubre de 2017, Medida 92, p. 223: “Aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados de, en su sesión del día 28 de septiembre de 2017, con modificaciones respecto del Acuerdo de la Comisión de Igualdad, relativo al Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género”

<sup>28</sup> *Vid.* <https://www.soniavaccaro.com/blog/categories/violencia-vicaria>

Hasta la reforma ya referida que ha incluido la LOPIVI, algunos autores hablaban de la violencia vicaria como una actuación que se ejercita sobre los hijos para producir sufrimiento en la madre – en la mujer – por lo que, el objetivo de la violencia ejercida contra los hijos es secundario con respecto a la madre, situada como principal objetivo de padecimiento del daño, aunque de manera indirecta<sup>29</sup>.

Por su parte la ANUE define la violencia vicaria como “la expresión más cruel de la violencia de género [que] consiste en instrumentalizar a los hijos y las hijas para causar dolor a sus madres”<sup>30</sup> “llegando a ser deshumanizados e instrumentalizados en pos de hacer daño y mantener el control del verdadero objetivo de esta violencia: la mujer, que vivirá permanentemente con la pérdida, la carga y el sentimiento de culpa”<sup>31</sup>. El dato que ofrece la ANUE es preocupante: 40 menores han sido asesinados en España como consecuencia de la violencia de género, 37 de ellos por su padre biológico.<sup>32</sup>

Ya en el año 2015, la ley del Estatuto de la Víctima del Delito<sup>33</sup> consideró a los menores que vivían situaciones de violencia de género en su entorno familiar – de la familia nuclear – víctimas de esta violencia. Aún es más palmaria la consideración del menor como víctima con la aprobación de la LOPIVI, como decíamos, pues asimila la violencia sobre los menores de edad para hacer daño a las mujeres, sean estos familiares o no de aquellas, a la violencia de género, la cual sí que se beneficia de protección en el ámbito penal.

Lo que sí es manifiesto en este punto es que la violencia vicaria, es decir, la violencia que se proyecta o se ejercita sobre los menores, es una forma de maltrato ya sea psicológico

---

<sup>29</sup> Cfr. Vaccaro, S., La justicia como instrumento de la violencia vicaria: la ideología del pretendido “sSAP” y la custodia compartida impuesta. *Nuevas jornadas de Violencia de Género. El patriarcado en la justicia. Comisión de Igualdad del Consejo de Cultura Galega. Galicia, Santiago de Compostela, 2018 (disponible en [http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/CCG\\_ac\\_2018\\_novasformasviolenciaxenero\\_soniavaccaro.pdf](http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/CCG_ac_2018_novasformasviolenciaxenero_soniavaccaro.pdf); última consulta 2 de junio de 2022)*

<sup>30</sup> Asociación de las Naciones Unidas en España (ANUE), Violencia vicaria. Cuando la violencia machista va más allá de tu persona: la pesadilla española, 18 de junio de 2021 (disponible en <https://anue.org/wp-content/uploads/2021/06/Violencia-vicaria.-Articulo-completo.pdf>; última consulta 2 de junio de 2022)

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.* p.1

<sup>33</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (BOE núm. 101, de 24 de abril de 2015)

o físico<sup>34</sup>, de la que los niños son víctimas directas tanto si los actos violentos se dirigen contra ellos, como si se dirigen contra sus madres o mujeres de su entorno familiar<sup>35</sup>. GÓMEZ FERNÁNDEZ manifiesta que la afectación sobre los menores existe con respecto a la violencia de género, ya que “pueden ser utilizados como correa de transmisión de distintas formas de violencia”.<sup>36</sup> Por añadidura “está constatado empíricamente que estos menores sufren un alto riesgo de ser ellos mismos maltratados ya que el maltrato a los menores es para el agresor una herramienta más para controlar y someter a la mujer, cobrando especial relevancia la violencia vicaria, es decir, aquella violencia que se ejerce sobre los niños y niñas con la sola intención de causar el máximo daño posible a sus madres”<sup>37</sup>. Es por ello por lo que la consideración de víctima indirecta del menor es cuanto menos inexacta si se tiene en cuenta que la violencia vicaria está contenida como forma de violencia de género. La necesidad manifiesta de consideración de víctima directa al menor de este tipo de violencia además de a las mujeres en aras de otorgar un tipo de protección más eficaz que el indirecto en el ámbito del Derecho penal, fue acogida por la reforma de 2015 de la LOVG y extendida ahora con la LOPIVI también incluso de manera transversal por parte de otras áreas afectas por las situaciones jurídicas derivadas de la violencia de género, como es el Derecho civil de Familia.

En la brutal escalada de la violencia sobre los menores con el objetivo de hacer sufrir hasta el extremo a sus madres se encuentran por desgracia como ejemplos dentro de nuestras fronteras los casos de José Bretón, Ángela González Carreño o el caso de las niñas de Tenerife (como caso mediático más reciente). En atención al primero de los mencionados, el caso de José Bretón<sup>38</sup>, podemos decir que hasta ese momento no había sido concebida la violencia de género a través del daño – en todos los mencionados, causando la muerte – a los hijos en España, pues tuvo lugar en el año 2011. A partir de

---

<sup>34</sup> La Organización Mundial de la Salud define la violencia como “el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”

<sup>35</sup> Vaccaro. S., *op. cit.*, p. 11

<sup>36</sup> Gómez Fernández, I., «Hijas e hijos víctimas de la violencia de género», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2018, p.5.

<sup>37</sup> Fiscalía General del Estado, Unidad de Violencia sobre la Mujer. Nota de servicio 1/2021. Criterios orientativos en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 ter y LECrim y 94 CC, p.3.

<sup>38</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 22 de julio de 2013 (disponible en <https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2013/07/22/breton.pdf>; última consulta 1 de junio de 2022)

ello comenzó la concienciación social sobre este tipo de violencia, la cual ha sido reflejada como se ha comentado *supra* en los esfuerzos legislativos españoles por brindar protección a las víctimas de todo tipo de violencia, también de género, en cualquiera de sus formas.

En otro orden de cosas y dado que las áreas del Derecho no son compartimentos estancos, sino que se retroalimentan entre ellas en muchas ocasiones, ha sido fuente de discusión doctrinal el otorgamiento de la guarda y custodia compartida tras un procedimiento penal por violencia de género<sup>39</sup>, así como la suspensión del régimen de visitas del progenitor hombre, sujeto activo del delito. No obstante, parece que la reforma introducida con la LOPIVI ha mejorado la situación de protección de los menores en este aspecto que, a pesar de no ser íntegramente de naturaleza penal, está estrechamente relacionado con la existencia de un delito de los de violencia de género. En la discusión citada entra en consideración el interés superior del menor, cuestiones ambas que se tratarán más adelante.

#### **IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

El art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia recoge una definición del interés superior del menor como el derecho que tiene el menor a que su interés sea valorado y tenido en cuenta por encima de cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en todas las acciones y decisiones que le afecten, tanto en el ámbito público como privado, de forma que las medidas que se adopten en el interés superior del menor no restrinjan o limiten más derechos que los que amparan.

Lo cierto es que como otros muchos, el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que varía en función del ámbito del derecho en consideración. En lo que nos ocupa, el interés superior del menor que debe primar en casos de violencia de género o de violencia contra la infancia pasa por que “las medidas que se tomen en relación con

---

<sup>39</sup> Picontó Novales, T., “Los derechos de las víctimas de violencia de género: las relaciones de los agresores con sus hijos”, *Universidad de Zaragoza*, DERECHOS Y LIBERTADES, núm. 39, Época II, junio 2018, pp. 121-156 (disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/28719/DyL-2018-39-piconto.pdf?sequence=1>; última consulta el 2 de junio de 2022)

los menores no pueden suponer en ningún caso que éstos vayan a estar expuestos a una violencia continua, abuso u otra forma de inseguridad”<sup>40</sup>.

Es necesario igualmente tener en cuenta para una efectiva protección del menor que “la victimización de los niños en situaciones de violencia contra las mujeres puede continuar y agravarse en el contexto de las disputas parentales sobre la custodia y el cuidado”<sup>41</sup>.

En relación a lo anterior, a pesar del derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, ostenten o no su patria potestad, recogido en el art. 160.1 CC *no procederá la imposición de ningún régimen de visitas o estancia y se suspenderá el que existiera para el caso en el que el progenitor haya sido condenado o este incurso en un procedimiento penal por un delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos ni cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género* (art. 94 CC).

Se encuentra concordancia entre esto y lo dispuesto por el art. 92.7 CC en cuanto que los menores son también víctimas de violencia de género, tanto para el Derecho civil como para el Derecho penal. Así, en consonancia con la obligación de la autoridad judicial que enjuicia un delito de violencia de género sobre las medidas civiles que afecten a los menores<sup>42</sup>, las medidas paterno-filiales determinadas en procedimientos civiles posteriores a una causa penal de violencia de género deben armonizarse con aquellas, puesto que “estos menores ya no son considerados meramente como testigos de la violencia de género, como ocurría con anterioridad. Por tanto, se podrán adoptar, por parte del juez civil o penal, medidas judiciales que conlleven [además] la prohibición de aproximación y de comunicación del agresor con el menor”<sup>43</sup>. El interés en este aspecto es debido a que la mayoría de los actos de violencia vicaria se perpetran aprovechando el régimen de visitas del agresor con los menores. El interés superior del menor no está, ni debe estar (y así queda reflejado en la nueva LOPIVI) ligado a situaciones de violencia y por lo tanto, debe tenerse en cuenta antes de otorgar custodia compartida o régimen de

---

<sup>40</sup> Picontó Novales, T., *op. cit.*, p. 130.

<sup>41</sup> Fiscalía General del Estado, *op. cit.*, p. 4

<sup>42</sup> Del régimen de guarda y custodia y respecto de la suspensión del régimen de visitas. *Vid.* p. 31

<sup>43</sup> Picontó Novales, T., *op. cit.*, p. 140

visitas al padre declarado maltratador cuando existan indicios fundados de violencia de género, dando así prioridad a los derechos del niño sobre los derechos derivados de la paternidad.<sup>44</sup>

## 1. BREVE MENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE LA MENOR VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

A este respecto, “el superior interés del menor está recogido en la CE, concretamente en los arts. 39 y 10 párrafo 2º. Su presencia en la CE le dota del mayor rango normativo, equiparándose a los principios de dignidad o al libre desarrollo de la personalidad. Este ofrece el máximo respeto a la persona menor de edad en todas sus dimensiones e irradia su influencia sobre cualquier sector del ordenamiento jurídico en el que pueda moverse el menor”<sup>45</sup>. De esta forma, el interés superior del menor es un principio que vertebraría igualmente la legislación penal de menores y configura un sistema de mayores garantías para los infractores menores mayores de catorce años.

Al hilo de lo anterior y sin pasar por alto que el autor de un delito de violencia de género puede serlo también un menor de edad, se ha observado la existencia de un conflicto de intereses en cuanto a la protección del interés superior del menor en procedimientos de violencia de género en los que tanto la víctima como el autor son menores de edad.

El art. 7 de la LRPM define *las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas*, que no consisten en medidas de represión sino de prevención especial, tratando de garantizar la reinserción social del menor. Para la imposición de estas medidas se valorarán *especialmente la edad, las circunstancias familiares y sociales del menor, a su personalidad y el interés del menor*. Este último, en relación con el objetivo de reinserción social, es determinante para la elección, modificación o duración de la medida impuesta al menor infractor pudiendo incluso darse la situación de cesación de la medida sin que haya tenido lugar la restitución de los derechos vulnerados de la víctima del delito, también menor de edad. En este caso lo que acontece es una revictimización de la menor víctima de violencia de género que no

---

<sup>44</sup> Cfr. Picontó Novales, T., *op. cit.*

<sup>45</sup> Fernández, D. R. G., “Conceptos jurídicos indeterminados en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004. pp. 2259-2270.

ha visto reparado el daño con la condena al autor, vulnerando en cierto modo la tutela procesal al no cumplirse la condena por parte del autor del delito.<sup>46</sup> Queda así patente que la protección de la víctima de violencia de género adolece cuando se trata de un procedimiento penal de menores.

## **V. EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN DERECHO PENAL**

En la primera parte de este trabajo se han expuesto algunas circunstancias propias del tratamiento como delito del fenómeno de la violencia de género; no obstante, en este punto se presentarán los delitos concretos considerados como formas de violencia de género y su regulación en el Código Penal Español y posteriormente se expondrán las modificaciones de la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI) en las circunstancias que les afecten con respecto a la protección de los menores.

El catálogo de delitos que se consideran por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria como de violencia de género va a exponerse brevemente a continuación. La nota común de todos los delitos es la siguiente: el sujeto activo del delito es siempre un hombre y correlativamente el sujeto pasivo del delito es una mujer o un menor de edad.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introdujo la perspectiva de género en los delitos de lesiones (art.148 CP), lesiones leves (art. 153.1 CP), delito de violencia no habitual (art. 153.2 y 153.3 CP), el delito de violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2 CP) y las amenazas (art. 171 CP) y coacciones leves (art. 172.2 CP), el quebrantamiento de condena (art. 468 CP), el matrimonio forzoso (art. 172 bis CP), la trata de seres humanos (art. 177 bis CP) y en general delitos contra la libertad sexual. También ha sido reformado por la LOPVI el delito de sustracción de menores (art. 220

---

<sup>46</sup> *Cfr.* . Palop Belloch, M., “Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género a través de internet. Vulnerabilidad de la menor en sus relaciones de pareja, ciberacoso y derecho al olvido”, Doctoral dissertation, Universitat Jaume I, 2019 (disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/461919>; última consulta 17 de mayo de 2022).

CP). Son estos, junto con los delitos de ciberacoso psicológico, *ciberstalking* y *sexting*<sup>47</sup>, se consideran afectos por la perspectiva de género. Los últimos tres delitos pertenecen a las categorías online de los delitos expuestos más arriba y son cada vez más frecuentes en las relaciones de pareja de menores.<sup>48</sup>

En paridad, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia en su preámbulo rezaba: *“La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia. Asimismo, se modifica el artículo 65 con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género. Por último, se mejora la redacción del artículo 66 superando la concepción del régimen de visitas y entendiéndolo de una forma global como estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores”*. Ello reforzado, como ya se ha expuesto, con la inclusión de un apartado 4º al artículo 1 de la LOVG por parte de la LOPIVI reflejando la violencia vicaria<sup>49</sup>.

A mayor abundamiento, véase cómo desde el año 2015 los menores son objetivo específico de la especial protección brindada contra la violencia de género. Los menores beneficiados de esta protección legal son los hijos o los menores sujetos a patria potestad, guarda y custodia de las víctimas de delitos de violencia de género en el ámbito familiar, a pesar de que no estén los menores a cargo de la víctima del delito de violencia de género y del agresor al mismo tiempo. Como se dirá, para ciertos delitos se facultó al Juez o

---

<sup>47</sup> Los delitos online son aquellos perpetrados por medio de Internet y/o medios electrónicos.

<sup>48</sup> *Cfr.* Palop Belloch, M., *op. cit.*, pp. 129-133

<sup>49</sup> *Vid.* pp. 15-17.

Tribunal a imponer una pena de inhabilitación para los derechos de patria potestad, guarda, tutela o guarda que tuviera el agresor para con los menores, víctimas incuestionables de la violencia de género.

## 1. DELITOS DE LESIONES

Para el delito de lesiones del art. 147.1 CP, que engloba las lesiones físicas o psíquicas que necesitan de tratamiento médico o quirúrgico para su curación se prevé un tipo agravado en el artículo 148.4º CP, con una pena de prisión de dos a cinco años, frente a la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses del art. 147 para el que cometiera el acto de causar lesiones con la particularidad de que la actuación esté ligada a una situación violencia de género:

*“4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”*

Por su parte, el art. 153.1 CP recoge el delito de lesiones leves, físicas o psíquicas, en el caso de que la víctima haya estado ligada al autor por relación matrimonial o relación análoga de afectividad o que sea una persona vulnerable que conviva con él. No se exige el requisito de la convivencia para encontrarse dentro del tipo de lesiones leves del art. 153.1 CP.

La entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la LOPIVI ha dilatado el rango de edad del tipo agravado de las lesiones menos graves del art. 147.1 CP en el art. 148.3º elevando la edad de la víctima para imponer la agravación de la pena del tipo básico de doce a catorce años.<sup>50</sup> El punto de corte en la menor edad en el que dejan de cualificarse las penas de los delitos cometidos contra menores difiere de unos delitos a otros. La doctrina encuentra que el objetivo de la cualificación de las penas con ocasión de la menor edad debe fundamentarse en una situación de indefensión producida por esa circunstancia.<sup>51</sup> Consecuentemente, en el delito de lesiones leves del art. 153.1 CP (delito de violencia no habitual en al ámbito familiar) se reconoce – sin techo para su

---

<sup>50</sup> Cabrera Martín, M., “Modificaciones de la parte especial del Derecho Penal tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, Martínez García, C. (coord.), *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*, Aranzadi, 2021, p. 239.

<sup>51</sup> *Cfr. Ibid.*

consideración – como sujeto pasivo del delito también la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (dentro de las que se encuentra el menor)<sup>52</sup>, entendemos que en consideración a la situación de indefensión o desigualdad que padecen en el ámbito del hogar respecto de otros familiares mayores de edad, no haciendo este reconocimiento tan amplio para el delito de lesiones menos graves del art. 148.4 CP.

### 1.1. La violencia no habitual

La violencia no habitual, tipificada como se ha expuesto en el apartado anterior en el art. 153 CP, incluye agravaciones específicas en sus apartados 2 y 3:

*“2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.”*

*3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre **en presencia de menores**, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice **quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza**”.*

De esta manera, el sujeto pasivo del delito de violencia no habitual será en primer lugar “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”; en segundo lugar sus familiares o allegados “los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o

---

<sup>52</sup> *Apud.* Borges Blázquez, R., "La problemática delimitación del sujeto pasivo de delitos de violencia de género La búsqueda de un concepto unitario, quimera y¿ panacea?." *Diario La Ley*, 2020, núm. 9658, 2020, p. 4.

afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”. En este caso, no se exige convivencia pues específica “del cónyuge o conviviente” por lo que no tienen por qué recaer estas dos notas sobre la misma personas. En tercer lugar, “o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.<sup>53</sup> No hay requisito de convivencia para determinar el sujeto pasivo del delito de violencia no habitual, aunque se tienen en cuenta los familiares o personas sujetas a potestad o guarda y custodia (generalmente menores de edad).

Dentro de las agravaciones que inserta el art. 153.3 se encuentra la perpetración de los hechos en presencia de menores. En este sentido, la STS 188/2018, de 18 de abril recoge que el sentido de la agravación es *“evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico, objetivo que tiene un sentido protector de sus personas en el contexto de la fenomenología de la violencia intrafamiliar o doméstica. De modo que, aunque no lo diga el precepto, se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes)”*<sup>54</sup> Explica también, dentro de su FJ 2, que la expresión “en presencia de menores” no requiere la percepción visual por parte de éstos de la agresión, sino que es suficiente con otras formas de percepción de la agresión que permitan tener conciencia de ella<sup>55</sup>.

## 1.2. La violencia habitual

---

<sup>53</sup> Art. 173.2 del Código Penal.

<sup>54</sup> STS (Penal Pleno) 188/2018, de 18 de abril, rec. 1448/2017 (FJ 2) [versión electrónica - Lefebvre Ref. EDJ 2018/46772] Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

<sup>55</sup> *Ibid.*

El delito de violencia habitual se regula en el art. 173.2 CP. Los elementos del tipo son similares a los del delito contemplado en el art. 153 CP salvando el requisito de la habitualidad. La habitualidad podría incardinarse con más facilidad en este caso en un delito que se diera casi solamente dentro del ámbito de convivencia familiar, aunque no se exige la convivencia por el tipo penal. Tiene sentido por lo tanto que disponga *“En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”*<sup>56</sup>.

La STS (Penal) 1060/1996 define el concepto de habitualidad *“Habiendo de entenderse por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, tal y, como acontece en el supuesto de autos, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas”*<sup>57</sup>. Su aplicación al delito de maltrato habitual exige además que haya mediado acción u omisión de violencia física o psíquica, o en su caso en comisión por omisión, que el escenario de la violencia sea el familiar y que ésta sea reiterada (mediando proximidad temporal de los actos violentos) continuada y atemorice a las víctimas.<sup>58</sup>

## 2. DELITOS DE AMENAZAS Y COACCIONES LEVES Y ACOSO

Los delitos de amenazas y coacciones leves quedan tipificados en los artículos 171.4 y 171.5 y 172 y 172. ter, respectivamente. Entre los sujetos pasivos del delito de amenazas aparece específicamente el menor (haciendo el art. 171.5 CP referencia a los sujetos pasivos del delitos de maltrato habitual en el ámbito familiar o de violencia de género en el ámbito familiar del art. 173.2 CP<sup>59</sup>) para el delito leve de amenazas mediando armas o instrumentos peligrosos. Es sujeto pasivo por extensión también del delito leve de amenazas en cuanto se refiere a *“persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”* del art. 171.4 CP:

*“4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin*

---

<sup>56</sup> Art. 173.2 del Código Penal.

<sup>57</sup> STS (Penal), nº 1060/1996, de 20 de diciembre, rec. 2348/1995 [versión electrónica - Lefebvre Ref. EDJ 1996/8999] Fecha de la última consulta: 1 de junio de 2022

<sup>58</sup> STS (Penal), sec. 1ª, 33/2010, de 3 de febrero, rec. 10408/2009 [versión electrónica - Lefebvre Ref. EDJ 2010/9940] Fecha de la última consulta: 1 de junio de 2022

<sup>59</sup> Para estas también se prevé la pena de localización permanente.

*convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.*

La persona especialmente vulnerable que conviva con el autor es sujeto pasivo del delito de amenazas leves con independencia de su género y se exige la convivencia, pero si el sujeto pasivo es mujer necesariamente el sujeto activo será un hombre y en este caso no se exige la convivencia. De la misma manera se tipifican las coacciones leves del art. 172 CP.

Como nota diferenciadora con respecto a los delitos de violencia en el ámbito familiar, en los delitos de amenazas y coacciones leves se exige el requisito de previa denuncia de la persona agraviada para su perseguibilidad, circunstancia no exigible en los delitos de violencia de género en el ámbito familiar (arts. 153 y 173 CP) ni tampoco para el delito de acoso tipificado en el art. 172 ter CP:

*“2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo”.*

### 3. DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

El delito de quebrantamiento de condena que puede considerarse afecto por una situación de violencia de género está tipificado en el art. 468.2 CP y recoge las acciones tendentes a incumplir una condena impuesta por un juez o tribunal que recoja las disposiciones del art. 48 CP que son la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, de aproximarse a la víctima o a sus familiares o a sus respectivos domicilios y la prohibición de comunicarse con la víctima o con sus familiares.

En caso de quebrantamiento de condena no termina la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia que se hubiera reconocido en las medidas civiles del asunto de violencia. A modo de apunte, los sujetos pasivos del delito específico con perspectiva de género son los ya expuestos recogidos en el art. 173.2 CP.

Para concluir en este punto, es palmaria la protección de la mujer desde el punto de vista del Derecho penal respecto de ciertos comportamientos que tienen en cuenta la prevalencia estructural del hombre sobre la mujer, es decir, la violencia de género, constituyendo aquellos delito; sin embargo, no es tan clara la protección respecto de los menores que conviven con ellas respecto de algunos tipos penales que no exigen violencia, a pesar de las prevenciones y concienciación sobre la violencia vicaria y sobre la mujer que viene desarrollando la legislación española. No obstante la existencia de un marco penal que reacciona cuando son los menores sujetos pasivos de delitos de los de violencia de género, se ha acotado esta protección al ámbito familiar aun sin convivencia, que si bien resulta lógico desde el punto de vista de la relación de poder y dependencia que genera la convivencia o relación de afectividad con el sujeto activo del delito, es cada vez más necesario que se considere de la misma manera a los menores víctimas de violencia de género en los casos en los que no medie convivencia o ni siquiera un vínculo familiar o de afectividad análogo, pues la forma de relacionarse de las personas y ello también en el ámbito de la pareja o ámbito afectivo está cambiando. Se podría dar la circunstancia de que una mujer y también sus hijos o menores allegados fueran sujetos pasivos de un delito de los de violencia de género y que el sujeto activo no tuviera relación familiar o de convivencia en absoluto con ellos.

Bien es cierto que la consideración de la instrumentalización de los menores se ha acotado también en el recientemente añadido art. 1.4 de la LOVG al ámbito de las relaciones familiares, pero la extensión de la protección contra conductas propias de la violencia de género fuera del ámbito familiar respondería tanto a la definición de la misma, como a la forma estructural de esta violencia. Se piensa sobretudo en delitos de los denominados *online* o en los delitos expuestos de coacciones o amenazas, que conllevan una carga psicológica elevada para quien los sufre y que puede ser todavía mayor en un contexto de violencia vicaria. Sin embargo, en atención a los delitos expuestos, resulta determinante

en el ámbito de protección de los menores, la facultad de imposición de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento para el sujeto pasivo del delito de violencia en el ámbito familiar (habitual y no habitual), amenazas y coacciones leves, pues aunque estas son categorías civiles, el pronunciamiento del juez penal sobre dichas cuestiones adelanta al proceso penal la protección de los menores en su ámbito más cercano y estrecho – el familiar – sin tener que dilatarlas hasta un segundo pronunciamiento dentro de un posible proceso civil de divorcio.

## **VI. PARTICULARIDADES DE LA LEY 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA**

En primer lugar es objeto de reseña el esfuerzo de la LOPIVI por “potenciar los aspectos preventivos, adoptar una perspectiva integral en la lucha contra la violencia contra los niños y adolescentes, y a implicar en ello a todos los sectores de la sociedad”<sup>60</sup>.

Como primer inciso, resultan de interés los criterios de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante situaciones de violencia ejercida sobre menores recogidos en la LOPIVI entre los que se incluye la facultad de los menores de formular por sí mismos denuncia en estos casos sin que exista óbice por no estar acompañados de un adulto.<sup>61</sup> A pesar de que para la efectiva tutela procesal penal de los derechos de los menores sigue siendo necesario que actúen por medio de representante legal, con esta ley se reduce ligeramente la dependencia de los menores para iniciar la investigación de un posible delito sin necesidad de depender enteramente de la decisión de denunciar de una tercera persona respecto de un asunto que le afecta indudablemente y del que debe resultar protegido.

Otra de las reformas introducidas por la LOPIVI ha sido la obligación de denunciar de los parientes recogidos en el art. 261 LECrim en los casos de delitos contra la vida, de

---

<sup>60</sup> Cabrera Martín, M., *op. cit.*, p.258.

<sup>61</sup> *Vid.* Art. 50.2 e) de la 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)

homicidio, lesiones muy graves, maltrato habitual del art. 173.2 CP, de delitos contra la libertad o indemnidad sexual y de trata de seres humanos cuando la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

La disposición final sexta de la LOPIVI está dedicada a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introduciendo modificaciones tanto de la Parte General como de la Parte Especial del citado Código. En este apartado se estudiarán algunas de las reformas que entendemos tienen relación con la protección del menor en situaciones de violencia de género.

### 1. LA ORDEN DE PROTECCIÓN: NUEVO ART. 544 TER LECRIM

El art. 544 ter del CP regula la orden de protección, mayoritariamente utilizada para la protección de las víctimas de violencia de género en todos los órdenes jurisdiccionales.

En aras de asegurar las medidas que pueden afectar a los menores a cargo de la víctima de violencia de género el art. 61.2 de la LOGV ya establecía la obligación de la autoridad judicial de pronunciarse en cualquier caso sobre las medidas cautelares y de aseguramiento específicamente en procedimientos de violencia de género, especialmente las relativas a de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones, las medidas de suspensión de la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen de visitas, estancia, relación y comunicación con los menores *y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.*

Con ocasión de la LOPIVI se reforman los apartados 6 (relativo a las medidas penales) y 7 (relativo a las medidas civiles) del art. 544 ter del CP.

La nueva redacción del apartado 6 del art. 544 ter CP requiere valorar tanto *la necesidad de protección integral e inmediata* de la víctima como la de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Esta modificación atiende a la consideración del menor como víctima de violencia de género “en el bien entendido que solo así les protegemos a ellos en sus derechos y, además, hacemos efectiva la protección

de sus madres”<sup>62</sup>. Es esta misma circunstancia la que promueve la reforma del apartado siguiente del art. 544 ter CP.

La modificación del art. 544 ter. 7 CP ha consistido en limitar la facultad del juez para determinar el régimen de visitas, comunicación y estancia pudiendo solamente pronunciarse sobre la suspensión o no de las ya existentes, quedando redactados los párrafos 2º y 3º del apartado 7 como sigue:

*“Estas medidas podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, **suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.***

***Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.”***

Este último párrafo se refiere a las víctimas de violencia de género o doméstica. En estos casos, si en la orden de protección se hubieran acordado medidas penales resulta imperativa la suspensión del régimen de visitas si lo hubiera, pudiendo solo no acordar la suspensión a través de una resolución motivada en el interés superior del menor.

En atención a ello, la Fiscalía General del Estado entiende que la modificación del apartado 7 del art. 544 ter es “*de acuerdo con las obligaciones asumidas en el Pacto de*

---

<sup>62</sup> Fiscalía General del Estado, *op. cit.*, p. 16.

*Estado contra la Violencia de Género, siguiendo las recomendaciones del Defensor del Pueblo y del GREVIO y en línea con la evolución legislativa apuntada*<sup>63</sup> y que su razón de ser recae en la realidad social a la que se enfrentan las víctimas de violencia de género y a la necesidad de proteger de ésta a los menores que la sufren o tienen alta probabilidad de sufrirla “teniendo en cuenta, además, que cuando se acuerda una medida penal de prohibición de aproximación a la madre el riesgo de instrumentalización y manipulación de los niños y niñas e, incluso, de ejercer la violencia sobre ellos, bien como estrategia para dominar y controlar a la madre, bien para hacerle el máximo daño posible, se eleva a la enésima potencia”<sup>64</sup>.

En cuanto a la obligación de pronunciarse sobre el régimen de guarda y custodia en los casos en los que la orden de protección incluya medidas penales, se recuerda que “la violencia en el marco de la pareja o expareja es claramente incompatible con el interés superior del menor y con la custodia y los cuidados compartidos, debido a las graves consecuencias para las mujeres y los niños, entre otras, el riesgo de actos extremos de feminicidio e infanticidio; (...) a la hora de fijar los arreglos relativos a la asignación de la custodia y los derechos de visita y acceso, la protección de las mujeres y los niños frente a la violencia y el interés superior del menor deben ser de primordial importancia y prevalecer sobre otros criterios; destaca, por tanto, que los derechos o reivindicaciones de los autores o presuntos autores durante y después del proceso judicial, en especial en lo que atañe a la propiedad, la privacidad, la custodia, el acceso, el contacto y el régimen de visitas respecto al menor, deben determinarse a la luz de los derechos humanos de la mujer y los hijos a la vida y a la integridad física, sexual y psicológica y obedecer al principio del interés superior del menor<sup>(24)</sup>; subraya, por tanto, que la retirada de la custodia y los derechos de visita de la pareja violenta y la concesión de la custodia exclusiva a la madre, si es víctima de violencia, pueden representar la única forma de evitar nuevos actos violentos y la victimización secundaria de las víctimas; resalta que la concesión de todas las responsabilidades parentales a un progenitor debe ir acompañada de mecanismos de

---

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 19

<sup>64</sup> *Ibid.* p. 18

compensación, como beneficios sociales y acceso prioritario a servicios de cuidados colectivos e individuales”<sup>65</sup>.

## 2. LA SUSPENSIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

La LOPIVI ha introducido en el art. 83.1.6ª CP, dedicado a los condicionamientos que puede imponer el juez para conceder la suspensión de la pena de prisión, los deberes de participar en programas de *resolución pacífica de conflictos* y *parentalidad positiva* a los ya recogidos por la anterior redacción de este artículo. También se han introducido estos programas formativos en los programas objeto de la pena privativa de derechos de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 CP).

La propia LOPIVI define la parentalidad positiva como “el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes”<sup>66</sup>.

El componente cultural que sigue avivando actuaciones que constituyen tanto violencia sobre la infancia como violencia de género es el impulsor de la inclusión de los programas de parentalidad positiva y resolución pacífica de conflictos. Los delitos de violencia de género están ligados a las condiciones de suspensión de la pena de prisión al condenado por aquellos en cuanto que el apartado 2 del artículo 83 CP dispone que “*Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin*

---

<sup>65</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI)), apartado 9.

<sup>66</sup> Art. 26.3 a) de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021)

*convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado anterior”.*

El apartado 2 del artículo 83 CP no ha sido modificado por la LOPIVI y, aunque no habría razón para ello por tratarse solamente de la anexión de dos nuevos programas, el objeto de, al menos, el programa de *parentalidad positiva* es la exclusión de la violencia en el trato del progenitor con el menor y el favorecimiento de su desarrollo integral. Dimana de la definición de la *parentalidad positiva* su integración en el ámbito familiar tratándolo de manera implícita como parte del entorno de violencia sobre la infancia. En este sentido y a nuestro parecer, debería haber incluido el legislador en el art. 83.2 CP los delitos cometidos contra menores a su cargo o incluso contra las personas contempladas en el art. 173.2 CP como ya hacen otras muchos preceptos penales para dotar de mayor protección a las víctimas de violencia de género que, recordemos, son tanto las mujeres – mayores o menores de edad – como los menores a su cargo, máxime teniendo en cuenta que el objeto de la ley es *la protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*.

## **2.1. El supuesto Síndrome de Alienación Parental (sSAP)**

En relación con la *parentalidad positiva* y las relaciones paterno-filiales, sigue el art. 26.3 a) de la LOPIVI en su párrafo segundo:

*“En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental”.*

Asimismo la LOPIVI en su art. 11.3 se refiere a la imposibilidad de la toma en consideración de “*planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta*” con respecto de los menores en los procedimientos judiciales por parte de los poderes públicos, entre los que se encuentra el sSAP o del llamado síndrome de alienación familiar (sSAF)<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Cfr. Puente Pascual, A., “El síndrome de Alienación Parental: una nueva forma de violencia de género”, 2022 (disponible en

La exclusión de la toma en consideración de estos planteamientos resulta en un beneficio en la protección de los menores tanto en procedimientos penales por violencia de género y doméstica en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer como en procedimientos civiles en lo que se discutan medidas paternofiliales cuando el progenitor varón hubiera sido ya encausado o condenado por un delito de violencia de género. Ello es debido a la utilización que se venía haciendo de este supuesto síndrome, en su teoría consistente en provocar en el menor rechazo hacia en otro progenitor definido como “un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de las disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre [el progenitor hombre], una campaña que no tiene justificación”<sup>68</sup>.

Los supuestos en los que mayoritariamente se ha utilizado el sSAP como argumento jurídico han sido aquellos en los que “los progenitores se encuentran en un proceso de separación o divorcio contencioso, o cuando ha habido una denuncia previa, por parte de la madre, de maltrato o abuso sexual del padre a los/as hijos/as”<sup>69</sup>, lo cual tiene encaje en el padecimiento de situaciones de violencia por parte de las mujeres a cargo de los menores, pero también por parte de aquellos de forma directa. En este contexto, la utilización hasta ahora de un supuesto síndrome de alienación parental para motivar resoluciones en materia de familia dejaba a las mujeres y a los menores en un estado de desprotección frente a la violencia ejercida por el marido o padre agresor a la par que ponía a las mujeres en una situación más que comprometida a la hora de valorar su intención para con sus hijos en estos procedimientos judiciales. Como resultado, el aval del sSAP por los profesionales de la justicia supone un mecanismo de perpetuación de la violencia contra la mujer<sup>70</sup> al quedar a la subjetividad del juez o tribunal la supuesta manipulación de su hijo e imponiendo una situación de desamparo en estos procedimientos tanto para la mujer como para los menores.

---

[https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/55567/TFG\\_Puente\\_Pascual\\_Ana.pdf?sequence=2](https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/55567/TFG_Puente_Pascual_Ana.pdf?sequence=2); última consulta 28 de mayo de 2022)

<sup>68</sup> *Apud.* Puente Pascual, A., “El síndrome de Alienación Parental: una nueva forma de violencia de género”, p. 16, 2022 (disponible en

[https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/55567/TFG\\_Puente\\_Pascual\\_Ana.pdf?sequence=2](https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/55567/TFG_Puente_Pascual_Ana.pdf?sequence=2); última consulta 28 de mayo de 2022)

<sup>69</sup> *Ibid.* p. 17.

<sup>70</sup> Vaccaro, S., *op cit.*

Las resoluciones fundamentadas en el sSAP favorables al otorgamiento o mantenimiento del derecho de visitas, guarda y custodia o de régimen de comunicación y estancia de padres condenados por un delito de los de violencia de género relegan a un segundo plano el interés superior del menor en pro de los derechos de los padres a relacionarse con sus hijos olvidando que “a pesar del intento de muchos de separar el ejercicio de la paternidad de la violencia, un maltratador siempre es un mal padre, porque utiliza la violencia en contra de la mujer y contra sus hijos e hijas para causar dolor y daño más allá de los golpes”<sup>71</sup>.

Es por todo lo expuesto por lo que la exclusión de este tipo de síndromes sin evidencia científica de las cuestiones jurídicas deber ser siempre bienvenida. Ello fortalece la protección que a nivel penal tiene lugar en un primer momento para frenar la violencia de género o doméstica, no permitiendo que se diluya en procedimientos por ejemplo de separación o divorcio, además de reforzar la protección de los menores contra esta forma de violencia impidiendo que sean instrumentalizados bajo el pretexto de estar afectados por el sSAP.

### 3. LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS: LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La pena de privación de la patria potestad se encuentra en el art. 46 CP junto con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. La principal diferencia entre la pena de inhabilitación y la pena de privación de la patria potestad es que la inhabilitación tiene carácter temporal, recuperando tras la condena los derechos de los que se quedó privado, mientras que la privación comprende la pérdida definitiva de la titularidad de la patria potestad. “Sin embargo, la inhabilitación especial para la tutela, la curatela, guarda o acogimiento supone la extinción de las mismas así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo que dure la condena”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Acosta Lorente, M., “Donde más duele”, *El País*, 4 de febrero de 2017 (disponible en [https://elpais.com/elpais/2017/02/04/mujeres/1486201498\\_722077.html](https://elpais.com/elpais/2017/02/04/mujeres/1486201498_722077.html); última consulta 27 de mayor de 2022)

<sup>72</sup> Molina Blázquez, M.<sup>a</sup> C., “Las modificaciones en la parte general del Derecho penal”, Martínez García, C. (coord.), *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*, Aranzadi, 2021, p.185

El concepto de patria potestad que se observa en el art. 46 CP es el recogido en el CC y en las leyes especiales de las CC.AA.

Con la reforma de la LOPIVI queda regulada la pena de privación de patria potestad con la especificación siguiente: “*subsistiendo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente*”. Además, se ha añadido al art. 46 CP el siguiente párrafo introduciendo el interés superior del menor para la imposición de estas penas privativas de derechos de contenido personal:

*“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 de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto”*

La valoración de la reforma es positiva puesto que desde ahora se hace referencia explícita al interés superior del menor que debe ser tenido en cuenta en cualquier decisión judicial que le afecte, además de introducir un mandato por el que la autoridad judicial deba pronunciarse y determinar en cada caso a qué derechos afecta específicamente la pena y a cuáles no.<sup>73</sup> En este sentido, la valoración de la imposición de las circunstancias concretas de la pena de privación de la patria potestad, si se atiende en cualquier caso al interés superior del menor, debería adecuar en mayor medida la finalidad de la imposición de la pena con la protección del menor de la violencia doméstica, sexual o de género a la que estuviera sometido.

Huelga recordar que las penas privativas de derechos que aquí nos ocupan pueden imponerse de forma accesoria o como pena principal. En atención a éstas últimas, la LOPIVI ha introducido la pena de privación de la patria potestad para los delitos de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP) y para el tipo de asesinato agravado (art. 140 CP) para supuestos de violencia de género, es decir, *si la víctima y quien sea autor*

---

<sup>73</sup> *Ibid.* p.186

*tuvieran un hijo o hija en común y respecto de los demás hijos e hijas si la víctima fuere el hijo del autor*<sup>74</sup>.

La reforma ha consistido en imponer la pena de privación de la patria potestad en estos delitos como pena principal en lugar de como pena accesoria. De esta manera no existe ya la obligación de motivar la concurrencia de la relación de patria potestad para la comisión del delito, sino que se recoge de forma imperativa la imposición de la pena por el hecho de cometer el delito en las circunstancias previstas por el nuevo art. 140 bis.

Por otro lado, ha habido una reforma de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio u otras actividades, sean o no retribuidas, en caso de contacto con menores. En consideración al principio de proporcionalidad de las penas, dado que esta pena se ha previsto para delitos menos graves que el homicidio doloso o el asesinato<sup>75</sup>, sorprende a la doctrina que no se haya previsto también para estos aun de forma facultativa y supeditada a la mejor protección del menor.<sup>76</sup>

El nuevo art. 140 bis imperativamente despoja de los derechos derivados de la patria potestad a los padres que han perpetrado actos violentos contra su pareja o expareja y contra sus hijos menores. A raíz de esta modificación no cabe ya ninguna duda de que la paternidad ejercida por el autor de los delitos mencionados no es beneficiosa para los intereses del menor o así se ha considerado integrando el art. 140 bis en el CP, imponiendo además la pena de prisión permanente revisable.

En vista de que no se ha considerado beneficioso para el interés del menor la relación parental con una persona que ha cometido un delito contra la vida en el seno de la familia nuclear nos preguntamos cuál es la diferencia para el interés superior del menor que el

---

<sup>74</sup> *Vid.* Art. 140 bis del Código Penal

<sup>75</sup> Tampoco se ha previsto como pena accesoria para los delitos contra la intimidad, de lesiones, amenazas, coacciones o de maltrato habitual en el ámbito familiar.

<sup>76</sup> *Cfr.* Molina Blázquez, M.<sup>a</sup> C., *op. cit.*

agresor cometa delitos contra la integridad física o la indemnidad sexual contra la mujer o contra los menores, incluso con el objetivo de hacer sufrir a la mujer<sup>77</sup>.

Para el caso en que se diera el supuesto castigado por el art. 140 bis CP máxime teniendo en cuenta el tipo de pena a imponer, de duración indeterminada, con alta probabilidad no se va a dar con posterioridad a la condena una relación entre el autor del delito y sus hijos suficientemente estrecha como para necesitar los menores protección especial. El principio de intervención mínima del Derecho penal, del que se deriva su actuación como *última ratio* del ordenamiento jurídico explica esta circunstancia, pues se ha fijado en el foco en el castigo y no en la prevención de situaciones futuras que sí que acontecen tras las condenas de otra serie de delitos de los de violencia de género y que pueden volver a generar un foco de desprotección y violencia hacia los menores, sobretodo con situaciones de violencia vicaria en procesos de separación y divorcio. Lo cierto es que el Derecho penal no debe nunca castigar a modo preventivo, pero eso no es lo que ahora se plantea aquí sino una armonización real de las diferentes áreas del Derecho para otorgar una protección eficaz para la infancia contra la violencia.<sup>78</sup>

## **VII. LA VICTIMIZACIÓN DEL MENOR EN PROCEDIMIENTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR**

### **1. LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA**

Algunos autores definen la victimización secundaria como “los efectos nocivos que se producen en una persona al enfrentarse al sistema de justicia cuando debe concurrir a él porque ha sido víctima de un acto ocasionado por un tercero, lesivo para su integridad física o psíquica”<sup>79</sup>. Puede uno referirse a ella como la atención inadecuada que recibe la víctima de violencia de género por parte de los agentes públicos, tanto jurídicos como no

---

<sup>77</sup> Ello para el caso en que hubiese varios menores afectados de diferente forma como resultado de violencia vicaria, pues en caso contrario y poniéndonos en el peor escenario consecuencia de esa violencia, no existiría ningún interés superior del menor que salvaguardar como es el caso del art. 140 bis CP.

<sup>78</sup> *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, *op. cit.*

<sup>79</sup> Carretta, F. y Garcia Quiroga, M., "Justicia de familia y victimización secundaria: un estudio aplicado con niños, jueces y abogados." *Derecho PUCP* n. 87, 2021, p. 471.

jurídicos. Dentro del procedimiento penal “se entiende que la victimización secundaria supone un nuevo daño al ya sufrido como consecuencia directa del ilícito penal a causa de su negativa experiencia por el procedimiento judicial”<sup>80</sup>.

DOMINGUEZ VELA dice a este respecto que la legislación española no ha sabido proteger a la víctimas de violencia de género y que “la grave desprotección de las mujeres maltratadas ante la victimización secundaria en la normativa de violencia de género se ha intentado subsanar mediante Protocolos de actuación administrativa y judicial extra lege. Sin embargo, el cumplimiento de los actuales Protocolos no garantiza plenamente la ausencia de victimización secundaria ni en consecuencia, exime plenamente de responsabilidades”<sup>81</sup>

Se aprecia un cambio en la tendencia expuesta, pues durante todo el preámbulo de la LOPIVI se hace referencia a la necesidad imperante de reducir la victimización secundaria en los procesos en los que intervinieran menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Razón de ello es que se hayan modificado algunos aspectos procesales para conseguir este objetivo.

Con objeto de evitar la revictimización de los menores durante en proceso penal se han introducido los arts. 449 bis y 449 ter a la LECrim. En ellos se establecen la garantías para la práctica de la prueba preconstituida para los delitos recogidos en el art. 449 bis y en el caso de que el testigo sea menor de edad o un persona discapacitada necesitada de especial protección. La LOPIVI califica esta forma de obtener la prueba como eficaz para evitar la victimización secundaria, haciendo así extraordinaria la declaración del menor de 14 años en el acto del juicio, pudiendo tener lugar su declaración solamente en fase de instrucción.

## 2. LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR

---

<sup>80</sup> Martínez Perpiñá, B., "La prueba preconstituida como medio de prevención de la victimización secundaria en menores víctimas de abuso sexual.", 2021 (disponible en <https://repositori.upf.edu/handle/10230/49102>; última consulta 2 de junio de 2022)

<sup>81</sup> Domínguez Vela, M., “Violencia de género y victimización secundaria”, *Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia*, vol. VI, n. 1, 2016, p. 11.

La LOPIVI ha dejado un nuevo marco de la dispensa del deber de declarar al reformar el art. 416 de la LECrim.

El art. 410 LECrim recoge la obligación de declarar de todas las personas, nacionales o extranjeras, que residan en España y no estén impedidos, obligación dispuesta también por el art. 17.1 LOPJ.

Con anterioridad a la reforma la doctrina del TS era clara en cuanto a que quien cesara en su posición de acusación de acusación particular no recuperaba el derecho a dispensa de la obligación de declarar. Esto llevado a procedimientos de violencia de género cobra rápido sentido, pues si la víctima ya ha denunciado al maltratador otorgarle de nuevo el derecho a la dispensa supone una revictimización que permitiría una situación en la que el maltratador “continúa con el engaño para conseguir la dispensa y librarse de la sanción por sus actos, para continuar de nuevo con el maltrato, si no es con otros delitos ya irreparables para su víctima”<sup>82</sup>.

Tras la reforma el art. 416.1 CP dispone que no tienen obligación de declarar contra el procesado sus *parientes en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil*. Incluyendo una mayor protección de los menores víctimas en cuanto se excluye la dispensa del deber de declarar:

*“1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección; 2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”<sup>83</sup>.*

La esfera de protección expuesta extingue el derecho a la dispensa del deber de declarar solamente en los casos en los que el delito contra el menor lo haya cometido alguna de

---

<sup>82</sup> Sánchez Melgar, J., “Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n. 28, 2021.

<sup>83</sup> *Vid.* art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

las personas mencionadas en el primer párrafo del art. 416 CP. La exclusión de la dispensa operará como resultado en supuestos de delitos cometidos por el cónyuge o pareja con análoga relación de afectividad a la conyugal o los hermanos de la víctima, primando en cualquier caso el interés superior del menor.<sup>84</sup>

Tampoco afectará la dispensa a la obligación de declarar en caso de delitos graves cometidos contra una persona menor de edad si el testigo es mayor de edad, sin importar si el testigo tiene relación o no con la víctima menor, a diferencia que en el apartado 1º del art. 461 CP. El fundamento de ello es la protección del menor en cualquier caso frente a delitos graves.

## VIII. CONCLUSIONES

En primer lugar, del examen de las leyes españolas que regulan los aspectos jurídicos de la violencia de género se concluye el indudable reconocimiento de que los actos violentos cometidos contra los menores de edad que sean familiares o allegados de las mujeres víctimas están incluidos también en la violencia de género. Lo anterior aporta visibilidad al problema de la instrumentalización de los menores con el objetivo de dañar a sus madres, lo que se conoce como violencia vicaria, , que aunque se venía refiriendo por sectores de la doctrina y la jurisprudencia no estaba reconocido taxativamente.

En cuanto a la perspectiva de género, está suficientemente prevista en el CP con la circunstancia agravante del art. 22.4ª del citado Código, pues para su aplicación no se requieren las relaciones de parentesco o afinidad mencionadas en los tipos penales agravados de delitos de violencia de género. Se promueven con ello consecuencias más justas desde el punto de vista de la restitución de la víctima si el ánimo del delito, con el óbice procesal de que su aplicación requiere prueba.

Por otra parte, son muchos los delitos en los que se han incluido agravaciones con perspectiva de género y por razón de la edad de la víctima; sin embargo, llegamos a la

---

<sup>84</sup> *Cfr.* Sánchez Melgar, J., *op. cit.*, p. 5.

convicción de que no deben olvidarse los delitos perpetrados por medios electrónicos generalmente extendidos en las relaciones de pareja de menores. Un ámbito de prevención focalizado en ello podría ayudar a romper en las nuevas generaciones el componente estructural y cultural que caracteriza a la violencia de género. De igual modo, se brindaría mayor protección a las menores víctimas de la misma.

Asimismo se concluye que a pesar de que el derecho a la reparación es uno de los pilares sobre los que se construye la lucha legislativa contra la violencia de género y que el contenido de este derecho puede no llegar a satisfacerse en los procesos penales de menores, no puede concluirse que debiera llevarse a cabo una reforma de la LRPM. La razón radica en que los principios de reeducación y reinserción y del interés superior del menor infractor cobran gran protagonismo en el Derecho penal de menores y, en aras de asegurar el cumplimiento estricto de la tutela procesal de la víctima de violencia de género menor de edad se configuraría una legislación penal de menores posiblemente antagónica a la vigente.

Como punto aparte, se ha advertido una problemática en la falta de armonización y consideración del interés superior del menor en los procedimientos penales de violencia de género y en los procedimientos civiles de medidas relativas a los hijos. Cuestión ésta que debe necesariamente abordarse con más detenimiento, pues supone uno de los mayores impedimentos en la protección efectiva de los menores contra la violencia, y ello poniendo especial atención al régimen de visitas del padre maltratador que brinda oportunidades para que despunte la violencia vicaria. La obligación del juez de pronunciarse sobre las medidas que atañen a los menores en procedimientos de violencia de género es beneficioso si se asegura su cumplimiento. En ocasiones las víctimas, cuando concurren con posterioridad a un procedimiento civil de separación o divorcio no manifiestan que ha tenido lugar un pronunciamiento de condena por violencia de género ni cuales fueron las medidas impuestas ni tampoco el juzgado es capaz de realizar las averiguaciones oportunas para ello, lo que dificulta en gran medida la protección de los menores, máxime teniendo en cuenta la facultad de la víctima de retirar la orden de protección en cualquier momento del procedimiento. De igual manera se celebra la imposibilidad de fundamentar sentencias de medidas relativas a los menores en

circunstancias sin aval científico como es el sSAP pues ello suponía, además de una instrumentalización del menor, la revictimización de la mujer víctima de violencia de género.

Es ensalzable la permisividad para formular denuncia por parte de los menores por sí solos en supuestos en los que sufran violencia. Para los casos en los que el menor decida actuar así se le está dando la llave para iniciar un procedimiento judicial sin quedar a expensas de otra persona para ello. Esta es la medida que más claramente aumenta la esfera de protección del menor que tenga la decisión suficiente como para formular denuncia.

También es bienvenida la reforma de la orden de protección de las víctimas de violencia de género en cuanto al ámbito de protección del menor y a la salvaguarda de su interés superior no pudiendo imponer el juez que dicta la orden un régimen de visitas, comunicación o estancia sino que la suspensión es taxativa. De esta forma se hace más arduo para el maltratador el acceso libre a los menores y se reducen las posibilidades de que sufran violencia, si se diera el caso.

Por último, era necesaria la reforma de la dispensa del deber de declarar para asegurar la consecución de todas las pruebas necesarias en los procedimientos en los que la víctima es un menor de edad, impidiendo acogerse los testigos a la dispensa de la obligación de declarar y consolidando el buen fin del procedimiento en estos supuestos.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA**

### **1. LEGISLACIÓN**

Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

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

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 2011.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982)

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996)

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985)

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000)

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004)

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021)

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de Madrid nº 260, de 17 de septiembre de 1882)

Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones, 1992. Recomendación general Nº 19, *La violencia contra la mujer*.

Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI)).

## 2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo (Penal), nº 1060/1996, de 20 de diciembre, rec. 2348/1995 [versión electrónica - Lefebvre Ref. EDJ 1996/8999] Fecha de la última consulta: 1 de junio de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, 33/2010, de 3 de febrero, rec. 10408/2009 [versión electrónica - Lefebvre Ref. EDJ 2010/9940] Fecha de la última consulta: 1 de junio de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo (Penal Pleno) 188/2018, de 18 de abril, rec. 1448/2017 [versión electrónica - Lefebvre Ref. EDJ 2018/46772] Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo (Penal), Sección 1ª, núm. 420/2018, de 25 de septiembre, rec. 10235/2018 [versión electrónica – Lefebvre Ref. EDJ 2018/570772] Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

STS (Penal), Sección 1ª, núm. 565/2018, de 19 de noviembre, rec. 10279/2018 [versión electrónica – Lefebvre Ref. EDJ 2018/641935] Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo (Penal), Sección 1ª, núm. 707/2018, de 15 de enero de 2019, rec. 10353/2018 [versión electrónica - Lefebvre Ref. EDJ 2019/500865]  
Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo (Penal), Sección 1ª, núm. 687/2021, de 15 de septiembre, rec. 10138/2021 [versión electrónica – Lefebvre Ref. EDJ 2021/698579] Fecha de la última consulta: 2 de junio de 2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 22 de julio de 2013 (disponible en <https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2013/07/22/breton.pdf>; última consulta 1 de junio de 2022).

### 3. OBRAS DOCTRINALES

Asociación de las Naciones Unidas en España (ANUE), Violencia vicaria. Cuando la violencia machista va más allá de tu persona: la pesadilla española, 18 de junio de 2021 (disponible en <https://anue.org/wp-content/uploads/2021/06/Violencia-vicaria.-Articulo-completo.pdf>; última consulta 2 de junio de 2022).

Borges Blázquez, R., "La problemática delimitación del sujeto pasivo de delitos de violencia de género La búsqueda de un concepto unitario, quimera y ¿panacea?." *Diario La Ley*, 2020, núm. 9658, 2020, pp. 1-12.

Cabrera Martín, M., "Modificaciones de la parte especial del Derecho Penal tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia", Martínez García, C. (coord.), *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*, Aranzadi, 2021, p. 215-259.

Carretta, F. y Garcia Quiroga, M., "Justicia de familia y victimización secundaria: un estudio aplicado con niños, jueces y abogados." *Derecho PUCP* n. 87, 2021, pp. 471-497.

- Correa García, R. I. y García Rojas, A. D., “Violencia y medios, Violencia escolar y de género: conceptualización y retos educativos”. *Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva*, 2012.
- Damonti, P., & Leache, P. A., Las situaciones de exclusión social como factor de vulnerabilidad a la violencia de género en la pareja: Desigualdades estructurales y relaciones de poder de género. *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*, n. 48, 205-230, 2020 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7564334>; última consulta 3 de junio de 2022).
- Domínguez Vela, M., “Violencia de género y victimización secundaria”, *Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia*, vol. VI, n. 1, 2016, pp. 3-22.
- Fernández, D. R. G., “Conceptos jurídicos indeterminados en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004. pp. 2257-2276.
- Fiscalía General del Estado, Unidad de Violencia sobre la Mujer. Nota de servicio 1/2021. Criterios orientativos en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 ter y LECrim y 94 CC.
- Gómez Fernández, I., «Hijas e hijos víctimas de la violencia de género », *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2018.
- La Parra, D. y Tortosa J.M<sup>a</sup>., Violencia estructural: una ilustración del concepto. *Documentación social*, n. 131(3), 2003, (disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/23375/1/2003\\_LaParra\\_Tortosa\\_Documentacion\\_Social.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/23375/1/2003_LaParra_Tortosa_Documentacion_Social.pdf); última consulta 3 de junio de 2022).

Molina Blázquez, M.<sup>a</sup> C., “Las modificaciones en la parte general del Derecho penal”, Martínez García, C. (coord.), *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*, Aranzadi, 2021, pp. 177-213.

Martínez Perpiñá, B., "La prueba preconstituida como medio de prevención de la victimización secundaria en menores víctimas de abuso sexual.", 2021 (disponible en <https://repositori.upf.edu/handle/10230/49102>; última consulta 2 de junio de 2022).

Picontó Novales, T., “Los derechos de las víctimas de violencia de género: las relaciones de los agresores con sus hijos”, *Universidad de Zaragoza*, DERECHOS Y LIBERTADES, núm. 39, Época II, junio 2018, pp. 121-156 (disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/28719/DyL-2018-39-piconto.pdf?sequence=1>; última consulta el 2 de junio de 2022).

Sánchez Melgar, J., “Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n. 28, 2021.

Vaccaro. S., La justicia como instrumento de la violencia vicaria: la ideología del pretendido “sSAP” y la custodia compartida impuesta. *Nuevas jornadas de Violencia de Género. El patriarcado en la justicia. Comisión de Igualdad del Consejo de Cultura Galega. Galicia, Santiago de Compostela*, 2018 (disponible en [http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/CCG\\_ac\\_2018\\_novasformasviolenciaxenero\\_soniavaccaro.pdf](http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/CCG_ac_2018_novasformasviolenciaxenero_soniavaccaro.pdf); última consulta 2 de junio de 2022).

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

Acosta Lorente, M., “Donde más duele”, *El País*, 4 de febrero de 2017 (disponible en [https://elpais.com/elpais/2017/02/04/mujeres/1486201498\\_722077.html](https://elpais.com/elpais/2017/02/04/mujeres/1486201498_722077.html); última consulta 27 de mayo de 2022).

Ficha de menores víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre en España. Datos provisionales. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2021 (disponible en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores\\_2021.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesMenores_2021.pdf); última consulta 2 de junio de 2022).

Ficha de mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o exparejas. Datos provisionales. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2021. (disponible en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales\\_2022\\_06\\_09.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales_2022_06_09.pdf); última consulta 2 de junio de 2022).

Ficha de mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o exparejas. Datos provisionales. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2022 (disponible en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales\\_2022\\_06\\_09.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales_2022_06_09.pdf); última consulta 2 de junio de 2022).

Instituto canario de igualdad. servicio de coordinación del sistema integral contra la violencia de género, Guía para la atención a mujeres víctimas contra la violencia de género, Canarias, Instituto Canario de Igualdad, 2011.

Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad), 2019 (disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/p>

[df/Macroencuesta\\_2019\\_estudio\\_investigacion.pdf](#); última consulta el 30 de mayo de 2022).