

Prólogo

Es un inmenso honor prologar este libro de la Dra. M^a Carmen Peral López, ganadora de la XXVIII edición del Premio Internacional de Investigación Victoria Kent, convocado por la Universidad de Málaga. El fallo por unanimidad del jurado no deja lugar a dudas de la excelencia de esta investigación sobre la violencia vicaria a través de las hijas e hijos de madres maltratadas, que sobresalió entre los veintiséis trabajos originales presentados: “La investigación hace visible la situación actual de la práctica judicial, pone de manifiesto las carencias y divergencias entre la práctica judicial y el espíritu de los legisladores y acredita la falta de formación integral en materia de violencia de género, al perpetuar los falsos mitos”.

Victoria Kent, andaluza universal de Málaga, primera mujer abogada del Colegio de Abogados de Madrid y diputada a Cortes por Madrid y Jaén comparte con la Dra. Peral no sólo su condición de andaluza, porque M. Carmen Peral es de Andújar, Jaén, (provincia a la que V. Kent representó como diputada en las Cortes españolas), sino que también comparten el ejercicio de la Abogacía. La Dra. Peral ha demostrado ser una magnífica abogada, defensora de muchas causas de violencia de género.

El premio, tal y como indican las bases, ha de versar sobre un tema relacionado con los estudios de las mujeres, de género o feministas, desde cualquier disciplina científica. La Dra. Peral

López aporta en este trabajo la visión de una jurista, a la vez que abogada, pero también la de una mujer víctima y la de una madre de hijos menores que asimismo y por esa razón —también son víctimas— han sufrido las incongruencias de leyes y resoluciones judiciales en materia de maltrato.

La violencia vicaria ha sido calificada como la modalidad más “monstruosa” de maltrato y violencia contra las mujeres: matar a los propios hijos para hacer daño a las madres, muchas de ellas convertidas en ex-mujer o ex-pareja es, desgraciadamente, el último escalafón de las variadas formas de violencia de género

La Dra. Peral López analiza en su trabajo todas las modificaciones normativas que tras las Reformas en 2015, en el ámbito penal y también en la Ley Integral contra la violencia de género se suceden. No pocas eran las demandas de cambios sustantivos jurídico-procesales en el sistema de protección de menores, que, desgraciadamente, tendrán un valor puramente simbólico, de escasa rentabilidad práctica, como lo demuestra el hecho de no haber aumentado las medidas de protección a las y los menores en estos supuestos, en los años transcurridos desde la entrada en vigor de dichas reformas. La resistencia a aplicar penas y medidas de protección a estos menores supone una disfunción entre la normativa vigente y su aplicación judicial. En muchas ocasiones, las niñas y los niños son utilizados para seguir ejerciendo violencia sobre la mujer maltratada a través de ellos, aprovechando el derecho de visitas. Sin embargo, la práctica judicial se sigue desvinculando la violencia de género con las y los menores y sigue en muchas ocasiones relativizando el riesgo, salvo en casos extremos. Los jueces y tribunales se muestran reacios a suspender un régimen de visitas o privar de la patria potestad a un padre, disfrazándolo de, como mínimo un dudoso interés del menor. Pero la situación incluso empeora en algunos supuestos, culpando a la madre de ser mala influencia para los hijos que demandan su protección, siendo acusada de un delito de desobediencia por incumplimiento

de una resolución judicial en la que se establece un régimen de visitas, imponiéndole multas coercitivas y apercibiéndole de un posible cambio de custodia.

Con esta investigación la Dra. Peral López, valientemente, ha desvelado la situación actual de la práctica judicial en cuanto a la protección —más bien desprotección— de las víctimas de los delitos de violencia de género, tanto de las mujeres como, especialmente, de sus hijas e hijos, exponiendo la necesidad de formación y especialización de los distintos operadores jurídicos en materia de violencia de género, así como la relación existente entre la posible falta de formación específica y la imposibilidad de prevención de síndromes u otros episodios psicológicos y psíquicos en las víctimas como de prevenir ulteriores delitos sobre las mismas.

La Dra. Peral López analiza la violencia doméstica y la violencia de género, estableciendo la definición de cada uno de estos conceptos, sus diferencias, su ámbito de aplicación y su distinto régimen punitivo en el orden penal. Si bien dicho estudio también ha sido abordado con anterioridad por la doctrina, la Dra. Peral López, realiza consideraciones muy sugerentes para centrarse y adentrarse en las consecuencias de esa violencia de género en las hijas e hijos de las mujeres maltratadas. Ahí es donde se refiere al maltrato a los menores, sus diferentes formas y diversas teorías que explican el fenómeno así como los factores de riesgo, y las consecuencias de la violencia de género en las mujeres, en sus hijas e hijos, también víctimas de esa violencia.

En realidad, lo que ha conjugado excelentemente la Dra. Peral López es la problemática del menor víctima de violencia de género tras el cese de la convivencia de sus progenitores y cómo el ordenamiento jurídico español y la práctica judicial resuelven en los delitos de violencia de género la privación y suspensión de la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas. Frente a las consecuencias jurídico penales: penas privativas de

la patria potestad y pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, las medidas de protección de carácter civil: patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas son ahora de obligado pronunciamiento para el Juez en la sentencia penal.

Un exhaustivo análisis de los distintos pronunciamientos de los diferentes órganos judiciales así como de los datos publicados por el Consejo General del Poder judicial referentes a España y a Andalucía, donde se analizan las medidas de protección en supuestos de violencia de género y las medidas al amparo del artículo 544 quinquies y la suspensión como medida cautelar, ha dado como resultado un magnífico trabajo de recopilación al tiempo que una delicada sensibilidad que pone el dedo en una llaga que afecta a mujeres víctimas de malos tratos y especialmente a sus hijas e hijos tras el cese de la convivencia de los progenitores, ya sea por la separación o el divorcio, el ingreso en prisión del maltratador o la muerte, casi siempre, de la madre.

La Dra. Peral López en este novedoso trabajo, en parte fruto de su propia y sufrida experiencia —como Abogada y también como víctima— en juzgados, puntos de encuentro y otras instituciones, señala de manera contundente que es necesaria la formación y especialización de los diferentes operadores jurídicos comenzando por los propios jueces, fiscales y personal de juzgados y tribunales, así como del personal de los institutos de medicina legal y ¡cómo no!, del personal de los puntos de encuentro familiar. Esa formación específica no es sólo sensibilización o mera especialización, sino que va más allá y se orienta hacia la prevención. Para ello, como bien ha indicado es esencial que todo este personal sea capaz de poder detectar una nueva forma de violencia: el síndrome de alienación parental (s. a. p.). Sus propuestas de *lege ferenda* se encaminan y no tienen otra finalidad que la de asegurar una mayor protección a los menores y a sus madres.

Un hábil manejo de la normativa penal, la Ley Integral contra la violencia de género y las medidas civiles así como de las

decisiones jurisprudenciales junto con las fundamentaciones dogmáticas de la doctrina se conjugan maravillosamente haciendo de este trabajo una obra de gran interés no sólo para los especialistas en violencia de género sino también para el público en general.

Le deseo de todo corazón que más pronto que tarde, pueda desarrollarse también en la docencia universitaria, donde sin lugar a dudas, podría contribuir brillantemente a la formación de los operadores jurídicos, que en el futuro aborden estas cuestiones.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz
Prof. Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

Domingo de Pentecostés, 20 de mayo de 2018

Introducción

La principal causa de muerte en todo el mundo de las mujeres entre 15 y 44 años es la violencia de género, así es considerada por Naciones Unidas. Las hijas e hijos de mujeres víctimas de violencia de género sufren una doble victimización, al haber vivido en un ambiente de violencia permanente dirigida en principio hacia sus madres. En el peor de los casos quedan huérfanos por esta lacra social. La victimización puede ser triple cuando estas niñas y niños son testigos de este tipo de violencia. Así, los estudios e investigaciones confirman que la violencia de género es uno de los factores de riesgo más importantes relacionados con la seguridad física y emocional de la infancia y adolescencia, pudiendo llegar incluso perder la vida por esta causa.

Cuando la violencia de género tiene resultado de muerte, a las múltiples consecuencias negativas que puede sufrir un menor víctima de violencia de género, se debe añadir las graves secuelas que provoca un hecho traumático como es que la madre resulte víctima mortal por este tipo de violencia. Si la madre, en el mejor de los casos, decide cesar la convivencia con el maltratador, muchas veces, sus hijas e hijos, llevan consigo una historia de violencia física y psíquica en su compañía. Una intervención psicológica en crisis y un buen apoyo por parte de los operadores jurídicos son fundamentales para promover una adecuada gestión emocional y minimizar el desarrollo de trastornos psicológicos y emocionales

de mayor envergadura, pero, esto no es suficiente, también se hacen necesarias unas medidas jurídicas de protección como las que se acuerdan para su madre.

En 2006 el Gobierno español hizo un reconocimiento público, puso de manifiesto que en España había dos millones de mujeres maltratadas, que el fenómeno era más complejo y que involucraba también a otras personas que sufrían daños y consecuencias muy graves producto de la violencia: las hijas e hijos de las mujeres que viven o han vivido en un entorno donde se es víctima de violencia de género.

Abundantes estudios e investigaciones han seguido en esta línea y han demostrado que menores en estos ambientes de violencia saben mucho de lo que han visto, han oído o entendido mucho más de lo que sus progenitores tienen conocimiento, incluso, aunque no vean perciben las consecuencias del maltrato ya sea en el hogar o en su madre; no es necesario que hayan presenciado un episodio violento para ser afectados. El daño existe, independientemente de la edad, y en la mayoría de los casos es grave. Estas y estos menores ante el cese de la convivencia de la pareja no dejan de sufrir puesto que, en la mayoría de los casos, empiezan un régimen de visitas con el padre, situación que los expone, en ocasiones, a posibles nuevos riesgos de exposición a un nuevo tipo de violencia hacia ellos o encaminada hacia la madre a través de ellos.

A esto hay que sumar las secuelas psicológicas tras la situación vivida (estrés postraumático, trastornos del sueño, del aprendizaje, de la alimentación, desconfianza en las relaciones interpersonales), cambio de roles en la vida de estas niñas y niños, madurando repentinamente en su afán de proteger a la madre y casi la mitad de los menores que han sufrido este tipo de violencia repetirán conductas que han visto en sus padres, no se puede obviar el problema de la violencia transgeneracional.

En cumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución Española y ante todas las demandas de cambios sustantivos jurídico-procesales en el sistema de protección de menores, en 2015 se suceden una serie de reformas: la Ley 8/2015, de 22 de julio, Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal y que modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Sin embargo, estas reformas tendrán un valor puramente simbólico, de escasa rentabilidad práctica, como lo demuestra el hecho de no haber aumentado prácticamente las medidas de protección a las y los menores en estos supuestos en los más de dos años transcurridos desde la entrada en vigor de dichas reformas. Quizás la solución no esté en unas reformas con medidas que facultan y de gran elasticidad y que de poco sirven sin una previa formación especializada real de los operadores jurídicos, que enseñe a detectar los numerosos matices de este tipo de violencia.

El objetivo principal de este estudio es relacionar la violencia de género con las hijas e hijos menores, una vez que se ha formulado la denuncia; en qué medida se les consideran víctimas de la situación violenta que ejerce el maltratador sobre la madre y, sobre todo, cómo se les protege ante tal riesgo. También me propongo poner de manifiesto las carencias y divergencias entre la práctica judicial y el espíritu de los legisladores en materia de violencia de género, con especial atención a las víctimas, incluidos las y los menores hijas e hijos de las mujeres que han sufrido este tipo de violencia, sobre todo a la vista de los datos estadísticos, las resoluciones judiciales estudiadas y las opiniones de los profesionales del derecho, psicólogos, trabajadores sociales, forenses, en definitiva, de todos los operadores jurídicos.

Se procurará también acreditar que la falta de formación integral y específica en materia de violencia de género perpetúa la existencia de falsos mitos que trascienden a lo largo de todo el proceso penal y en las resoluciones dictadas con consecuencias muy negativas para las víctimas. Se tratará de hacer visible que, pese a que se han reconocido en las últimas reformas normativas a las y los menores como víctimas de violencia de género al vivir en un ambiente con violencia, precisamente causada por la persona de la que se espera cariño y protección, la puesta en vigencia de estas normas no ha modificado la estadística en cuanto a la aplicación, por parte de jueces y tribunales, de las medidas de protección o cautelares y las penas que recoge nuestra legislación en esta materia. Se podría decir, por consiguiente, que de poco sirve un reconocimiento legal y una modificación normativa de semejante envergadura si después no se ve aplicada en resoluciones judiciales.

Está claro que, la falta de formación integral y específica en materia de violencia de género y una normativa que deja a la interpretación del juzgador la posibilidad de su aplicación al caso concreto que por ella ha de regirse, se presentarán como las dos principales causas de esta significativa inoperatividad de las normas que regulan el tratamiento del menor como víctima directa en los delitos de violencia de género y en especial las penas y medidas referentes a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas, estancias, relación o comunicación de las y los menores con su progenitor.

Por lo tanto, hay un objetivo general en la elaboración de esta investigación que es el de estudiar y analizar la repercusión en las y los menores de la violencia de género vivida en el ambiente familiar y la aplicación de la normativa referente a su protección del agresor maltratador.

El objetivo específico es la demostración de la resistencia a aplicar esta normativa, en particular referente a penas y medidas

civiles de protección en el interés superior del menor, pese a las reformas legislativas, a través de un análisis legislativo y jurisprudencial, partiendo esta investigación de la constatación, a través de los informes anuales y las estadísticas trimestrales publicadas por el Consejo General de Poder Judicial, de la disparidad de criterios en la aplicación de la normativa en materia de violencia de género y sobre todo de inaplicación cuando se trata de normas elaboradas con la finalidad de proteger a las y los menores como víctimas de estos delitos. La misma disparidad en la aplicación de la norma, en la materia objeto de estudio, se constata entre las resoluciones de los Juzgados y Tribunales del territorio español, como de los partidos judiciales pertenecientes a la Comunidad Autónoma Andaluza.

El punto de partida es la cuestión, ¿la normativa actual española es la adecuada para proteger a las mujeres víctimas de violencia de género y a las hijas e hijos de aquéllas?, ¿se está aplicando acertadamente esta normativa vigente?

Partiendo del reconocimiento de la existencia de disfunciones en la aplicación de la norma en esta materia como hipótesis general, también se estudiarán como subhipótesis:

- a) La posible falta de formación en materia específica de violencia de género de los distintos operadores jurídicos, como elemento de resistencia a la aplicación real y efectiva de la normativa existente.
- b) Añadir a esta falta de formación la minimización y ocultación del hecho de la violencia de género, en las y los menores víctimas de violencia de género, la posibles existencia de prejuicios y estereotipos en el imaginario de los operadores jurídicos, como posibles causas de los criterios divergentes en los informes, autos, sentencias y demás decisiones judiciales.
- c) La elasticidad de las normas objeto de este estudio, que deja a la discrecionalidad del juzgador su imposición,

unido a lo anteriormente señalado como fundamento de la aplicación de las penas y medidas de protección al menor como una excepción y en casos se extrema gravedad.

- d) La falta de sensibilización y de especialización como causa de la resistencia a la aplicación de la norma para proteger a los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género atendiendo a éstos como una víctima más junto a su madre.

El ámbito elegido es el jurídico y dentro del mismo el proceso penal y en concreto las penas y medidas civiles, en los supuestos de violencia de género, que afectan directamente a las y los menores hijos de las víctimas de estos delitos.

Con este criterio, se han elegido las normas aplicables al objeto de análisis así como jurisprudencia y bibliografía relacionada.

La metodología jurídica combina el análisis de textos legales vigentes en el ordenamiento jurídico español, el análisis de la jurisprudencia más relevante en lo concerniente a la materia que regula dicha legislación y los resultados de los datos y estadísticas publicadas por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial.

Pero, debido a su complejidad, esta materia necesita ser estudiada con un enfoque multidisciplinar, porque este tipo de violencia se manifiesta de forma física, psicológica o emocional, social, siendo materia de estudio de disciplinas como la medicina, la psicología, el trabajo social, la sociología, o el derecho.

El objetivo final de este análisis será el estudio de la disfunción existente entre la normativa vigente y su aplicación en las distintas resoluciones judiciales.

Detectar que aunque los estudios e investigaciones en el campo de la salud y la psicología, las demandas sociales a través del Defensor del Pueblo y diferentes organismos y ONGs y la misma realidad social han conseguido sensibilizar al legislador,

esto no ha ocurrido así con los operadores jurídicos que se resisten a aplicar la normativa vigente salvo en casos excepcionales y de gran gravedad sin que en ningún momento el legislador mostrara en el espíritu de la norma que ese era su fin.

La metodología jurídica ha sido cuantitativa en cuanto se han recogido los datos y estadísticas publicados por el Consejo general del Poder Judicial, desde 2005 hasta el primer semestre de 2017, que nos llevan a estudiar la disparidad resultados en cuanto a la aplicación de penas y medidas civiles de protección a menores en los supuestos de violencia de género. A su vez se ha utilizado la metodología cualitativa para conocer la fundamentación, a través de las resoluciones judiciales, de la aplicación o inaplicación de la norma en este ámbito, es decir la práctica judicial.

A medida que he ido avanzando en el estudio del derecho me encontraba más motivada sobre la investigación en materia de los derechos de las mujeres a lo largo de la historia. Sin embargo, sin dejar esa motivación, sino precisamente como consecuencia de ese estudio, en los últimos años mi interés se ha inclinado por el análisis de las diferentes situaciones en las que se encontraban las y los menores a partir del momento en que la madre toma la difícilísima decisión de denunciar a su pareja por unos hechos de violencia de género.

Tanto a nivel social como mediático se han tratado casos de gran repercusión por su crudeza y frialdad, como la primera vez que se visibilizó a una menor asesinada por su progenitor con el objetivo de hacer daño a su madre, a sabiendas que ese es el mayor dolor que se puede infligir a una madre. La menor de siete años, primera muerte de un menor contabilizada como víctima de violencia de género, fue asesinada en 2003 a manos de su padre maltratador.

Por desgracia, siguieron casos de más de cincuenta niñas y niños asesinados con el mismo fin que se hayan contabilizado, como el caso de la hija y el hijo de Bretón, progenitor que calcinó

a sus hijos de seis y dos años de edad en 2011 o el caso de un hombre que se suicidó al arrojarle por la ventana del Hospital de La Paz en Madrid, en febrero de 2017, asesinando a su hija de un año al lanzarse con ella en brazos tras discutir con su madre y casos de niñas y niños que, bien por no poder demostrar los episodios vividos con su progenitor, bien por ser estos comportamientos relativizados por los diferentes operadores judiciales, no trascienden y no son causa de la especial protección que la norma debería recoger y los juzgadores habrían de aplicar.

Los estudios e investigaciones que he podido examinar, unidos al conocimiento de casos cercanos, me ha hecho constatar que un maltratador no es buen padre; que las niñas y los niños, con mucha frecuencia, son utilizados como la manera de seguir ejerciendo violencia sobre la mujer maltratada a través de ellos, aprovechando el derecho de visitas y comunicación; que a su vez fueron víctimas de violencia en el ambiente en que vivieron antes del cese de la convivencia de sus progenitores y a pesar de todo esto en la práctica judicial se sigue desvinculando la violencia de género con las y los menores, se sigue trivializando el factor riesgo, salvo en casos extremos, fácilmente constatables por su crueldad y trascendencia.

A partir de 2015, se hace eco el legislador de esta demanda y regula una serie de modificaciones normativas en esta materia, siendo la violencia de género hacia la mujer con hijos a cargo y el interés del menor los que parece motivan este cambio. Al menos así se divulgó en los diferentes medios de comunicación.

Sin embargo, los jueces y tribunales se muestran reacios a suspender un régimen de visitas o privar de la patria potestad a un padre, muchas veces con el argumento personal de que “hacerle eso a un padre es muy duro” y disfrazándolo de, como mínimo un dudoso, interés del menor la necesidad de contactos y estancias con el progenitor maltratador, aún en los casos en los que la negativa del menor a tener relación con su progenitor es patente.

Pero la situación incluso empeora en algunos supuestos, culpando a la madre de ser mala influencia para los hijos que demandan su protección, siendo acusada de un delito de desobediencia por incumplimiento de una resolución judicial en la que se establece un régimen de visitas, imponiéndole multas coercitivas y apercibiéndole de un posible cambio de custodia.

En consecuencia, este estudio va encaminado a hacer visible la situación actual de la práctica judicial en cuanto a la protección de las víctimas de los delitos de violencia de género, tanto las mujeres como, especialmente, sus hijas e hijos, así como la relación existente entre la falta de formación específica de los diferentes operadores jurídicos y la resistencia a una aplicación integral de la normativa objeto de análisis.