



MÁSTER UNIVERSITARIO GÉNERO Y DIVERSIDAD

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

¿De quién son los hijos y/o las hijas?
El ejercicio del poder en la patria
potestad

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Rosa María Lorente Gil

Directora: Ana Rosa Argüelles Blanco

Oviedo, junio de 2019

TESIS DE MÁSTER/PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PROFESIONAL

D^a: Rosa María Lorente Gil

D.N.I.:

TÍTULO: ¿De quién son los hijos y/o las hijas? El poder en el ejercicio de la patria potestad.

DESCRIPTORES O PALABRAS CLAVE: patria potestad, custodia, mujer casada, *favor filii*, poder, cuidados, perspectiva de género.

DIRECTORA: Ana Rosa Argüelles Blanco

1. Resumen en español

La finalidad investigadora del presente trabajo de máster es analizar, desde la perspectiva de género, la institución de la patria potestad y su evolución histórica, social y jurídica. Para ello se aplica la teoría feminista al análisis, como marco teórico, junto a las normas legales y la jurisprudencia. El objeto del estudio abarca, por lo tanto, las normas civiles que limitaron la maternidad – y la capacidad legal de las mujeres- y cómo el poder del padre se articula sobre la institución legal y social de la familia atendiendo a la clásica división sexual del trabajo y la atribución sexista de roles. Lo anterior desemboca en una asignación mayoritaria de la guarda y custodia de las menores y/o los menores a las madres, con una tendencia actual al alza de las custodias compartidas. El estudio contrapone las diferencias entre los cuidados y el poder. De igual modo, se ha querido destacar cómo el poder del padre, como un constructo patriarcal, incide de manera directa y perniciosa sobre los derechos de la infancia y de las mujeres; y cómo lo anterior ha sido propiciado por un cuerpo normativo y judicial al servicio del cuestionado poder del padre.

2. Resumen en inglés

The research purpose of this work is an exhaustive analysis, from the perspective of gender, the institution of paternal authority, the power and historical, social and legal evolution. To this end, feminist theory is applied to analysis, as a theoretical framework, together with legal norms and jurisprudence. The object of the study covers, therefore, the civil norms that limit the motherhood and the legal capacity of women and the power of the father. Work and the sexist attribution of roles. This leads to a majority allocation of custody of minor children to mothers, with a current upward trend of shared custody. The study against the differences between care and power. Similarly, it has been wanted to highlight how the power of the father, as a patriarchal building, has a direct and pernicious impact on the rights of children and women; and how the foregoing has been propitiated by a normative and judicial body at the service of the questioned power of the father

VºBº

LA DIRECTORA DEL TRABAJO

LA AUTORA



DECLARACIÓN CONTRA EL PLAGIO

D./ Dña Rosa María Lorente Gil, con DNI [REDACTED], estudiante del Programa Oficial de Postgrado *Máster Universitario Género y Diversidad*, por la presente declaro que el trabajo adjunto es una creación original propia, en la que las ideas de obras ajenas me han servido de inspiración o apoyo se encuentran debidamente referenciadas, con cita expresa de la fuente y autoría de que procedan.

Asimismo, declaro que los fragmentos de obras ajenas de cualquier naturaleza (escrita, sonora o audiovisual) o las obras aisladas de carácter plástico o fotográfico que he incluido en mi trabajo se encuentran debidamente identificadas como cita literal (entre comillas si se trata de textos) y con referencia a la fuente y autoría de la obra copiada.

Entiendo que de no haber actuado así habría incurrido en plagio, lo que supone un incumplimiento de las leyes, un atentado a los principios éticos del trabajo universitario y una falta de observancia de las instrucciones para la prevención del plagio aprobadas por la Comisión de Docencia del Máster y puestas a disposición del alumnado. Tal hecho habilitará a las personas encargadas de la evaluación y calificación de mi trabajo a no autorizar su defensa o a valorarlo desfavorablemente, según las circunstancias del caso.

En Oviedo, a 23 de junio de 2019

**AUTORIZACIÓN PARA CONSULTA DE TESIS DE
MÁSTER/PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PROFESIONAL CON
FINES DE INVESTIGACIÓN**

Dña. /D. Rosa María Lorente Gil, con D.N.I. [REDACTED], como autora/
autor de la Tesis de máster/ Proyecto de investigación profesional
titulada/o “¿De quién son los hijos y/o las hijas? El poder en el ejercicio de
la patria potestad”

por medio de este documento expresa su autorización para que dicha obra
sea utilizada con carácter no lucrativo y con fines exclusivos de
investigación. Deberán respetarse, en todo caso, los derechos que le asisten,
establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 abril, por el que
se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y en
particular, conforme a su artículo 14.3º, el de que sea siempre reconocida
su condición de autora/autor del trabajo, con inclusión del nombre y la
referencia completa de la fuente, cuando se proceda a la reproducción
directa o indirecta del contenido o de las ideas que aparecen en él.

Lo que declara a los efectos oportunos.

En Oviedo, 23 de junio de 2019

Fdo.:

No creáis tener derechos. Es decir, no ofusquéis o deforméis la justicia, pero no creáis que se puede esperar legítimamente que las cosas ocurran de modo conforme a la justicia; tanto más

cuanto que nosotras y nosotros mismos

estamos bien lejos de ser justos.

Superposición vertical.

Hay una mala manera de creer tener derechos y una mala

manera de creer que no se tienen.

Simone Weil, *Cuadernos II*

YERMA: no quiero cuidar hijos de otros.

Me figuro que se me van a helar los brazos de tenerlos.

Federico García Lorca, *Yerma*

ÍNDICE

CAPÍTULO I. PODER Y PATRIA POTESTAD.	3
INTRODUCCIÓN.	3
1. De la familia y la división sexual en la construcción de la alteridad.	8
1.1 Patriarcado y patria potestad.	8
1.2 Género, sexo y metodología feminista.	9
1.3 División sexual del trabajo y la legitimación del poder.	13
1.4 Leyes que no son invocadas son leyes olvidadas.	16
1.5 Cuando ser buen administrador es sinónimo de ser padre.	18
2. Evolución de la patria potestad.	19
2.1 La patria potestad en el derecho romano.	19
2.2 Historia de una discriminación. Reformas civiles.	21
2.3 Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC.	25
3. Concepto de patria potestad en la actualidad.	27
4. Caracteres y titularidad de la patria potestad.	31
5. Ejercicio de la patria potestad.	33
5.1. Ejercicio conjunto patria potestad.	33
5.2 Ejercicio de la patria potestad por uno de los progenitores con el consentimiento del otro.	34
5.3 Actuación unilateral.	34
5.4 Desacuerdo de los padres en el ejercicio de la patria potestad.	34
5.5 El consentimiento unilateral en caso de maltrato.	35
5.6 Ejercicio de la patria potestad por uno de los progenitores.	36
6. Contenido de la patria potestad. Esfera personal.	37
CAPITULO II. DEL EJERCICIO DEL PODER Y LA FEMINIZACIÓN DE LOS CUIDADOS.	41
1. El interés superior del menor.	41
1.1 El interés superior del menor como principio rector y el interés del menor invocado en sede judicial.	41
2. Guarda y custodia vs. patria potestad.	43
2.1 La feminización de los cuidados.	43
2.2 Custodia y ejercicio de la patria potestad. Dos términos no coincidentes.	47
2.3 Atribución y régimen legal de la guarda y custodia.	53

2.4 Guarda y custodia compartida. El Caballo de Troya.	54
2.5 Evolución jurisprudencial sobre la custodia compartida.....	55
2.6 Jurisprudencia sobre custodia compartida en las audiencias provinciales.	58
2.7 El enfoque feminista sobre las custodias compartidas.	59
3. Privación patria potestad	61
3.1 Concepto y regulación. Las violencias entremuros.....	61
3.2 Criterios generales sobre la aplicación del artículo 170 CC.	64
3.3 Privación total o parcial y diferencia entre privación y exclusión.	68
3.4 Pérdida de titularidad de la potestad paterna/materna.....	69
3.5. El derecho a comunicarse con el menor	69
3.6. Especial relación entre la privación y el ejercicio. Rehabilitación de la patria potestad.	70
3.7 La privación de la patria potestad en la jurisdicción penal	72
3.8 El síndrome de alienación parental. O cómo invisibilizar violencias.	77
CAPITULO III. LA URGENCIA DE CUESTIONAR EL PODER: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LOS DERECHOS DE LA INFANCIA.	82
1.Perspectiva de género vs. preservar el estatus quo.	82
1.1 Los Derechos de la infancia a una vida libre de violencia	82
1.2 Los menores como víctimas.....	83
2. Perspectiva de género en la Justicia. Esa ausencia que duele.	85
2.1 Metodología feminista jurídica.	85
2.2. Justicia con perspectiva.....	88
3. Los testimonios de mujeres a través de las sentencias judiciales.	90
3.1 La voz de las mujeres.	90
3.2 La alteridad judicial.....	91
3.2.1 <i>Ángela González.</i>	91
3.2.2 <i>Juana Rivas.</i>	94
3.2.3 <i>Tentativa de homicidio en presencia de un menor.</i>	97
4. Nuevas sentencias del TS. Esperanza en la desesperanza.	98
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	103
ABREVIATURAS	110
BIBLIOGRAFÍA	111

CAPÍTULO I. PODER Y PATRIA POTESTAD.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como objeto de estudio la patria potestad en la legislación española, a partir de una aproximación histórica de la situación legal de las mujeres. En él se ha indicado un estudio de casos y la valoración de su incidencia en la vida de las mujeres. La hipótesis de partida es que el ejercicio del poder sobre los hijos y las hijas ha correspondido durante siglos a los hombres (patria potestad) mientras que las tareas de cuidado y crianza exclusivamente a las madres (guarda y custodia), lo que desembocó, al menos inicialmente, en una adjudicación mayoritaria de las custodias de cuidados a las mujeres en casos de separación y divorcio. Esto no obedece a una ganancia feminista - otro debate diferente es el tema de las custodias compartidas y su reciente politización por la ultraderecha- sino a una imposición histórica que responde a la clásica división del trabajo y a la postergación de las mujeres al ámbito doméstico.

Efectivamente, el contramovimiento de padres separados en los últimos años ha sido considerable. Se viene constatando un fenómeno neomachista reaccionario y preocupante iniciado en EE.UU con tendencia a ocupar los medios de comunicación como “feroces defensores del SAP, Síndrome de alienación parental” (Muruaga 2011, 46-47) y de la abolición de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOPIVG) argumentando una supuesta discriminación de los hombres en los juzgados. Cuando la realidad jurídica/judicial sobre la discriminación es al contrario, lo que puede comprobarse observando los criterios judiciales para la atribución de los hijos y las hijas (Bermúdez Ballesteros, 2001), entre otras muchas cuestiones.

La mujer, cualquier mujer, y sobre todo la casada y madre, ha sido históricamente discriminada por la sociedad y también por el derecho. El derecho civil fue escrito por y para hombres y así fue plasmado en nuestro Código civil de 1889 (Vives Tesón 2012, 1208).

Desde los anteriores lugares enunciados se elabora mi estudio. El origen del interés sobre el tema se encuentra en mi propia construcción feminista y profesional. Durante algunos años ejercí la abogacía, profesión que me mostró el lado más sombrío de un patriarcado judicializado. La levedad con que se incide, sin ningún análisis crítico,

en la vida de las mujeres y su descendencia, imponiendo criterios de adjudicación de las custodias machistas y recuperando los “viejos” roles de género en la elaboración de los regímenes de visitas, me dejó perpleja. Fue tal vez un caso en particular, que llevé a una compañera y amiga del despacho, el que hizo despertar mi interés sobre el tema. El padre solicitaba una reducción de la pensión de alimentos a su hija de 16 años y nosotras, en reconvencción, solicitábamos el cumplimiento del pago de las pensiones de alimentos devengadas hasta la fecha, el mantenimiento de la pensión y en todo caso el mínimo establecido por la Audiencia Provincial de Alicante, que en aquel tiempo rondaba los 180 euros, así como la suspensión del régimen de visitas de la menor por voluntad expresa de esta. El juicio fue un auténtico despropósito desde el punto de vista del padre, pues manifestó mayor preocupación por su integridad física y económica que por la necesidad de la menor de alimentarse o vestirse. Sobra decir que podía hacer frente económicamente a un pago justo para la menor. Anteponía, así lo manifestó sin pudor, sus propios intereses a los de su hija. La solicitud de la suspensión del régimen se fundamentó en la voluntad inequívoca de la menor de dejar de ver al padre, o al menos que las visitas no fuesen legalmente impuestas, por su conflictiva relación pese al mantenimiento estricto del régimen de visitas durante años, fomentado y alentado por mi amiga en la creencia de que debía cumplir con la ley y favorecer el contacto con el padre.

Sin embargo, las relaciones nunca fueron buenas. Auspiciado el conflicto por una nefasta actitud del padre que llegaba a encerrar a la menor durante el mes de vacaciones de verano en su residencia familiar sin permitir visitas ni salidas con amigas, recriminando cualquier actitud que no fuera la de suma obediencia a sus órdenes, el vínculo terminó por quebrarse. Tras ser escuchada la menor, la fiscalía interesó la supresión del régimen de visitas teniendo en cuenta la edad de la hija y sus manifestaciones. Y la jueza de primera instancia lo acordó. Se ganó en primera instancia y ambas decisiones, las relativas a la pensión de alimentos y la de visitas fueron revocadas posteriormente en Audiencia. Aunque afortunadamente la decisión sobre las visitas recaló sin trascendencia, al rondar la menor casi la mayoría de edad a la fecha de la resolución de la segunda instancia. En la actualidad, las relaciones con el progenitor paterno son nulas – él desapareció-, acumula una deuda reconocida -mediante inventario- superior a 40.000 euros frente a la madre por impago de hipoteca y pensión de alimentos y la hoy joven de 21 años se encuentra en tratamiento psicológico para superar la ansiedad que le provocó aquellos años de una paternidad impuesta. Aunque este, es solo un caso más, de

muchos, evidencia una necesidad de formular discursos no hegemónicos que incluyan, con más amor y menos odio, el análisis de género.

En virtud de lo anterior, es la preocupación social por los mecanismos estructurales impuestos culturalmente los que motivaron mi interés en la elaboración de este trabajo de fin de máster, que analizara de dónde venía este poder de decisión tan grande de la figura paterna. Estaba interesada en averiguar desde qué momento y hasta cuándo la ley había sido discriminatoria para las mujeres en el ejercicio de su maternidad, y cómo esto había marcado el quehacer judicial, y se sigue haciendo hoy en día. Me sugería conflicto la dualidad con la que se manifestaba la voluntad patriarcal, de un lado cuando el deseo del hombre fue desatenderse de la crianza de los y las menores en un contexto familiar. El sistema patriarcal, mediante el Derecho, acomodó sus pretensiones obligando a las mujeres a desempeñar gratuitamente esas labores de cuidado. Sin embargo, y de aquí la dualidad del planteamiento inicial, el poder decisorio lo seguía ostentando el padre. Cuando las mujeres comienzan a divorciarse y ganar independencia surge, como mecanismo de ajuste, otros elementos correctores para controlar el cuerpo de las mujeres y sus descendientes, como ha venido ocurriendo con la adjudicación automática de las custodias compartidas y la aplicación del síndrome de alienación paternal.

Observé que un discurso misógino que ganaba fuerza es aquel que sostiene que la atribución de las custodias, pensión de alimentos, y domicilio familiar deja al hombre en una situación de indefensión. Yo misma sostuve durante años críticas sobre cómo esa atribución directa de las custodias a las madres me parecía machista y discriminatoria. Pero la crítica de entonces dejaba fuera un discurso mayor y más holístico que advirtiera las causas y las consecuencias y supiera diferenciar desde dónde se deben propiciar los cambios. Y si bien es cierto que debemos perseguir y ambicionar una corresponsabilidad parental y de cuidados compartidos, no puede pretenderse favorecer al poder de quien nunca ha ejercido el mínimo de los cuidados y luego se presenta en sede judicial, como víctima y damnificado, desconociéndose el sistema estructural que perturba, somete y provoca dolor a las mujeres y sus hijos e hijas. Pensé entonces en la necesidad de que el interés superior de los y las menores, tan invocado judicialmente en la diversidad de procedimientos, fuese considerando juntamente con la perspectiva de género.

Igualmente, se analiza en este trabajo la patria potestad como ejercicio del poder masculino sobre los hijos e hijas. Se presta atención a las decisiones judiciales que afectan en caso de conflicto entre progenitores y qué ocurre cuando son los padres progenitores

maltratadores, todo ello en estrecha relación con la teoría feminista y el enfoque transversal en el análisis. Se estudia la custodia centrándose en la feminización de los cuidados y si bien se analiza la custodia compartida y los criterios jurisprudenciales de aplicación, se queda fuera del presente trabajo por espacio y alcance y por no ser estrictamente el tema de tesis, los regímenes autonómicos de las custodias compartidas que claramente han influido de forma directa en el mayor número de adjudicaciones de este tipo de custodia en las comunidades donde ha sido regulada.

Inicio mi estudio con la afirmación de que la aplicación del derecho es patriarcal y está sujeto a la subjetividad e ideología del juzgador o la juzgadora (también lo es el origen de la formación del propio derecho) y coincido con las teorías que sostienen que no se interpreta solo el derecho (inocentemente) sino que se crea derecho en las propias resoluciones judiciales. En consecuencia, la hipótesis es la referida al principio de la presente introducción sobre el ejercicio preferente del poder masculino (patria potestad) sobre los hijos e hijas y las profundas desigualdades que eso genera hasta la fecha. Lo que trasciende a las resoluciones judiciales e incide directamente en la vida de las mujeres.

Los objetivos específicos de la presente investigación han sido cinco: 1º. Analizar el marco teórico, legal e histórico de la patria potestad, y en general, la aplicación práctica actual de la figura, la privación de la patria potestad y la suspensión/inhabilitación de esta en casos de violencia de género y asesinatos/tentativa de asesinatos de mujeres. Así mismo, analizar los supuestos de aplicación de síndrome de alienación parental.

2º. Detectar los criterios aplicados por los jueces y juezas y las variables (sesgos de género) que determinan la justificación de la toma de decisiones, valorando los aciertos y errores en los textos y sentencias.

3º. Evaluar la incidencia que las decisiones acordadas tienen en la vida de las mujeres y las menores y las repercusiones sociales para el resto de la sociedad.

4º. Estudiar las nuevas y recientes sentencias emitidas por el Tribunal Supremo aplicando la agravante de género y valorando positivamente qué son acciones machistas en casos de violencia y agresión de menores, hijos e hijas, de víctimas de violencia.

5º. Realizar propuestas para corregir los sesgos de género y lograr una mejor justicia para las mujeres.

Las fuentes de información han sido las normas, leyes y sentencias sometidas a análisis siguiendo la metodología feminista que incluye la perspectiva de género. Se ha considerado fundamental aunar teoría feminista con las fuentes del derecho y combinar

ambos abordajes fundamentales para el corpus teórico del texto. Como se podrá observar a lo largo de este trabajo, el Capítulo I explica cómo el control sobre el cuerpo de las mujeres en base a una moral católica y patriarcal en la interpretación del duelo, la figura del cabeza de familia y la maternidad, es uno de los modos de legitimación del poder del padre. En este capítulo se analiza la evolución legislativa de la institución de la patria potestad y la capacidad legal de las mujeres. Se pone de relieve como las desigualdades recogidas en la ley entre hombre y mujer son abrumadoramente indiscutibles. Y cómo la mujer, para el Código Civil (en adelante CC) era mujer una *res*, una cosa, que debe ser tutelada, encontrándose bajo la patria potestad del padre de familia, tal y como se formuló en el derecho romano. De tal modo que la filiación está basada en la idea del “*pater familiae*” del derecho romano y de la subordinación de las mujeres. Se estudian las recientes reformas y la ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio que significó el reconocimiento de la igualdad de la mujer casada, estableciéndose la patria potestad compartida por ambos progenitores. Se analiza igualmente el concepto actual de patria potestad poniendo especial énfasis en la diferenciación entre titularidad y ejercicio. En el Capítulo II se retoma la idea tesis del trabajo estudiando la dualidad poder/cuidados y cómo eso se traduce en la limitación legal de los supuestos de privación de la patria potestad, la adjudicación de las custodias compartidas y la nefasta aplicación del síndrome de alienación parental.

En el Capítulo III se examina el principio del interés superior del niño y de la niña en relación a una infancia libre de violencia, la necesidad de aplicar la perspectiva de género en el análisis jurídico y judicial y se toman como ejemplos notorios tres sentencias. La primera, la sentencia sobre el caso de Ángela González, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso de fecha 17 de julio de 2018, reconociéndose al estado responsable de la muerte de su hija Andrea, asesinada por su padre en el año 2003 durante un régimen de visitas sin supervisión impuesto por una jueza; El conocido y mediático caso de Juana Rivas, Sentencia Juzgado de lo Penal N.º 1 de Granada de fecha 18 de julio de 2018 – y la sentencia de apelación-, condenada por sustracción de menores con inhabilitación de la patria potestad en una sentencia profundamente misógina; Por último, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2015 que estima el recurso de la Fiscalía contra una sentencia de la Audiencia de Guadalajara, que condenó un hombre a 13 años y medio de cárcel por el intento de asesinato de su mujer, a la que acuchilló en repetidas ocasiones en el cuello y la espalda en plena calle, siendo

presenciados los hechos por la hija de ambos de 3 años. Sin embargo, pese a la gravedad de los hechos, la Audiencia Provincial consideró que no procedía acordar en la sentencia penal (sin perjuicio de que pudiese reclamarse por la vía civil).

1. De la familia y la división sexual en la construcción de la alteridad.

1.1 Patriarcado y patria potestad.

Es necesario establecer la conexión entre el patriarcado y la institución de la patria potestad, como dos modos de poder en el que el primero sustenta su privilegio mediante la presión y el control de las hijas y los hijos y de las mujeres, naciendo así la patria potestad como institución y como mecanismo de corrección frente a cualquier ejercicio de resistencia. Podría decirse que la patria potestad ha trabajado durante siglos al servicio del patriarcado como una manifestación más del sostenimiento de esa estructura de dominación, establecida sobre la base de la subordinación del sexo femenino, la división sexual del trabajo y la domesticación de la mujer por su labor reproductora.

Alicia Puleo, filósofa feminista, diferencia entre patriarcados de coerción y patriarcados de consentimiento. Los primeros se mantienen por el sistema de derecho, hay unas normas muy rígidas y desobedecerlas puede suponer incluso la muerte. El segundo responde a las formas que el patriarcado adquiere en las sociedades desarrolladas. Formalmente las sociedades pueden ser igualitarias, pero se reproduce la desigualdad en muchos niveles, fundamentalmente el subjetivo (Puleo 2005, 39-42). Por su parte, Gerda Lerner, lo ha definido en sentido amplio, como “la manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y niños/as de la familia y la ampliación de ese dominio sobre las mujeres en la sociedad en general” (Lerner 1990, 340-341).

De igual modo, Victoria Sau ha conceptualizado el patriarcado como una toma de poder histórica por parte de los hombres sobre las mujeres cuyo agente ocasional fue de orden biológico, sin bien elevado este a la categoría política y económica. Advierte en este punto la autora que dicha toma de poder pasa forzosamente por el sometimiento de las mujeres a la maternidad, la represión de la sexualidad femenina, y la apropiación de la fuerza social de trabajo total del grupo dominado, del cual su primer pero no único producto son los hijos e hijas (Sau 1989, 237-238).

Se aprecia como el sometimiento del padre sobre los hijos/as emerge imprescindible para la conservación de la estructura de dominio, tal legitimación del

poder se ha ido sosteniendo en las normas legales y han sido consagradas por la jurisprudencia. Es decir, el poder del padre ha sido sostenido por los juzgados y la legislación vigente y con el paso de los años se ha convertido en un quehacer cotidiano que simula ser inocuo y neutro. La patria potestad pasa desapercibida al ser interiorizada como una forma natural de organización familiar. En este sentido Foucault ya estableció, y podemos aplicarlo al caso, cuanto más inconsciente es la fundamentación de una lógica más capacidad de penetración tiene porque menos resistencia se opone (Foucault, 1992).

Tomando como punto de partida las anteriores manifestaciones, en este trabajo se desarrolla una crítica al androcentrismo en la justicia, y desde el análisis de la institución de la patria potestad, se postula repensar al concepto de ética del cuidado desde una perspectiva no esencialista, en el modo en que autoras como Gillian, Puleo y Herrero vienen desarrollando (Gillian 1985, Puleo 2005 y Herrero 2018). Con relación a la justicia de la ética del cuidado, refiere Gillian que hay que comprender cómo la tensión entre responsabilidad y derechos sostiene la dialéctica del desarrollo humano y hay que poder observar la integridad de dos modos diferentes de experiencia que, al final, están conectados (Gillian 1985, 281). Nuestros dos modos de experiencia en este trabajo son la adjudicación mayoritaria de las custodias a las madres basados en criterios que obedecen a una antigua distribución de las labores de cuidado, reproductoras y de crianza a las mujeres; y de otro, el ejercicio del poder de los hombres sobre sus hijos/as y en consecuencia sobre las mujeres, destacando como ese poder (que formalmente en nuestro ordenamiento español se define como función social) pasa desapercibido.

1.2 Género, sexo y metodología feminista.

Con la finalidad de realizar un análisis exhaustivo de la patria potestad, que ponga de relieve los sesgos sexistas, se integra al presente estudio la perspectiva de género en el sentido que se especificará, más detenidamente, en el capítulo tercero al analizar la jurisprudencia y la transversalidad del análisis de género. Como adelanto, y para evitar confusiones metodológicas, en esta línea de investigación se refiere la idea de género en el sentido concreto de las epistemologías feministas (Harding 1994 y Scott 1986). Destacando que, en la actualidad, y a la vista del desplazamiento sufrido, la categoría género no resulta tan revolucionaria, y hay quienes ya aclaman que es una categoría

occidentalizada finalmente -la propia Scott advierte sus carencias- y que en todo caso, según algunas autoras, debería ser disuelta (Falcon 2018¹).

Con relación al género sí sirve lo referido por Scott para entender las representaciones y el imaginario creado para la opresión de las mujeres y cómo esas representaciones y símbolos acompañados de un significado toman cuerpo intemporal. La consecuencia es la legitimación del poder masculino, como ocurre con la patria potestad, lo que se despliega con apariencia de neutralidad. Como indica Scott, ha sido la forma tradicional de justificar las tradiciones islámica y judeo cristianas las opresiones (Scott, 47), de tal modo que el género se disuelve en la conceptualización y constitución del mismo poder (Scott, 48). Como ya se dijo, es desde este discurso sobre lo binario, con la división sexual del trabajo y las mujeres a cargo del trabajo reproductivo y de cuidados, desde donde articulamos, como punto de partida, el presente estudio.

El poder se concretiza e institucionaliza a través del matrimonio y la dimensión social del género. Sin embargo, no debemos olvidar que hay una realidad biológica relacionada con la posibilidad de parir que hace obligado en el presente trabajo delimitar los conceptos. Cuando en este trabajo se hace referencia al sexo/género se usa indistintamente por entender en un sentido amplio la categoría de análisis. Es decir, las opresiones aquí estudiadas son referidas a las mujeres en el ejercicio de su maternidad – y por extensión a los hijos e hijas-, sin que con ello se pretenda ocultar o invisibilizar otras realidades más minoritarias.

Todo lo anterior en la consideración de que hay cierto abuso del término género. Coincido con la psicoanalista Silvia Tubert,² quien ha denunciado el exceso de su utilización, cuando afirma que una de sus principales paradojas es que, a pesar de que «género» se define fundamentalmente por su oposición a «sexo», es frecuente encontrar en textos científicos y periodísticos una simple sustitución del segundo por el primero, incluso cuando se trata de connotaciones biológicas, por ejemplo, al hablar del "progenitor del género opuesto" (Tubert 2003, 7). En el mismo sentido otras autoras

¹ “Categorías que matan”, puede leerse en <https://blogs.publico.es/lidia-falcon/2018/01/07/las-categorias-que-matan/>

² Un trabajo muy conocido de Silvia Tubert es *Trastornos de la identidad femenina*, a través del estudio de casos clínicos la autora argumenta que no debe considerarse como enfermedad o trastorno, al no poder cumplir con el rol esperado por su entorno familiar y social, sino como una protesta sintomática que ellas despliegan para no quedar alienadas al deseo del otro “lo que habla en ellas, a través de sus síntomas y sus dolencias, es ajeno al autoconocimiento del yo, y se refiere a aquello que no saben de sí mismas” (Tubert 1986, 24).

señalan el uso mecánico de la sustitución de un concepto siempre por otro (Izquierdo 1998, 19).

Igualmente, se considera a efectos del presente trabajo a las mujeres como sujeto de estudio, todo lo anterior, basado en un esencialismo estratégico del modo que lo resuelve la filósofa feminista Rosi Braidotti (Braidotti 1999, 27-46). Esto es, huyendo de un universalismo eurocéntrico ilustrado, ha de construirse como anclaje prácticas sociales y discursivas alternativas. Para desmitificar un metadiscurso hay que tener primero un lugar en la enunciación. Es decir, no podemos perder de vista desde dónde se construye el poder y la dominación (Amorós 2005 y De Miguel 2005).

Por su parte, en relación con el análisis crítico de la administración de justicia y cómo el ejercicio del poder paterno persiste en nuestros días, partimos de lo sostenido por Mackinnon en su desarrollo del método en *Hacia una teoría feminista del Estado*. En su investigación sobre la jurisprudencia feminista, la autora, sostiene que la ley participa activamente en esta transformación de la perspectiva del ser. En los regímenes liberales, la ley es una fuente especialmente potente y una insignia de legitimidad, un centro y un ropaje de la fuerza. La fuerza sostiene la legitimidad del mismo modo que esta oculta la fuerza. Cuando la vida se convierte en ley en tales sistemas, la transformación es a un espacio formal y sustantiva. Vuelve a la vida marcada por el poder (Mackinnon 1995, 427).

Lo anterior deriva en las sociedades de la supremacía masculina donde el punto de vista del hombre domina la sociedad civil en forma de patrón objetivo, ese punto de vista que, puesto que domina en el mundo, no parece en absoluto ser un punto de vista. De esta forma, destaca la autora, los hombres dominan a las mujeres y a los niños: tres cuartas partes de la población mundial. Y las reglas de las familias y de los clanes y las costumbres sexuales garantizan la propiedad reproductiva y el acceso y el control sexual a los hombres como grupo. Continúa la autora significando cómo las jerarquías entre los hombres se ordenan sobre la base de la raza y de la clase estratificando también a las mujeres. De ahí, la jurista norteamericana sostiene que el estado toma estos hechos del poder social y los utiliza en la ley y como ley. Ocurren dos cosas: la ley se hace legítima y el dominio social se hace invisible. Concluye, el legalismo liberal es por tanto un medio para hacer que el dominio masculino sea invisible y legítimo adoptando el punto de vista masculino en la ley e imponiendo al mismo tiempo esa visión de la sociedad (Mackinnon 1995, 428).

De tal manera que la interpretación sobre el artículo 154 del Código Civil (en adelante CC), artículo que inicia la regulación de la patria potestad en la normativa civil y contemplaba hasta 1981 una desposesión jurídica del ejercicio de la maternidad, como no discriminatorio, así ha sido sostenido por la mayoría de doctrina civilista española al fomentar la propia invisibilidad del análisis, muestra el propio sesgo en su interpretación. Como advierte Valpuesta al referirse al derecho y la invisibilización del origen de las opresiones a las mujeres “la novedad de la materia no se percibe en toda su dimensión por los juristas, demasiados acostumbrados a desenvolverse con un Derecho de clara inspiración liberal, que a todo lo más hace concesiones sociales a los colectivos más desfavorecidos del sistema, sin poner en ningún caso en tela de juicio las bases ideológicas del mismo, asentada en la declaración formal de los derechos, esencialmente la igualdad” (Valpuesta 2008, 70 – 71). Es tan grave y merecido de consideración el androcéntrismo de nuestro derecho que otras autoras, como Encarna Bodelón, advierten que es paradójico hablar de derechos de las mujeres en sociedades en las que las relaciones se construyen desde el machismo, el utilitarismo o los modelos económicos sexistas y desiguales. Es acertada Bodelón al afirmar que los derechos de las mujeres no pueden ser auténticos derechos sin cambiar los fundamentos que han construido el sujeto de derecho (Bodelón 2009, 105).

Es importante pues, no solo el cambio de lenguaje jurídico (el término patria potestad está profundamente desfasado) sino reformular un sistema de relaciones hombres/mujeres, es decir abogar por la construcción de un derecho no androcéntrico. Debemos como sociedad, y como profesionales, repensar el derecho y la función social del mismo, es un desafío que va más allá de contar con buenas leyes o con buenas resoluciones judiciales para las mujeres. Significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace a los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como legítima, respetando la diversidad (Faccio 1999, 22).

Igualmente, no se puede olvidar en este diagnóstico que la incorporación de las mujeres al mercado laboral se ha realizado con una peculiaridad conocida por todos y todas, las mujeres se han incorporado a lo público, pero sin abandonar lo privado, es decir las labores principales de cuidado, lo que repercute en grado y la forma en que se integran en el mercado laboral (Gómez Vázquez y Mosteiro García 2017, 17). En su virtud, lo deseable es la construcción de una nueva forma de vida que permita establecer nuevos equilibrios entre lo público y lo privado, el trabajo productivo y el trabajo reproductivo.

Pero esto no significa, como se sostiene desde el ecofeminismo y también por la socióloga feminista Marina Subirats, formalizar asépticamente una distribución de actividades, sino en que todos los individuos, hombres y mujeres, contribuyan equilibradamente a ambos aspectos de la vida. Socializar y extender los cuidados. Es decir, al establecimiento de un nuevo pacto, o un nuevo contrato, como se ha dicho por algunas autoras, entre hombres y mujeres, para una partición del trabajo socialmente necesario que no tenga el carácter de la división sexual del trabajo (Subirats 1998, 61-62).

1.3 División sexual del trabajo y la legitimación del poder.

Hay que fijarse, por un lado, cómo la invisibilidad del trabajo de las mujeres no lo hace menos importante; y por otro, cómo el sistema familiar convencional funciona como una unidad de producción familiar, presidida por el cabeza de familia (por el *pater familiae*), cuyo trabajo se visibilizaba infinitamente mejor, y así se ha recogido en la historiografía, que ha dado a conocer más escasamente el trabajo femenino. En la Europa monárquica, la organización político-social de la monarquía, basada en principios de jerarquización estrictos, se traslada a la familia, en la que el papel activo y representativo se concede al varón y, en cambio, el pasivo y dependiente de las mujeres. Esta imagen es la que aflora en los textos normativos, que estructuran la familia en torno a la figura del cabeza de familia, que se representa como “padre, esposo, señor” del grupo (Ortega 2005, 13). La autoridad jerárquica de los hombres sobre sus esposas e hijos/hijas en el seno de la familia estaba claramente definida. El control paterno era tal que las madres no tenían la patria potestad sobre sus hijos/as (Nash 1999, 49). Carole Pateman denomina a este contrato “privado” contrato sexual e insiste en que es inseparable del contrato social “público”. Los hombres heredan la capacidad del padre de crear derecho público (1995, 134-160). En consecuencia, con lo anterior, y como sugiere Amelia Valcárcel, debemos tomar nuestro análisis con distancia y volver la vista a atrás a los orígenes de la limitación del poder y a la creación de las propias normas, para percibir lo injusto que es una situación hay que separarse de ella, de lo contrario se convertirá en un paisaje (Valcárcel 2012, 264).

Sobre las representaciones mujeres, advierte Nash, ellas están en la esfera privada y ellos en lo público respondiendo a códigos de género que delimitan el ámbito de actuación femenina. Las transgresiones al código son duramente sancionadas, una violencia simbólica que es ejercida contra las mujeres (Nash 2004, 52- 53). En relación a

la violencia simbólica, Rita Segato, antropóloga feminista argentina, investiga sobre violencia expresiva tomando como análisis esos imaginarios culturales y simbólicos contruados. A diferencia de la “violencia instrumental”, necesaria en la búsqueda de un cierto fin, la violencia expresiva engloba y concierne a unas relaciones determinadas y comprensibles entre los cuerpos, entre las personas, entre las fuerzas sociales de un territorio. Es una violencia que produce reglas implícitas, a través de las cuales circulan consignas de poder. Subraya Segato no legales, no evidentes, pero sí efectivas (Segato 2013, 8). De este modo el discurso dominante justifica un imaginario colectivo muy eficaz en establecer recursos que asignaban un rol y un lugar a las mujeres sobre la base de creencias colectivas asentadas en la naturaleza, la religión, la cultura tradicional y las ciencias modernas (Nash 2004, 53).

Cómo se construye el poder nos permite entender las claves para su deconstrucción, vemos que, como se viene advirtiendo desde el comienzo de la exposición, el origen del patriarcado está en el poder del padre (Tubert 1991, 51-52). O dicho de un modo sencillo, en el control de los hijos y las hijas por parte del progenitor paterno. Todo lo anterior se edifica sobre la base arrolladora de la mitificación, es decir, del mito del creador de la mujer (Tubert 1991, 65-66). Junto con el amor incondicional de la mujer, base emocional del sometimiento a las mujeres y también de los hijos e hijas. La formación de la familia elevada como categoría moral – y amorosa- legitimadora del poder del padre sobre los otros miembros de su familia.

En este punto conviene subrayar, que si lo que se pretende es un cambio estructural, no es posible constituirse en un movimiento social, fuerte y feminista, que pretenda modificar el sistema judicial y legislativo, con el trasfondo de lo mítico. Figuras como María y su madre Ana (procedentes del cristianismo católico), siguen persistiendo en nuestro imaginario colectivo construyendo las categorías de lo femenino. Hay una necesidad de romper esas mitificaciones para acabar con las ideas de inferioridad de las mujeres (Durán Heras 465-493). Y todo ello a la vista de los recientes avances del pensamiento neoliberal y las reivindicaciones con relación a un malentendido derecho del hombre al ejercicio de su paternidad, donde vemos fácilmente se recuperan los mitos nacionales y las identidades opresoras. Este intento de volver a las anteriores convenciones identitarias no puede pasar por la violación de derechos duramente batallados por las mujeres. Con la familia como primer mecanismo de encuadre, las mujeres han sido las encargadas de mantener la decencia grupal, aceptadas y reproducidas las prácticas de subordinación y exclusión, avalado todo esto por las instancias religiosas,

bastantes ocasiones las políticas, muchas mujeres no han adquirido todavía el estatuto de pleno derecho (Valcárcel 2008, 301-302).

Como indica Argüelles, “no basta, pues, con modificar aquellas normas jurídicas que no han alcanzado nivel de perfección deseable, y que, pese a buscar el efecto contrario, perpetúan aún ciertas situaciones de desigualdad por razón de género. Modificar el ordenamiento jurídico, sin que se quiera minimizar la importancia y envergadura de esa operación, es, desde nuestro punto de vista, la parte más sencilla de la tarea que debe acometerse. Resulta más difícil, sin duda, cambiar las arraigadas reglas sociales y estructuras económicas que explican el fracaso de muchos bien intencionados esfuerzos normativos” (Argüelles Blanco 2004, 25). Es decir, no basta con abolir las normas que convertían en incapaz legal a la mujer casada, en atención a los roles atribuidos de ser esposa y madre, sino que hay que atacar las bases mismas del poder, esto es, la configuración social de la familia. Históricamente una mujer casada no debía tener ningún derecho que sobrepasara el espacio doméstico de cuidados de crianza, imaginario de sometimiento que todavía persiste, de manera más sutil y menos visible, en nuestros días.

Continuando con esta línea de análisis, como indica Tubert, los discursos imperantes construyen a la mujer como madre y esa inscripción - no sexual- de la mujer se define como natural y la paternidad como mágica/simbólica (Tubert 2011, 34). Es habitual leer las remisiones al Derecho natural en las sentencias sobre custodias, como si la familia fuera aquello que abstraído de toda construcción cultural tuviera a bien avenirse pacíficamente, es decir, lo normal para los operadores jurídicos es que reine la paz y la libertad entre los miembros de la familia, considerándose una suerte de fracaso la litigiosidad porque se entiende es un fracaso entre las partes. En este sentido se manifiesta la autora Ana Rubio Castro (2003, 40-41) cuando afirma que la familia nada tiene que ver con esa imagen idealizada que la cultura ha construido. Es más, insiste en que el modelo normativo familiar que el Derecho impone mediante la institución del matrimonio procura, en contra de lo sostenido en nuestra Constitución, un desigual trato entre hombres y mujeres, manteniéndose indemnes las jerarquías. Hasta el punto de que el marido obtiene “un poder de representación y de autoridad lo ejerza, o no, sea consciente, o no, por el hecho de ser marido, que tiene efectos en la valoración social que los hombres y las mujeres reciben. La mujer continúa siendo mujer, ni adquiere con el contrato ningún estatus jurídico” (Rubio Castro 2003, 40-41).

Esta misma autora advierte que el estatus de marido y padre se convierte en el modelo referencial para hablar de buena diligencia o buen hacer. El marido, potencial padre de familia, es el modelo paradigmático que sirve para establecer la buena fe, el cuidado y la racionalidad. Es un grave error considerar al Derecho un instrumento lógico racional y justo que aplicado de manera automática sobre la realidad consigue resultados de justicia orden e igualdad para todas y todos (Rubio Castro 2003, 40).

1.4 Leyes que no son invocadas son leyes olvidadas.

Sucintamente, porque no es objeto principal de este trabajo, hay que señalar que en la aplicación del derecho de las mujeres en el ámbito nacional ha sido constantemente esquivado la aplicación del derecho internacional y el reconocimiento expreso de los derechos de las mujeres. Lo que sin duda ha influido en la consideración de estas como sujetos de derecho. Muy tempranamente Olympe Gouges ruborizó a toda una sociedad, poniendo de relieve que las mujeres, las mismas mujeres que habían combatido a favor de una revolución, estaban fuera de la declaración de derechos.

La lentitud en el reconocimiento de las violencias se manifiesta igualmente en el hecho de que la violación no ha sido reconocida, hasta bien recientemente, como crimen de guerra. Se hizo mediante una resolución fechada en 2008, Resolución 1820 (2008).³ Pensemos que la propia teorización sobre el estado moderno se formuló al amparo de un discurso patriarcal, esto es, articulando la familia patriarcal en torno al concepto de naturaleza. Cuestión defendida, como es conocido, por Rosseau (Cobo 1995). Ni una sola palabra del Contrato Social está dirigida a las mujeres. Únicamente cuando Rousseau establece diferencias entre los pueblos, en relación a su población, menciona la tasa de fecundidad de las mujeres. “De igual forma se hubiese referido a la de las vacas, de haber tratado acerca de la cabaña de la nación” (Falcon 1992, 47). La discriminación de las mujeres se fundamentaba en las diferencias que se alegaban existían entre hombres y mujeres. Ilustres como Rosseau o John Locke hacían propaganda de la igualdad entre los hombres al mismo tiempo que defendían la “natural inferioridad de las mujeres” (Dema Moreno 2016, 91).

A modo de resumen rápido, en el derecho internacional, un impulso importante a los Derechos Humanos de las Mujeres se concretó en la Conferencia Mundial sobre

³ Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5916a sesión, celebrada el 19 de junio de 2008.

Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993.⁴ En la Declaración de Viena se destaca la importancia de "los derechos de las mujeres y las niñas como parte integral e indivisible de los Derechos Humanos". Poco después la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995)⁵ las representantes de 189 gobiernos adoptaron la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, que está encaminada a eliminar los obstáculos a la participación de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada. En concreto, la pobreza; el acceso desigual a la educación y la insuficiencia de las oportunidades educacionales; la salud; la violencia contra la mujer; los efectos de los conflictos armados sobre la mujer; la desigualdad en la participación de la mujer en la definición en las estructuras y políticas económicas y en el proceso productivo; la desigualdad en el ejercicio del poder y en la adopción de decisiones; la falta de mecanismos suficientes para promover el adelanto de la mujer; la falta de conciencia de los derechos humanos de la mujer internacional y nacionalmente reconocidos y de dedicación a dichos derechos; la movilización insuficiente de los medios de información para promover la contribución de la mujer a la sociedad; la falta de reconocimiento suficiente y de apoyo al aporte de la mujer a la gestión de los recursos naturales y a la protección del medio ambiente y, por último, la niña.

La elaboración de la Convención contra la discriminación de la Mujer (CEDAW) respondió a una de las pautas de acción Internacional establecidas en el citado Plan Mundial de Acción adoptado en la Conferencia de México, y se llevó a cabo poco tiempo antes de celebrarse la Conferencia de Copenhague. La Convención establece un conjunto de normas internacionales de gran amplitud para los derechos humanos de las mujeres.⁶ En relación al ejercicio de maternidad y paternidad se establece la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en cuanto a la adquisición, cambio o conservación de la nacionalidad y la transmisión de esta a sus hijos (art. 9), así como en relación a la capacidad jurídica para contratar, para elegir residencia y domicilio, para circular libremente y para participar en actividades culturales o de ocio (arts. 13 y 15). También se establecen los mismos derechos personales de los cónyuges (elección de apellido,

⁴ Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena Doc. NU. A/CONF.157/23.

⁵ Puede verse completo el informe de la cuarta conferencia A/CONF.177/20/Rev.1 Publicación de las Naciones Unidas Número de venta: 96.IV.13 en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

⁶ Lamentablemente siguen sin aplicarse, como debiera, en nuestros juzgados y tribunales. Véase *Guía enfoque de género en la actuación letrada elaborada* por Elena Ocejo y María Marín, 2017. Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/12/GUIA-ENFOQUE-DE-GENERO-3.pdf>

profesión, ocupación), así como la obligación de la inscripción obligatoria del matrimonio en un Registro oficial y la de fijar una edad mínima para casarse.

Como se verá, al hablar de la perspectiva de género en la justicia -capítulo III- las normas anteriores deberían ser más frecuentemente invocadas en la toma de decisiones judiciales sobre divorcios, separaciones, custodias, violencia de género y privación de patria potestad. Sin un análisis transversal del derecho y sus categorías de opresión estamos expuestas a la arbitrariedad y discrecionalidad de la creación del derecho por jueces y juezas que desconocen la importancia de un análisis más exhaustivo en torno a las violencias contra las mujeres y la infancia.

1.5 Cuando ser buen administrador es sinónimo de ser padre.

Otra manifestación de la importancia de lenguaje y las atribuciones de roles sexistas es la equiparación en nuestro derecho de buen quehacer con buen padre de familia. Sobre la diligencia de un *buen padre de familia* el precepto clave es el art. 1104 CC, conforme al que "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".⁷

Como indica Marta Otero Crespo, esta atribución de conceptos está presente en el art. 240 CC (tutor único), art. 497 CC (diligencia del usufructuario), art. 1094 CC (diligencia al conservar la cosa), art. 1555 CC (arrendamiento: "diligente padre de familia"), art. 1719 CC (instrucciones del mandato), art. 1788 (responsabilidad del depositario de los bienes secuestrados), art. 1801 CC (obligación civil por pérdida en juego o apuesta), art. 1867 CC (responsabilidad de la cosa dada en prenda), art. 1889 CC (diligencia y responsabilidad del gestor voluntario), art. 1903 CC (responsabilidad por actos de personas dependientes). Como indica la jurista, si prescindimos de los deberes generales impuestos en el ámbito contractual y extracontractual en los arts. 1104 y 1903 CC, y salvando la excepción del art. 1801 CC, sistematizando los supuestos señalados la diligencia del buen padre de familia opera en tres tipos de actividades: en primer lugar, como deber de cuidar y conservar; en segundo lugar, en la función administrar; en tercer y último lugar, para gestionar (Otero 2014, 375-380).

⁷ La redacción de este precepto tiene sus antecedentes inmediatos en el art. 1013 del Proyecto de Código de 1951.

2. Evolución de la patria potestad.

2.1 La patria potestad en el derecho romano.

Puede decirse que el instituto de la patria potestad ha ido evolucionando a lo largo de la historia y, según dice la doctrina y la jurisprudencia, ya no es ese poder absoluto que originariamente justifica toda violencia. El mismo vocablo "patria potestad" no modificado en nuestro código civil (pese a la reciente reforma que eliminó del título y lo nombró "De las relaciones paternofiliales") proviene del término romano de la institución. No obstante, las actuales relaciones paternofiliales durante la minoría de edad, es absolutamente distante - al menos formalmente- a la primitiva ordenación romana de la patria potestad. Si bien, en las estructuras sociales se fomenta y persiste un devastador control sobre el cuerpo de las mujeres, sin que el mismo haya merecido hasta nuestros días suficiente reproche social.

En efecto, en el Derecho romano arcaico, el poder del pater familias era un poder despótico, se concebía en sus orígenes como un derecho sobre la vida y muerte (*jus vitae et necis*) del hijo y la hija que persistía mientras viviera el padre. Aunque en el mismo Derecho Romano posterior, se fueron limitando los poderes absolutos del pater y los hijos y las hijas consiguen cierta independencia mediante los peculios o masas patrimoniales. Por influencia del cristianismo, la patria potestad se suaviza, al ser entendida como un oficio comenzando un cambio que mejora la posición de la descendencia. Sobre la posibilidad de dar muerte se pronuncia Buigues: "Las referencias que encontramos en los distintos textos a la patria potestad sobre los hijos, nos permiten concluir que esta tuvo la consideración de poder prácticamente absoluto, aunque en las fuentes jurídicas no es posible encontrar testimonios claros de que fuera de aplicación el conocido como "*ius vitae ac necis*" (Buigues 2014, 17).

Sobre la maternidad en Roma, la autora María Isabel Nuñez Paz, afirma que la maternidad, en cuanto cualidad femenina carece en Roma de cualquier tipo de relevancia jurídica, de potestad pública, y se encuentra sometida al absoluto principio paterno (Nuñez Paz 2009, 257). La autora argumenta sobre esa invisibilidad jurídica de las madres y afirma, lo absoluto, derivado del derecho divino, es el poder de los padres.⁸ La familia romana está dominada por el poder del pater. Advierte Nuñez que el

⁸ La doctora en derecho romano María Isabel Nuñez Paz se refiere a la familia como el reino del padre que no puede constituirse sin la madre. En su trabajo, que se cita (véase Bibliografía), un apartado justamente versa sobre el reconocimiento social de la materfamilias y su irrelevancia jurídica (262-265)

reconocimiento social no tenía trascendencia jurídica en la tutela o custodia legal de los hijos ¿cómo iban a cuidar de otros aquellas a quienes apenas se reconocía la capacidad para cuidar de sí mismas? (Nuñez Paz 2009, 276). Ciertamente a poco que se estudian las fuentes romanas se percibe que ya en la época republicana las mujeres gestionaban sus propios negocios administraban bienes y cuidaban del patrimonio con absoluta diligencia, pero todo ello bajo la autoridad varonil y sin ninguna trascendencia jurídica (Nuñez Paz 2009, 277). Habrá que esperar a que la tutela y su correlato, la patria potestad, pierdan su sentido originario para encontrar mujeres tutoras, madres y abuelas, siempre y cuando se comprometan a no contraer nuevas nupcias (Nuñez Paz 2009, 279).

Llegados a este punto, pensemos en que existía una finalidad traslativa del matrimonio, la mujer pasaba parte una vez casada de la familia del marido (Zurita Martín 2003, 67). Controvertido es si en la Edad Media en caso de muerte del marido la madre pasaba a ostentar verdaderamente la patria potestad, según algunos autores y autoras, lo que en realidad había era una *guarda* (Palomino Diez 2008).

Esta potestad conjunta, como señala Otero, no parece haber existido en la Edad Media. En todo caso, una potestad ejercida exclusivamente por la madre, aun en defecto del padre, es algo de lo que, no solo no hay muestra, sino que incluso tenemos pruebas de oposición a ella tanto en el Derecho visigodo como en el Derecho medieval. Es, pues, esta potestad subsidiaria de la madre una innovación de la Ley de matrimonio civil de 1870 que no encuentra su origen en nuestro Derecho histórico (Otero 1956, 239).

Si partimos del Derecho Romano la potestas era la autoridad que se encontraba atribuida al "cabeza de familia" (el pater familias) que ejercía sobre su núcleo familiar (hijos, mujer y esclavos/as), así nos situamos ante la patria potestad del padre. En consecuencia, con lo anterior, cierto sector de la doctrina se viene cuestionando la conveniencia del término patria potestad y en este sentido, el Libro Segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a persona y familia, la denomina "potestad parental".⁹ Como ya se ha sostenido con anterioridad, la subordinación de las mujeres se explica en esas labores de cuidado atribuidas tradicionalmente. El poder de corrección sobre los hijos era ejercido exclusivamente por el padre. El castigo siempre dentro del hogar y la violencia siempre privada, aunque con una cobertura legal estatal. De tal modo que conservar el nombre de una institución opresora sí tiene importancia: "El nombre de patria potestad

⁹ Artículo 236. 2 CC de Catalunya: "La potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo".

debe suprimirse, porque la institución a que denomina ha perdido todo vestigio de su organización en la sociedad moderna, que así la apelaba; ni tal denominación es castellano corriente, que no admite la identidad de la palabra patria con la palabra parental, por ejemplo en Francia se habla de "autorité parentale" y en Italia de "potestà genitoriale" cataluña potestad parental” (López Vives 1914, 36).

Como recién se explicitó, desde la Ley del matrimonio civil de 1870 que atribuía la patria potestad al padre y subsidiariamente a la madre, dicha redacción pasó al texto inicial del Código Civil de 1889,¹⁰ en el cual se recogía que la patria potestad era titularidad del marido y, únicamente en su defecto se otorgaba a la mujer, art. 154 CC: "el padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre los hijos". Ese poder, se alegaba, se acumulaba en la figura del padre por motivos prácticos al considerarse que era preciso mantener la unidad de dirección. Trataba de convertirse en neutro -e intrascendente- la propia legitimación del poder.

2.2 Historia de una discriminación. Reformas civiles.

En el derecho se ha proclamado históricamente la supremacía del marido en el matrimonio, la denominada potestad marital. Como pudo leerse, una manifestación más de la ostentación del poder masculino. El marido dirigía la vida matrimonial y familiar en todos los ámbitos posibles. Se partía de una discriminación inicial respaldada socialmente, la idea de inferioridad del sexo femenino era causa de restricción de la capacidad de obrar. El hecho de que la mujer estuviera bajo la patria potestad del padre hasta contraer matrimonio o en su caso ingresar en una orden religiosa (Caso 2005,4) y, a partir de ese momento se producía el relevo de poder del padre al marido, contribuía ferozmente al sometimiento.

Antes de promulgarse la Constitución una sucesión de leyes y reformas que han si acaso ido corrigiendo y suavizando mínimamente esa discriminación profunda. De un lado la Ley de 24 de abril de 1958 modificó ciertos artículos del Código Civil al otorgar cierta capacidad de obrar a la mujer; la Ley 31/1972, de 22 de julio por la que también se modifican algunos artículos del Código Civil y, la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges; la reciente

¹⁰ Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889, páginas 249 a 259.

reforma R.D. ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

Un punto de inflexión resultó ser la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 ya proclamaba formalmente la igualdad en el art. 25: "No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas", a su vez, el art. 43 concretaba: "El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos", no teniendo dicho precepto un reflejo, sin embargo, en la sociedad debido a que la concienciación social estaba muy lejos de dichos postulados.

Merece la pena destacar la reforma de 24 de abril de 1958, que se preocupó de aspectos personales de la capacidad de la mujer para poder ser testigo en los testamentos y albacea testamentaria, como ocupar cargos tutelares. Sin embargo, se insistió en la Exposición de Motivos de la norma en que "la posición peculiar de la mujer casada en la que, por exigencias de ella unidad matrimonial, existe una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la Historia atribuyen al marido".¹¹ Esta reforma fue posible gracias a la abogada Mercedes Formica tras la publicación de su artículo en ABC en fecha 18 de noviembre de 1953 "el domicilio conyugal".¹² El domicilio conyugal, decía, no es

¹¹ «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1958, páginas 730 a 738: "Tercero.—Por lo que se refiere a la capacidad jurídica de la mujer en general, la presente Ley se inspire en el principio de que, tanto en un orden natural como en el orden social, el sexo por sí solo no puede determinar en el campo del Derecho civil una diferencia de trato que se traduzca, en algún modo, en la limitación de la capacidad de la mujer a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas. Por ello, ha parecido oportuno revisar las excepciones que presentaba el Código Civil, y reconocer, en su consecuencia capacidad a la mujer tanto para ser testigo en los testamentos, como para desempeñar cargos tutelares. Pero en este segundo punto se ha considerado preferible consagrar la capacidad de la mujer para el ejercicio de los cargos tutelares como un derecho que admite excusa sin necesidad de motivación por parte de aquélla.

Si bien es cierto que el sexo por sí no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil, ha parecido igualmente claro hasta el punto de estimarlo también como principio fundamental que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus componentes, para el mejor logro de los fines morales y sociales que conforme al Derecho natural, está llamada a cumplir. Se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido, dentro de un régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges."

¹² "Nuestro Código Civil, tan injusto con la mujer en la mayoría de sus instituciones -escribe Fórmica-, no podía hacer una excepción con la esposa, y la casada que se ve en trance de pedir la separación; aún en aquellos supuestos en que su inocencia está comprobada, ha de pasar por el previo depósito, que en este caso habrá de ser realizado fuera del domicilio conyugal, y ya el proceso de separación en marcha, el Juez le entregará, o no le entregará, los hijos, los bienes muebles, fijará una pensión alimenticia, pero lo que ningún magistrado sentenciará -entre otras razones porque carece de facultades para ello- es que sea la

la casa del marido y denunciaba la situación de la mujer, que en caso de separación, se ve sin recursos económicos al ser el marido el administrador de los bienes gananciales (en este caso, víctima de violencia de género). Lo que no pudo conseguirse es la eliminación de la autorización marital y el deber de obediencia de la mujer, que siguió recogido en el artículo 57 del CC.

En cuanto a la filiación se establecía diferencias legales entre los legítimos, legitimados e ilegítimos. El artículo 321 del CC fijaba la mayoría de edad en los 23 años, 25 para casarse o irse al convento. Esta discriminación estuvo vigente hasta la Ley 31/72 de 22 de julio. En relación con la patria potestad, existía la prohibición de contraer matrimonio en caso de enviudar, hasta los trescientos y unos días siguientes a la mujer, en caso de que la viudedad volviera a casarse perdía la patria potestad sobre sus hijos e hijas, salvo manifestación contraria del marido por vía, normalmente, testamentaria.

Posteriormente la nueva modificación operada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges. Se elimina la autorización marital, se incluyó además entre los deberes fruto del matrimonio el "socorro mutuo" y la obligación recíproca de "respeto y protección". Con la llegada de la Constitución Española (en adelante CE) se proclamó la igualdad entre hombres y mujeres, y mediante la Ley 33/1978, de 18 de noviembre, sobre la mayoría de edad,¹³ se estableció la mayoría de edad en los 18 años.

Otra de las más profundas novedades, como se verá en el apartado siguiente, es la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Hay más reformas importantes; la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, por dicha ley se otorgó nueva redacción al art. 66 CC: "Los cónyuges son iguales en derechos y deberes"; la Ley 11/1990, de 15 de octubre sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, por la que se sustituyeron en una serie de preceptos el término "mujer" por el de "cónyuge" o

esposa la que permanezca en el domicilio común y sea el marido culpable el que lo abandone (...) Los señores jueces deberían tener facultades para otorgar la titularidad del domicilio conyugal al cónyuge inocente, en este caso a la esposa, ya que, en definitiva, el domicilio conyugal es la casa de la familia y no «la casa del marido» como dice la ley". En: <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1953/11/18/015.html>

¹³ «BOE» núm. 275, de 17 de noviembre de 1978, páginas 26150 a 26150.

"esposa"; la Ley 40/1999, de 5 de noviembre sobre nombre y apellidos y orden de los mismos; Y la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Mucho se ha hablado de ese deber de obediencia del marido a la mujer, para diversas autoras es la constatación legal de la legitimación de la violencia de género. Toda transgresión de la mencionada obediencia legitimaba una labor correctora y de castigo. Como se dijo, esa obligación legal se encontraba regulada en el artículo art. 57 CC. Ante esta situación se producían una serie de situaciones de sometimiento como era el hecho de que la mujer no podía salir del hogar familiar antes de los 25 años y adquiría la nacionalidad y la vecindad civil del marido, de acuerdo con el principio de unidad familiar: "la mujer seguirá la condición del marido" (art. 14.3 CC). En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 14/1975, de 2 de mayo¹⁴ determinaba: "La regla de una rigurosa unidad de la familia pudo tener un fundamento social en los momentos históricos en que las comunidades nacionales eran compartimentos muy replegados sobre sí y poco comunicadas. Por ello se consideraba necesario que la familia, como cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado, fuera exponente también de la rígida unidad familiar"; así por la Ley 51/1982, de 12 de julio, se modificaron los artículos 17 a 26 del CC sobre nacionalidad, aunque, las referencias discriminatorias respecto a la vecindad civil continuaron hasta la reforma de 1990. Retomando el Preámbulo de la Ley de 1975, prestamos atención a que hasta la fecha la mujer era, y su nula capacidad de obrar, cosificada: "En orden a la prestación del consentimiento en los contratos, se ha hecho desaparecer el vejatorio apartado tercero del artículo mil doscientos sesenta y tres, que asimilaba a la mujer a quienes física y psíquicamente carecen de los presupuestos normales de la capacidad". La transformación que introduce el proyecto, al poner en práctica la idea de igualdad entre varón y mujer, representa un cambio radical de puntos de referencia desde ahora, uno y otra tienen iguales derechos, oportunidades y obligaciones, con lo cual, y con la supresión del usufructo paterno, se cancela definitivamente la vieja idea romana del hijo/a como propiedad del padre.

Por otra parte, la Ley 25/1971, de 19 de junio de protección a las familias numerosas que hacía referencia al "cabeza de familia" para referirse al varón, al igual que el Código Civil, a consecuencia de dicha redacción se dictó la STC 241/1988¹⁵ (Rec.

¹⁴ BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975, páginas 9413 a 9419.

¹⁵ "Esta concepción responde, por otra parte, al contexto social y normativo en el que la demandante accedió a la excedencia. En efecto, el concepto de cabeza de familia vigente en aquella época no era otro que el

1032/1986)¹⁶ de fecha 19 de diciembre, por el que se reconoce el derecho de la demandante a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y por consiguiente, a que no se le deniegue el reingreso en la Empresa por no haber alcanzado la condición de cabeza de familia.

2.3 Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC.

La insensibilidad de la mayoría de la doctrina civilista, y la absoluta falta de perspectiva de género en el análisis de esta institución, ha servido a los teóricos civilistas para ignorar la verdadera problemática que subyace a la regulación sobre la patria potestad. Esta dejación en aplicar criterios feministas, que sitúa en el centro el estudio de los derechos de las mujeres y su constante discriminación, lleva al civilista Carlos Lasarte a sostener, equivocadamente, que “es innecesario subrayar que en la actualidad y en la generalidad de los casos la patria potestad compete a ambos progenitores, al padre y a la madre, de forma conjunta y por principio inseparable, dada la igualdad de ambos sexos frente al Derecho y la superación de la idea patriarcal de que el rol de la madre sólo adquiriría relevancia “en defecto del padre”(Lasarte 2005, 380). Dar por hecho una situación de igualdad que se produce, entiéndase, únicamente formalmente es ignorar la trascendencia política de la acción social y el alcance del imaginario cultural e histórico

consagrado más tarde por la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas, en la que tal cualidad se atribuía expresamente al padre, y sólo en defecto del mismo podría ser transferida a la madre. Esa atribución originaria de la condición de cabeza de familia al consorte de sexo masculino, que implícitamente estaba presente también en todas aquellas Reglamentaciones de Trabajo que disponían la excedencia forzosa de la mujer por razón de matrimonio -entre ellas, la que fue aplicada a la actual demandante de amparo-, se correspondía con el papel asignado a cada uno de los cónyuges por las normas anteriores a la Constitución, en las que el marido o padre seguía apareciendo, pese a las reformas de los últimos años, como administrador de la sociedad conyugal y de gananciales y como titular en primer término de la patria potestad sobre los hijos (arts. 59, 154, y 1.492 del CC en su redacción anterior) y en las que, lejos de ver en la actividad laboral de la mujer, libremente elegida, un medio de expresión y desarrollo de su propia condición humana, se reducía arbitrariamente el ámbito de dicha actividad y se proclamaba como un objetivo del Estado «liberar» a la mujer casada «del taller y de la fábrica» (ap. II.1 del Fuero del Trabajo). Es cierto, por lo que aquí concretamente interesa, que a partir de la Ley 56/1961, de 22 de julio, el matrimonio dejó de ser causa de excedencia forzosa, pero las reglas sustitutivas de esa compulsión legal -que otorgaban la posibilidad de continuar la actividad laboral, extinguir el contrato o pasar voluntariamente a la situación de excedencia-, aunque en apariencia más favorables para la mujer, seguían en realidad estimulándola, a diferencia del varón, al abandono del trabajo y a su dedicación a las labores caseras, como claramente se advierte en el art. 2 del Decreto 258/1962, en el que esa triple posibilidad se ofrecía «en defensa del hogar familiar». Al respecto: STC 39/2002, de 14 de febrero, que declara la inconstitucionalidad del art. 9.2 CC que recogía la preferencia de la ley nacional del varón” (F.J 5º)

¹⁶ Ecli: ECLI:ES:TC:1988:241. La referencia preferente de las sentencias en este trabajo es el Rec. Se usó la base de Tirant lo Blanch. Para facilitar la búsqueda se facilita el número ECLI en los casos en que está disponible y en su defecto número TOL.

machista en la aplicación de las normas. Lamentablemente aprobar la norma, en este caso reformar el artículo 154 de CC, que garantiza la igualdad entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad no es igual a eliminar una discriminación estructural. Afirmar tan livianamente que esa igualdad está garantizada supone invisibilizar las violencias. Como indica Constanza Tobío al hablar del proceso de individualización y socialización del cuidado (y lo hace citando a Carol Pateman), aplicar la igualdad entre hombres y mujeres se traduce frecuentemente en que se olviden los obstáculos que los impiden, creando una mera apariencia de igualdad (Tobío 2012, 213- 226). De igual modo nuestra legislación, asentadas en los presupuestos de codificación napoleónicos, se sostiene sobre principios discriminadores y subyugadores de la mujer, en el ámbito civil penal laboral y de participación política (Suarez Llanos 2002, 45-52).

Continuando con los avances civiles en materia de patria potestad, la transformación más trascendental para la mujer en relación a esta institución se produce por la reforma operada por la citada Ley 11/1981, de 13 de mayo. La reforma del 1981 da cumplimiento a lo dispuesto en diversos preceptos constitucionales: en concreto, la no discriminación por razón del sexo o de la filiación (art. 14 CE); la igualdad absoluta de los cónyuges en el matrimonio (art. 32. 1 CE) o la protección de la familia y el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad (art. 39 CE). Se suprime la figura de la dote. Se iguala la filiación, estableciéndose las mismas consecuencias legales para las hijas y/o hijos habidos o no dentro del matrimonio. Otro de los logros, no menos importante, es la fijación del domicilio conjuntamente.

Una de las modificaciones más significativas de la ley es la atribución de la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad a ambos progenitores, frente al sistema anterior de otorgamiento subsidiario a la madre (el art. 154 CC redacción originaria atribuía la patria potestad al padre y, en su defecto, a la madre). La concepción de la patria potestad como poder de los padres sobre los hijos, al menos formalmente, va desapareciendo paulatinamente. En la actualidad, los padres son los titulares de la patria potestad sobre los hijos/as, configurándose de forma dual, tal como se desprende del art. 39.3 CE: "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda". La anterior redacción junto con el artículo 14 CE hizo indispensable la modificación de la regulación originaria del Código Civil. De tal modo que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, con cierta tardanza y dejando a un lado otra serie de reformas,

modificó la institución atribuyendo la patria potestad conjunta a ambos progenitores, siempre en beneficio de los hijos. Este hito marca un punto de inflexión en la historia de los derechos de las mujeres en España y sin embargo, como se dijo, desde la doctrina civilista no ha sido lo suficientemente estudiado y, sobre todo, explicado. La falta de interés en estudiar esta parte de nuestra historia del derecho no contribuye a la toma de conciencia sobre las formas en que la opresión hacia las mujeres se ha ido articulando. Ninguna perspectiva de género puede aplicarse al dictar sentencias si los jueces y juezas ni tan siquiera son concededores/ras de este historial de discriminaciones. No debe perderse de vista que hasta la fecha de 1981 no existía ningún reconocimiento legal que atribuyera a la madre poder de decisión sobre sus hijos e hijas (apenas hace treinta años de esto) y sin embargo todos los cuidados eran procurados por ella, los de su propia casa y los de casa ajena (cuidado de los suegros y suegras).

Por último, la Ley 30/1981 de 7 de julio, por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil¹⁷ y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, adecuándolo a la CE.

3. Concepto de patria potestad en la actualidad.

En apartados anteriores se estudió el ejercicio patria potestad como omnímodo. Y se resaltó igualmente la necesidad de despatriarcalizar el lenguaje, como el uso del propio término de patria potestad o la atribución de sentidos en relación a la diligencia de un buen padre familia. Esa eliminación de sesgos es fundamental para poder articular cualquier discurso alternativo. No obstante, esta situación no se está dando de forma completa.

La naturaleza del instituto de la patria potestad como función ha sido amparada por la doctrina, defendiéndose que esa función social viene atribuida por la propia aplicación del canon hermenéutico del bienestar del menor. La Convención de los derechos del niño de 1989 y la normativa de protección de la infancia, nacional e internacional, es sustancialmente citada a modo de enunciados y recitados por parte de los Juzgados. La toma de decisiones judiciales sobre la vida de los menores y la familia se articula mediante la alusión, todopoderosa, al *interés superior del menor* (aunque después se prescindiera de cualquier argumentación destinada a justificar la adopción de la medida). En la mencionada línea de la función social, y como explica Castán Pérez, la

¹⁷ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1978, páginas 26150 a 26150

patria potestad se enuncia como una medida de protección de los menores, siendo está la más natural (Castán Pérez Gómez 2001, 621). Es decir, como una función social, lejos de un ejercicio de poder sobre los hijos/as (Bercovitz Rodríguez Cano 1984).

Actualmente, la patria potestad se regula en el Título VII del Libro I CC (artículos 154-172), con la rúbrica relaciones paterno filiales – cuya redacción igualitaria incluiría ,debe incluir, el término *materno-* , redactados conforme a la citada Ley de 13 de mayo de 1981 (redacción originaria del CC de 1889), con modificaciones posteriores, entre otras, por Ley de 15 de octubre de 1990, Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y LEC en materia de separación y divorcio, LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸ (en adelante LOPJM).

Como se dijo, el Código Civil sustituye la expresión "patria potestad" empleada en el citado Título VII en su redacción originaria por "relaciones paterno-filiales" tras la reforma de 1981. Dicha expresión, "patria potestad", insisto, ha suscitado críticas por su conexión con el poder absoluto y patriarcal del pater familias, cuyo origen se encuentra en el Derecho romano arcaico. La autora María Linacero de la Fuente (2016¹⁹) sostiene que la terminología se ha mantenido en la legislación, jurisprudencia y doctrina despojada de dichas connotaciones sexistas, y que debe sobrevivir incólume probablemente por su claridad y por la dificultad de encontrar una expresión similar. Díaz- Ambrona Barjadi al respecto de la denominación que la doctrina no ha recibido con general aceptación el cambio terminológico por considerar que lo importante no es la denominación que se dé a una institución jurídica, sino cómo se encuentra regulada y su sintonía con el acontecer social e histórico (Díaz Ambrona 2014, 64). Pero evidentemente al ser la lengua un producto social, resulta claro que existe una estrecha conexión entre el sexismo social y el sexismo lingüístico (Medina Guerra 2007, 41).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰ se ha ocupado del concepto de patria potestad, de tal modo que mediante sentencia de fecha 10 de febrero de 1992 (Rec.

¹⁸ BOE» núm. 180, de 29/07/2015

¹⁹ *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, consultado en la base de datos de Tirant lo Banch. Sin paginar.

²⁰ Al tiempo, el Tribunal Supremo, en 1983, de fecha 2 de mayo (TOL1.738.715) retiraba la patria potestad por adulterio, en la consideración que se faltaba a la moral con tal conducta. Fundamento de derecho primero: “CONSIDERANDO que pretendida por el actor y recurrido don Miguel la separación matrimonial por las causas de adulterio, vida de vituperio y de ignominia y sevicias, la sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional, después de un detenido estudio de los elementos demostrativos incorporados al proceso, afirma el intachable proceder del marido, mientras que entiende "suficientemente acreditado el adulterio de la mujer, su vida reprochable» y la "conducta seviciosa, de la que ha hecho víctima al esposo en todos los aspectos de la vida en que éste se mueve», lo que le lleva a la categórica declaración de la

3389/1990),²¹ la definió como un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere sobre los hijos no emancipados a los padres, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindir del carácter público que revisten estas normas de patria potestad (Herrera Campos 2009, 274). Dicha concepción aparece igualmente reconocida, con carácter general, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo, principio rector de la actuación de los poderes públicos.

De esta forma los padres ostentan una serie de facultades, deberes y obligaciones hacia sus hijos/as, configurándose como un derecho-función o deber-función que se debe ejercitar siempre teniendo como finalidad el interés del menor. Así, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979,²² germen de la posterior Ley de 1981, concretó: "En conjunto la patria potestad se concibe y regula teniendo en cuenta su carácter de función que la ley encomienda al progenitor en beneficio del hijo y por tanto que confiere los derechos como medio de cumplir los deberes". Se entiende como función social al conjunto de poderes que tienen como razón de ser cumplir unos deberes y obligaciones que la ley impone a los progenitores. Estos autores sostienen que los poderes del padre no constituyen en sentido estricto un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquéllos son instrumentales, enderezados al interés del otro y estrechamente ligado con el cumplimiento de los deberes de sus titulares (Diez Picazo y Gullón 2001, 261).

En el mismo sentido Lasarte afirma que lo que el Código Civil otorga es un conjunto de potestades, en cuanto se trata de un conjunto de poderes que el ordenamiento jurídico les concede o reconoce para que los ejerciten en beneficio de los hijos/as y no atendiendo a los propios intereses de los sujetos activos de tales facultades o poderes (Lasarte 2005, 379).

culpabilidad imputable a la recurrente doña Raquel y a la estimación de la demanda, con los pronunciamientos oportunos respecto a las medidas personales y económicas, tanto respecto de los cónyuges como de los hijos comunes, de cinco y dos años de edad al tiempo de la instauración del juicio; asertos que el Tribunal a quo mantiene en su integridad, insistiendo en la evidencia de "una conducta progresivamente vituperable por parte de la esposa, claramente demostrativa de un ánimo de injurias al esposo y que trascendió a las esferas de relación de éste, con el consiguiente desprestigio, conducta que culminó en adulterio, vehemente y no simplemente presumible".

²¹ Sobre esta cuestión, véase las STS de 11 de octubre de 2004 (Rec. 5226/1999), STS de 23 de mayo de 2015 (Rec. 2046/2001) y STS 9 de noviembre de 2015 (Rec1754/2014 y ECLI: ES:TS:2015:4575), entre otras muchas.

²² Boletín del Congreso de los Diputados de fecha 14 de septiembre de 1979, Proyecto de ley Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Esta potestad, como indica el artículo 154 comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Deberes de carácter personal, como son velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2º Deberes de carácter patrimonial, consistentes en representar a los hijos y administrar sus bienes.

De mismo modo, tal y como viene declarando el Tribunal Supremo, STS de 12 de julio de 2004 (Rec. 4793/1999), la patria potestad actúa como derecho inherente a la paternidad y maternidad y tiene indudable función tutelar, al estar configurado como institución en función de los hijos. Sobre este ejercicio conjunto algunos autores hablan de cotitularidad mancomunada, porque no es necesario que actúen conjuntamente en todas las decisiones que afectan a los hijos, art. 154 CC: "Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres". Debemos, para no llevar a errores, diferenciar entre titularidad y ejercicio. El art. 156 CC nos dice "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro". Como se verá más adelante hay que diferenciar bien este aspecto. Son cosas distintas, el ejercicio suele darse a aquel que ostenta la guarda y puede ser privado y mantenerse la titularidad en todo caso. Esto será de una gran trascendencia en los casos de conflicto, tesis de este trabajo, en que con extraña y reticente frecuencia se priva a los padres ausentes, maltratadores o incumplidores de los deberes inherentes de la patria potestad. Centrando la cuestión, una vez se da la separación de los progenitores se produce la atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad al progenitor con el que convivan los menores, art. 156.5 CC, aunque no siempre sucede en la práctica judicial. Como se verá.

Igualmente, como ya se dijo, la patria potestad no es un derecho subjetivo (art. 154 CC), sino una potestad que el derecho otorga con carácter indisponible a los padres, con la finalidad de atención y cuidado a los menores y las menores. Sin embargo, para no ser un derecho, en muchos casos, se articula como un derecho subjetivo del padre.²³

En la actualidad el art. 154.2 CC establece: "La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respecto a su integridad física y psicológica". Como hemos manifestado, se pasa de la patria potestad como poder, a la patria potestad en beneficio de los hijos, por lo que desaparece el *ius puniendi*, con

²³ Incluso así ha sido reconocido por el TS, STS 12 de julio de 2004, FJ nº3 (Rec. 4793/1999). Expresamente se dice "los derechos de los padres" y el "derecho del padre" al hacer referencia al régimen de visitas. Todo ello en un recurso de casación por el que se desestima la privación de la patria potestad del padre.

lo que los titulares simplemente pueden recabar el auxilio de la autoridad (Martínez Castillo 2010, 26 y 27; Castán Vázquez 1982, 109-111).

Al respecto es interesante mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 12 de septiembre de 2005 (Rec. 1158/2005), analizando el alegado derecho de corrección: " Concebida antiguamente como un poder sobre los hijos ejercido por el padre, la patria potestad ha pasado a ser contemplada como una función del padre en beneficio; función cuyos actos deben estar dominados y encaminados, siempre, al interés del menor; el que la L.O. 1/1996 de 15 de Enero, consecuencia de la ratificación por España de la Convención de los Derechos del Niño, eleva a interés preferente" (F.J 3º). Como se comprueba hasta la modificación por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional²⁴, la capacidad de corrección incluía un nivel de violencia permitido al padre, se entiende dentro de esta potestad.

Retomamos la idea fuerza de este trabajo académico. Dualidad del ejercicio: las madres son responsables del cuidado, sin embargo, ellos ostentan el poder. Primero, ese poder se mostraba de forma absoluta, y totalizadora, un poder de control y administración de los bienes. Posteriormente sigue ostentando el poder en caso de violencia y/o conflicto, pero sin sigue sin asumir las labores de cuidado. En efecto y como veremos en el concepto patria potestad se deslinda de la guarda y custodia en el sentido de que esta hace referencia a los cuidados diarios y continuos de los menores, manteniéndose la patria potestad conjunta, aunque no su ejercicio, a pesar de que se produzca una situación de crisis matrimonial, salvo que uno de los progenitores esté incurso en uno de los supuestos de privación.

4. Caracteres y titularidad de la patria potestad.

Cierto sector de la doctrina prefiere utilizar el concepto de responsabilidad parental para referirse a la patria potestad, referencia incluida en el propio artículo 154 CC. La responsabilidad parental es un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Comprende desde el cuidado, la protección y la educación; el mantenimiento de relaciones personales; la determinación de la residencia; la administración de los bienes, y la representación legal. El artículo 154 CC reformado por ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia

²⁴ BOE núm. 312, de 29/12/2007.

y adolescencia, dispone que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos y de las hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende, como vimos, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; representarlos y administrar sus bienes. En ese ejercicio, si los hijos y las hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad. Este ejercicio de la patria potestad siempre debe ir referido a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.²⁵ Igualmente se tendrá en cuenta la LOPJM 1996, reformada por la Ley 8/2015, de 22 de julio, donde se regulan los derechos de los niños/as y adolescentes.

Los caracteres de la patria potestad son: intransmisibilidad, la patria potestad está fuera de comercio y en consecuencia no puede cederse. No es admisible ningún acto o negocio jurídico que tenga por finalidad transferir a otro la patria potestad (Herrera Campos 2009, 275); irrenunciabilidad: no se permite una dejación voluntaria de su contenido. El carácter público referido anteriormente y su componente social. Sin embargo en un principio se admitió por la jurisprudencia su renuncia, sentencias del Tribunal Supremo de fecha 11 de julio de 1982²⁶ (Herrera Campos 2009, 275); imprescriptible: su no uso no dará lugar a su extensión al margen de que la dejación de las funciones sea culposa negligente o voluntaria.

La confusión en torno a la terminología empleada en el Código Civil se mantiene. Unas veces se habla de ejercer la patria potestad (arts. 156, 157 o 160 del CC) otras potestad paterna (art. 162). La doctrina se pronuncia sobre la dificultad de fijar la diferencia ejercicio y titularidad. Siguiendo a Castillo Martínez la titularidad de la patria podría definirse con referencia a la cualidad o condición del sujeto activo de la función respecto a los hijos/as que normalmente atribuida a ambos progenitores (Castillo Martínez 2010, 80). Podemos resumir de un modo sencillo, que no sería en sentido estricto, que el ejercicio de la patria implica esencialmente la atribución de guarda y custodia del hijo/a junto con la toma de decisiones. Otra de sus características es el

²⁵ Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990

²⁶ Ecli: ECLI:ES:TS:1882:284

aspecto dinámico susceptible de cambios mediante procedimiento de modificación de medidas en la atribución del cuidado de los menores. Es decir, el ejercicio es la vertiente activa de la patria potestad, quedando para el no custodio en un pendiente de las decisiones más trascendentales que ya se citaron.

Como supuestos de titularidad individual pueden mencionarse los siguientes: filiación por uno de los progenitores, exclusión de la patria potestad en virtud del artículo (art. 111 CC); privación de la patria (art. 170 CC); adopción por una sola persona, salvo los supuestos del artículo 178.2 CC; extinción por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores. En los casos de titularidad individual corresponde al progenitor titular el ejercicio pleno de los derechos y deberes que integran el contenido de la patria potestad. Cuestión es que es diferente al ejercicio individual donde puede discutirse, como veremos que tal ejercicio exclusivo excluya, salvo concreción judicial, la toma de grandes decisiones. Si se especifica judicialmente la absoluta titularidad exclusiva, en dichos supuestos de titularidad individual, el progenitor excluido se verá privado de todas las funciones, pero se mantiene su deber de velar por el hijo y de prestarle alimentos (art. 92.1, 110, 111 CC).

5. Ejercicio de la patria potestad.

5.1. Ejercicio conjunto patria potestad.

El artículo 156.1 CC dispone: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro". La dicción literal del artículo 156.1 CC consagra la regla general de ejercicio conjunto o mancomunado de la patria potestad por ambos progenitores.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 dijo expresamente: "La presente reforma de acuerdo con el Derecho Comparado de nuestro tiempo, otorga la patria potestad, como regla general, conjuntamente al padre y la madre". Ahora bien, se admite la posibilidad lógica de ejercicio de un progenitor con el consentimiento del otro, lo que no constituye realmente una excepción a la regla general de ejercicio conjunto, ya que continúan actuando ambos progenitores, aunque uno de ellos lo haga por vía del consentimiento que puede decirse que funciona como un apoderamiento. Se trata en definitiva de paliar los inconvenientes de la necesidad de concurrencia material de los dos progenitores. Como excepción a la regla general del ejercicio conjunto, por razones prácticas y de mayor flexibilidad en el ejercicio de la patria

potestad, se admite la actuación unilateral de uno de los progenitores cuando sea conforme con el uso social o en situaciones de urgente necesidad (art. 156.1) El criterio general del ejercicio conjunto de la patria potestad es acogido claramente en el tenor del art. 156.1 CC (Fuente Noriega 1986, 204).

5.2 Ejercicio de la patria potestad por uno de los progenitores con el consentimiento del otro.

El artículo 156.1 CC admite el ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro. Realmente, y como ya se indicó, no se trata de una excepción a la regla general del ejercicio conjunto, dado que se sigue exigiendo el concurso jurídico de ambos progenitores. El citado artículo 156.1 CC dispone dos formas de prestación: el consentimiento expreso y el consentimiento tácito.

5.3 Actuación unilateral.

La regla general del ejercicio conjunto se flexibiliza permitiendo la actuación unilateral de un progenitor. Los criterios que legitiman la actuación unilateral son en virtud del art. 156.1 CC, la conformidad con el uso social y las circunstancias y la urgente necesidad. Por circunstancias de urgente necesidad entendemos las relativas a la familia y a las del hijo/hija, así como todas las demás de orden personal o material que puedan tener incidencia sobre la decisión tomada por uno de los progenitores (Linacero de la Fuente 2016²⁷). Parece razonable que en algunas ocasiones cuando concurre una situación que exige una actuación urgente e inaplazable, resulte obligado tomar decisiones que trascienden el marco de lo que es ordinario y que no admiten retraso o demora.

5.4 Desacuerdo de los padres en el ejercicio de la patria potestad.

El art. 156. 3 CC dispone: "En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años". La Ley 15/2015, de 2 de

²⁷ Disponible digitalmente, sin paginar, en Tirant lo Blanch online (TOL5.918.674)

julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha modificado el art. 156.3 CC (anteriormente 156.2) sustituyendo "suficiente juicio" por "suficiente madurez".²⁸

Se aplicarán las disposiciones del artículo 156.3 CC cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. También se aplicarán en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.

Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado. Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente.²⁹

5.5 El consentimiento unilateral en caso de maltrato.

En virtud del párrafo segundo del artículo 156 introducido en su actual redacción, por la disposición final segunda del R.D.-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género “dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.”³⁰ Esta reforma permite asistir psicológicamente a los menores que viven en un entorno de violencia sin que la titularidad de la patria potestad

²⁸ En muchas CCAA está instaurada la mediación familiar para evitar la judicialización de los asuntos. Entiendo esta medicación es satisfactoria pero inaplicable en casos de maltrato por la profunda asimetría entre las partes.

²⁹ En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, la legitimación para promover expediente de jurisdicción voluntaria corresponderá según el artículo 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria a ambos progenitores, individual o conjuntamente.

³⁰ B.O.E de fecha 4 agosto de 2018

del progenitor agresor excluya esa atención psicológica y terapéutica, tan necesaria a los menores maltratados.

5.6 Ejercicio de la patria potestad por uno de los progenitores.

El artículo 156 CC contempla dos supuestos: Art. 156. 5 CC: "En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro"; Art. 156.6 CC: Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio. Como se podrá comprobar a lo largo del presente trabajo, ante las graves dificultades de conseguir una privación de la patria potestad la solicitud del ejercicio exclusivo retorna como la única alternativa judicial viable para solicitar el ejercicio exclusivo ante un padre ausente.

Efectivamente, en ocasiones el contenido de obligaciones parece exigible para una de las partes. ¿Qué sentido tiene el mantenimiento de la patria potestad de unos de los progenitores que de forma constante y reiterada no la ejerce? La actitud del padre ausente lo que evidencia es una desaparición total, tal y como advierte la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 18 de noviembre de 2018 (Rec. 88/2018), para un caso de abandono del padre a su hija, se muestra la falta "absoluta de interés hacia su hija menor. La potestad que pretende mantener se limita a un título sin contenido alguno, ni afectivo ni emocional, ni educativo ni material; es decir, no hay cumplimiento de los deberes inherentes a la potestad, que den contenido satisfactorio a dicha función en interés de la hija menor. No se pretende con el mantenimiento de la potestad el bienestar de la niña, pues la potestad constituye una función con un contenido efectivo y positivo, y, en este caso, constituye solo un título. Además, el mantenimiento de la titularidad formal de la patria potestad del padre impediría la realización por parte de la madre de trámites y dificultaría la toma de decisiones que pueden ser esenciales para el bienestar de la menor" (F.J 3º). La referida sentencia manifiesta su sorpresa ante la resolución de primera instancia, preguntándose que qué más debería hacer un padre para mostrar mayor desinterés y que esto resulte reprobable judicialmente. El Tribunal advierte, tras el argumentario machista de la

contraparte alegando la inexperiencia del joven padre, que también ella es inexperta, estudiante y joven.

6. Contenido de la patria potestad. Esfera personal.

El artículo 154 CC se refiere a la doble esfera de actuación personal y patrimonial que corresponde a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. El art. 154 CC, como ya se vio, señala: “La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y mental”. Esta función comprende los deberes y facultades personales y patrimoniales mencionados. No nos referimos, por no ser objeto de análisis en este trabajo al contenido patrimonial de la patria potestad, únicamente puntualizar que la ley de matrimonios de 1870 supuso un momento de abandono del viejo sistema de peculios, heredado del derecho romano y, siguiendo su orientación, se redujo la patria a la potestad de administración y usufructo de los bienes de los hijos menores no emancipados (art. 159 y 160) (Lasarte 2005, 387). Efectivamente antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, el padre, y su defecto la madre, era, en principio, administradores y usufructuarios de los bienes del hijo en potestad; hoy los padres, el padre y a la madre, a la vez, son sólo administradores de tales bienes, pues su usufructo se ha suprimido (Albaladejo 1994, 29).

El deber de velar es consecuencia directa de la filiación y subsiste, aunque los padres no tengan atribuida la custodia, y no ejerzan la patria potestad o incluso estén privado de la patria potestad. El deber de velar por los hijos se mantiene siempre, también en los casos de privación de la patria potestad y habría que entender que en los de suspensión. Si el deber de velar persiste aun no siendo titular de la custodia, ¿cómo es este deber compatible con el completo olvido de las labores de manutención y supervivencia del menor con la obligación de procurar su integridad física y mental?

Otro de los deberes derivados del artículo 154 CC, es el deber de tenerlos en su compañía. Es decir, convivir en el hogar familiar. En algunos supuestos, los hijos no conviven de forma habitual con los padres: En aquellos casos en que los padres viven separados, por razones de estudios o por una situación de guarda administrativa (art. 172.2 CC).

Por otra parte, el deber de alimentar a los hijos es una de las obligaciones inherentes a las relaciones paterno-filiales (art. 154.1 CC). Dicho deber comprende el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (art. 142.1 CC). La obligación de los

padres y las madres de alimentar a los hijos tiene fundamento constitucional en el art. 39.3 CE y tiene fundamento y caracteres diversos a la obligación de alimentos entre parientes que tienen carácter recíproco y duran toda la vida (arts. 142 y ss. CC). El Tribunal Constitucional señala que la obligación de alimentos a los hijos tiene su origen exclusivamente en la filiación, ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos, mientras que la prestación de alimentos entre parientes tiene su razón en una necesidad perentoria de subsistencia (STC 57/2005, de 14 de marzo³¹). La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2015, considera dicha obligación de alimentos como la de "mayor contenido ético del ordenamiento jurídico" (STS Sala 1ª, 55/2015, de 12 de febrero, Rec. 2899/2013, F.J 3º). Como señala reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina, el deber constitucional de alimentos hacia los hijos alcanza a los hijos matrimoniales o no matrimoniales (art. 39.3 CE), y subsiste en los casos de nulidad matrimonial, separación y divorcio (art. 92 CC) incluso respecto a los hijos mayores en ciertas condiciones (art. 93 CC). Dicho deber de alimentos es exigible por imperativo legal cuando el progenitor quede excluido de la patria potestad, cuestión que se verá en el siguiente capítulo sobre la privación de la patria potestad, y demás funciones tutelativas (arts. 110 y 111 CC).

En la misma línea, se pronuncia la STC 13 febrero de 2006³²: “Como dijimos en la STC 1/2001, de 15 de enero, por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de 'prestar asistencia de todo orden a los hijos asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos- con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 [del Código civil]), o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tutelativas (arts. 110 y 111, in fine, CC)” (F.J 4º).

Los progenitores tienen el deber-facultad de educar a los hijos y las hijas respetando su personalidad. Dicha función está en conexión con el derecho fundamental a la educación consagrado en el art. 27 CE. En todo caso, el ejercicio de dicho derecho queda supeditado al interés superior del niño. El derecho a la educación es un derecho de la personalidad que legitima la intervención de los niños y las niñas en la constitución de propio futuro (art. 162.1 CC). Por último, el interés del menor debe interpretarse a la luz

³¹ Ecli: ECLI:ES:TC:2005:57 y Rec. 4062/2001.

³² Rec 180/2000 y número ECLI:ES:TC:2006:33

del libre desarrollo de su personalidad (art 10 CE). En dicho sentido, la STS 216/ 2013, de 5 de febrero (Rec. 1440/2010), afirma "el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art 10 CE)".

El derecho del menor a ser oído en todos los asuntos que le afecten ha venido siendo reconocido progresivamente en nuestra normativa nacional e internacional. El derecho a la audiencia del menor está reconocido en diversos preceptos en el ámbito de la patria potestad (arts. 154, 156, 159), procedimientos de separación y divorcio (art. 92, 2 y 6 CC), tutela (art. 231 CC). El art. 154 CC tras la nueva redacción expresa que si los hijos/as gozan de suficiente madurez deben ser escuchados/as "antes de adoptar decisiones que les afecten". En todo caso, la consagración del derecho a la audiencia del menor como derecho fundamental resulta de los arts. 9 LOPJM 1996 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño. El referido derecho a ser oído y escuchado ha sido modificado, como ya se indicó, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Según indica el mencionado artículo, el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

En el ámbito de la separación, el art. 92,2 y 6 CC modificado por la 8/2005, suprimió la imperatividad del derecho de audiencia del menor, al tenerse que valorarse en cada caso la madurez del menor o la menor, -supresión bastante cuestionable- que fue aplicada por la STC 163/2009, de 29 de junio (Rec. 1669/2004), donde el TS afirma que la audiencia del menor no es fundamental y lo hace invocando precisamente la mencionada reforma; en absoluta oposición, y contrario pronunciamiento, la STC. 152/2005, de 6 de junio (Rec. 1966/2004) consideró que era de utilidad escuchar a los menores.³³

Si el menor no tiene capacidad suficiente para ejercer su derecho por sí mismo, la actuación de los padres no puede sustituir sin más a la del hijo o la de la hija sino que precisamente esta deberá venir subordinada a la personalidad de aquél que se expresará de forma directa por el hijo o la hija si tiene madurez suficiente para manifestarse. No es

³³ ECLI:ES:TC:2005:152

un ejercicio de representación, no se puede sustituir la voz del menor. El problema, una vez más, radica en la valoración de esa madurez en sede judicial y los escasos despliegues probatorios en orden a demostrar la voluntad de la infancia.

El fin de la patria potestad debe ser la consecución de la personalidad y la dignidad del menor de edad. En efecto, el interés general implícito en la idea de función social de la patria potestad no es más que la consecución del interés del menor, es decir, de los valores dignidad y personalidad y los bienes jurídicos derivados de estas. Cuando éstos no puedan ser ejercitados por el menor mismo a través de la figura del derecho subjetivo, la tutela se canalizará a través del interés legítimo inherente a la patria potestad en la medida en que esta comporta el cumplimiento de la función social de salvaguardar los bienes jurídicos de la personalidad de los hijos menores (Roca Trías 2005, 216-220). Pensemos que durante la Dictadura ausencia de cualquier derecho personal en el Código Civil -altamente influido por la mentalidad burguesa del legislador decimonónico, más interesado en salvaguardar intereses patrimoniales que personales- no se regula de forma expresa los llamados derechos de la personalidad. Por ello, en el periodo de la dictadura franquista no existía ni derechos fundamentales ni de la personalidad (de Layma Aymá 2003, 107). Ahora bien, pese a discusiones doctrinales sobre su existencia real, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, gracias al trabajo jurisprudencial, el concepto de derechos de la personalidad a través de la responsabilidad aquiliana del art. 1902 CC. A raíz de las anteriores manifestaciones, la autora Layma Aymá afirma categóricamente que cuando los padres niegan o perjudican a la personalidad del menor no se está ejerciendo correctamente la patria potestad. (de Layma Aymá 2003, 109) Lo anterior debe tenerse en cuenta para el abordaje de los siguientes capítulos.

CAPITULO II. DEL EJERCICIO DEL PODER Y LA FEMINIZACIÓN DE LOS CUIDADOS.

1. El interés superior del menor.

1.1 El interés superior del menor como principio rector y el interés del menor invocado en sede judicial.

El interés superior del menor es aquel principio rector que sirve para orientar la actuación del poder judicial en la resolución de asuntos de menores y protección de la infancia, y como ya se adelantó, está regulado en art. 39 CE y art. 92 CC. Es en la LOPJM de 1996 en su artículo 2 donde se este principio cobra contenido teórico y se sostiene que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. La norma adiciona que en los Tribunales primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Se tendrá en cuenta, entre otros, los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad

Hay que invocar, por su utilidad, la reciente reforma del art. 9 LOPJM por la Ley 15/2015 y la jurisprudencia del TS, SSTS de fecha 4 noviembre de 2013 (Rec. 2646/2012):

los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor.

La STS de fecha 10 de julio de 2015 (Rec. 1118/2014)³⁴ resuelve el tema en favor del derecho a la audiencia del menor cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, el derecho a ser oído.

El concepto del interés del menor es objeto de análisis en la STS 19 noviembre de 2015 (Rec. 2724/2014)³⁵ donde se afirma que el interés superior es extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares" y se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas".

Este mismo criterio de la estabilidad emocional con anterioridad había sido aplicado por la jurisprudencia de las audiencias provinciales, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 8 de abril de 2019 (Rec. 1470/2018)³⁶ establece que el interés del niño no puede ser medido "bajo parámetros de confort material,³⁷ pues en el ámbito de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico -derecho francés, son 'besoin de paix, de stabilité, de tranquillité... c'est son équilibre psychique qu'il faut mettre au premier rang»- o al amplio concepto de bienestar aplicando el, 'Welfare principle' anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor

³⁴ Ecli:ES:TS:2015:3158

³⁵ Ecli: ES:TS:2015:4923. FJ nº 4.

³⁶ Ecli: ES:APV:2019:1508

³⁷ De igual modo, sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 18/02/2015 Número Recurso: 807/2014; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 21/06/2006, sección décima, número recurso 124/2000. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 04/03/2009, Número Recurso: 987/2008 todas ellas de la sección décima.

para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo”. En este caso el Tribunal recrimina al padre el fracaso de la custodia compartida por el ocultamiento de datos transcendentales para su ejercicio.³⁸

El problema fundamental del *favor filli* es su utilización en sede judicial, no se motiva lo suficientemente, en cambio “parece que la gravedad de las decisiones que afectan a los menores debería ocupar resoluciones motivadas y extensas en torno al bienestar del menor, la indeterminación normativa se manifiesta en la disparidad de soluciones que respecto de un mismo caso se pueden llegar a ofrecer” (Castillo Martínez 2003, 25).

2. Guarda y custodia vs. patria potestad.

2.1 La feminización de los cuidados.

Las estadísticas arrojan cifras que corroboran que los cuidados hacia la infancia y personas dependientes están realizados principalmente por mujeres. Resulta evidente que las mujeres son las cuidadoras mayoritarias en todos los tramos de edad, un dato que se ha confirmado en la realización de un trabajo de campo desarrollado por Purificación Mayobre e Iría Vázquez (Mayobre y Vázquez 2015, 83). Como datos oficiales contamos con los ofrecidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su informe *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente* señala que a nivel mundial “sin excepción, las mujeres realizan las tres cuartas partes del trabajo de cuidados no remunerado, a saber, el 76,2 por ciento del total de horas dedicadas al mismo. Ningún país del mundo registra una prestación de cuidados no remunerada igualitaria entre hombres y mujeres. Las mujeres dedican en promedio 3,2 veces más tiempo que los hombres a la prestación de cuidados no remunerada, a saber, 4 horas y 25 minutos al día frente a 1 hora y 23 minutos en el caso de los hombres”³⁹ (OIT 2018, 4). Los usos del tiempo, igualmente, evidencian la desproporción en el reparto de tareas de

³⁸ “La necesidad de modificar la custodia compartida y atribuir la misma a la madre, como acertadamente hace la sentencia de instancia, cupiendo añadir que la custodia compartida que en su día se atribuyó a ambos fue gravemente infringida por el progenitor, sometiendo, incomprensiblemente, a la menor a un periplo de viajes diarios ocultando la realidad de la situación, y realizando de hecho una custodia que jamás le habría sido atribuida de haber tenido conocimiento el Juzgado de ello. Y ello, como se desprende del citado informe, perjudicó a la menor de forma clara generando en la misma la angustia que se desprende de dicho informe, pero, además, de forma harto gratuita, por cuanto, debería haber sido el propio progenitor el que hubiese puesto en conocimiento de su esposa y del Juzgado, la imposibilidad de cumplir adecuadamente una custodia compartida, procediendo por ello la desestimación del recurso sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.” (F.J 7º)

³⁹ Disponible el informe completo en inglés y un resumen del mismo en español.

trabajo domésticos y cuidados de hijos e hijas.⁴⁰

Como defiende la antropóloga y educadora ecofeminista Yayo Herrero sobre la complejidad de los cuidados necesarios para la supervivencia de la especie humana:

“La larga concatenación de procesos complejos necesarios para que exista la vida humana ha recibido varios nombres: “trabajos reproductivos”, “trabajo doméstico”, “trabajo de cuidados”, “sus labores” Hemos optado por el término “trabajo de cuidados” porque incorpora, junto a los aspectos más materiales relacionados con el cuidado de los cuerpos vulnerables, una dimensión relacional y afectiva, que tienen que ver, de forma directa con el bienestar humano (Carrasco, 2009). Podríamos definir trabajo de cuidados como aquéllos destinados a satisfacer las necesidades del grupo, su supervivencia y reproducción”. (Herrero 2012, 38)

Con frecuencia, las mujeres ejercen como cuidadoras debido a prescripciones de género, posición de clase, obligaciones sociales o imperativos morales, factores que se interiorizan en el proceso de socialización, que les dificulta o indispone, en muchas ocasiones, plantearse la posibilidad de elegir (Mayobre y Vázquez 2015, 96). Esta situación confirma que, a pesar de los avances legislativos respecto a la igualdad de género y del importante cambio experimentado por las mujeres en las últimas décadas, las asimetrías persisten y que los problemas de corresponsabilidad en el ámbito doméstico perduran. La anterior problemática se concretiza en el trabajo de cuidados realizado, mayoritariamente, por las mujeres y desencadena la dependencia, obligando a las mujeres de la familia a desempeñar un papel muy importante en la conservación de la familia (Mayobre y Vázquez 2015, 97).

Hay estudios que han querido preguntarse en qué circunstancias los hombres asumen los cuidados de personas dependientes. Primero, debemos partir de que el género y el parentesco son pues dos categorías, naturalizadas, que se combinan para estructurar los trabajos de cuidados y para asegurar que mujeres y parientes asuman el compromiso

⁴⁰ Véase tablas del Instituto Nacional de la Mujer disponibles en <http://www.inmujer.gob.es>. ONU mujeres, desde <http://www.unwomen.org>, relata que “Las mujeres tienen una responsabilidad desproporcionada con respecto al trabajo no remunerado de cuidados que prestan a otras personas. Las mujeres dedican entre 1 y 3 horas más que los hombres a las labores domésticas; entre 2 y 10 veces más de tiempo diario a la prestación de cuidados (a los hijos e hijas, personas mayores y enfermas), y entre 1 y 4 horas diarias menos a actividades de mercado. En la Unión Europea por ejemplo, el 25 por ciento de las mujeres informa que las responsabilidades de cuidados y otras tareas de índole familiar y personal son la razón de su ausencia en la fuerza de trabajo, en comparación con el tres por ciento de los hombres. Esto tiene un efecto adverso directo en la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo”.

de cuidar (Aguilar- Cunill 2017, 85). Es interesante destacar que sea cual sea la situación económica, laboral o familiar, los hombres cuidadores siempre cuentan con algún recurso externo que apoya su labor de cuidado. Una de las primeras actividades que se externalizan son los trabajos domésticos que son siempre realizados por mujeres, igual que el resto de actividades hacia los hijos y las hijas que se externalizan de manera remunerada (2017, 92).

A partir de estas manifestaciones podemos concluir que los hombres, salvo la apropiación del trabajo ajeno ejecutado por mujeres en el seno del hogar de forma gratuita, deben recurrir a la trabajadora asalariada para que asuma esas labores de cuidado. Es decir, externalizan los trabajos de cuidado. Lo que nos remonta, necesariamente, al escenario original de apropiación del trabajo de la mujer casada, que no solo asume los propios cuidados de subsistencia para ella misma sino que debe cederlos gratuitamente al resto de miembros de la familia.

Una de las mayores resistencias de ciertos colectivos organizados en asociaciones de padres separados, ha sido incidir en la siguiente falacia: la pensión de alimentos es un dinero/remuneración para la mujer, no para los menores. En estos últimos tiempos ese discurso predominante de ciertos colectivos de padres separados sobre la consideración errónea de la pensión de alimentos para los hijos/as menores como un salario encubierto a la mujer, se ha extendido, y arroja una doble lectura más allá de lo incorrecta de esas apreciaciones (la pensión de alimentos no es una retribución salarial). Por un lado, el hombre no tiene ningún problema en “ver” esos trabajos como necesarios mientras sean gratuitos. Segundo, cuando debe cuantificado el coste de la vida de alimentar y cuidar un o una menor parece que esos costes, fuera de la familia tradicional conviviente, son desmesurados. De tal modo que el trabajo doméstico/ privado, sigue, por tanto, una lógica patriarcal, puede entenderse en sí mismo y sin referencia al ámbito de lo mercantil.

Las mujeres constituyen una clase diferenciada por sus relaciones de servidumbre (Pérez Orozco 2006, 118). Precisamente la economista feminista Amaia Pérez Orozco, en su tesis sobre economía feminista, formula una crítica a la LOIPVG, considera que la norma tiende a dar respuesta a las preocupaciones de aquellas mujeres para quienes el problema está más en el techo de cristal que en el suelo pegajoso. Es decir, aquellas que sitúan el problema en la distinta adscripción por géneros a los dos extremos de la escala laboral, más que a la propia estratificación del mercado, considerando que esta no es

inherentemente una estratificación sexual (Pérez Orozco 2006, 250).⁴¹

Cuando se alega en las sentencias sobre privación de la patria potestad que no se valora la gravedad del abandono del padre de los menores, - al encontrarse los niños y las niñas al cuidado de las madres- lo que se hace es premiar a la parte incumplidora y trivializar los cuidados, como algo fácil y no meritorio y que además “debe hacerse” por parte de las mujeres.⁴² Los cuidados se asumen como una cuestión natural o consustancial a la condición femenina. Como indica la filósofa Carmen Velayos, la gran parte del trabajo productivo que realiza las mujeres es considerado como no productivo. Resulta paradójico, sin embargo, que a pesar de que dichas tareas no estén dotadas de valor económico, la satisfacción de necesidades básicas que ellas comportan es fundamental para que el sistema económico prospere. Sin duda, nuestra economía está claramente sesgada desde el punto de vista de género. El sistema económico actual es posible gracias a la explotación de la naturaleza y el trabajo doméstico, de valor cero (Velayos Castelo 2007, 92).

Como se adelantó, obedeciendo a esa legislación que da contenido al contrato sexual de Pateman (vid. Supra Capítulo I, 1.1), la atribución de la guarda y custodia responde a mandatos patriarcales y sexistas en la distribución de los cuidados. La redacción originaria del Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, disponía en su art. 70 CC que “ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos”. La Ley de 21 de abril de 1958 modificó su redacción: “la ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos: Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas a cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos”. De acuerdo con la siguiente redacción dada al art. 159 CC, por la reforma ejecutada por la Ley 11/1981

⁴¹ Véase Baeza, Paula y Pérez Orozco, Amaia (2006) “Sobre igualdad, dependencia y otros cuentos. Reflexiones para una crítica del anteproyecto de ley orgánica de igualdad entre mujeres y hombres y el proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, Boletín informativo sindical CGT, 106, Junio 2006, www.cgt.es/descargas/Bole-106.pdf

⁴² “Desde luego, no se debe contemplar la bondad de la medida desde la posición de la madre, cuyo sacrificio durante años no encuentra reciprocidad en el comportamiento del padre, sino desde la del menor, cuyo interés, según se ha expuesto, fue razonablemente valorado en la instancia” STS 12 de julio de 2004, FJ 2º. (Rec. 4793/1999).

de 13 de mayo, “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedaran al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”. Esta discriminación fue desterrada tras la modificación del CC por la Ley 11/1990, de 15 octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Y sin embargo su atribución de las últimas décadas mayoritariamente a la madre, salvo el repunte de las custodias compartidas – que será analizado- obedece a un mandato de género.

Lo anterior, concluyo anticipadamente, vulnera la exigencia de los cuidados atribuida constitucionalmente a ambos progenitores y establecida en el art. 39.2 CE, cuyo párrafo tercero, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos e hijas habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor.

2.2 Custodia y ejercicio de la patria potestad. Dos términos no coincidentes.

Tal y como señala Linacero de la Fuente en su manual *Tratado Derecho de Familia*,⁴³ en relación a la patria potestad y, en particular, a la guarda y custodia en el seno de los procedimientos matrimoniales, debe tenerse en cuenta la existencia de una "dualidad normativa" (Linacero de la Fuente 2016).

Efectivamente, por un lado, tenemos las normas que regulan los casos de nulidad separación y divorcio -y sus efectos respecto a los hijos- (artículo 90, 92 y 103.1 CC) y de otro, aquellas centradas en definir los derechos y obligaciones sobre las relaciones paterno-filiales en el ejercicio de la patria potestad (156 y 159 Código Civil). Como vimos al tratar el ejercicio de la patria potestad la confusión sobre el uso terminológico de los conceptos ejercicio y guarda ha dado lugar a confusiones. Los artículos 156.5 y 159 comienzan diciendo "*si los padres viven separados*", lo que ha originado distintas interpretaciones sobre a qué normas se están haciendo referencia.

A juicio de Linacero los artículos 90, 92, 103 CC, podrían considerarse de aplicación preferente a los ubicados en el ámbito de las relaciones paterno-filiales (artículos. 156.5 y 159 CC), cuando concurran situaciones de crisis matrimonial. Apunta la autora que la forma de resolver esa confusión y descoordinación de regulaciones es entenderlas complementarias y sujetas a interpretación conjunta (Linacero de la Fuente 2016).

⁴³ La edición aquí citada, como se dijo, es la disponible en la base de datos Tirant lo Blanch, de 2016, sin paginar.

La guarda y custodia de los hijos menores constituye un deber y facultad del padre y la madre en la esfera personal que lleva consigo el instituto de la patria potestad. Como pudo verse en el capítulo anterior del presente trabajo, suele considerarse que la guarda y custodia es “casi” coincidente con el ejercicio de la patria potestad. No resultando esta imagen del todo cierta, sí nos sirve como marco donde encuadrar, esta figura. La guarda está relacionada directamente con la convivencia de los y las menores. De ese derecho/deber se deriva que los progenitores tienen la función de velar por los hijos y tenerlos en su compañía. La compañía no constituye únicamente una intermediación física, sino que abarca toda la labor de comunicación, cariños y afectos propios del cuidado y del respeto a la libre personalidad del menor (cuestiones que se concretan en los estudios, amistades, vacaciones, estancias en el extranjero, vocaciones, aficiones, extraescolares, alimentación...)

Sobre los porcentajes de atribución de la custodia hay que acudir a la estadística de nulidades, separaciones y divorcios de 2017, publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), en ella se indica que la custodia de los hijos menores fue concedida a la madre en el 65% de los casos de divorcio o separación, cifra ligeramente inferior a la del año anterior (66,2%). El padre obtuvo la custodia en un 4,4% de los procesos (5% en 2016). De otra parte, la serie histórica del INE sobre la custodia compartida, que se remonta a 2007, indica que desde entonces se ha triplicado este procedimiento, al pasar del 9,7% de los casos de ruptura matrimonial de entonces al actual 30,2%. Las cinco autonomías con legislación propia son Cataluña, Aragón, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana, donde el Constitucional anuló en 2016 la normativa por considerar que invadía competencias estatales. Son precisamente esas comunidades, junto con Baleares y La Rioja, las que registran mayor porcentaje de custodias compartidas, según el INE, con cifras que rondan el 40% (y hasta el 48% en algunas Comunidades).⁴⁴

Efectivamente la guarda y custodia cobra protagonismo en situaciones de ruptura matrimonial, porque en aquellas de normalidad de convivencia matrimonial o de pareja, el ejercicio de la patria potestad y, en consecuencia, de la custodia de los hijos/as, corresponderá, en principio, conjuntamente a ambos progenitores. De esta manera, los actos que trasciendan de la función específica de guarda o cuidado del hijo/a, requerirán la intervención del progenitor excluido de aquélla (156.1 CC). Los juzgados, aunque desafortunadamente no acostumbran a hacerlo, deben concretar a modo de protocolo la

⁴⁴ Datos disponibles en: http://www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf

distribución esas funciones propias del ejercicio de la patria potestad, distribuyéndolas o especificando cuáles serán ejercidas por cada progenitor.

La doctrina y la jurisprudencia, partiendo de la regulación establecida en el artículo 156.1 de CC, distingue dos tipos de funciones atribuidas al ejercicio de la patria potestad. Primero, funciones de ejercicio ordinario o cotidiano que puede realizar unilateralmente cualquiera de los progenitores (art. 156.1, segundo inciso CC). Aquí se incluirán aquellas que se realizan en caso de urgencia. Segundo, todas las demás actuaciones que excedan del ejercicio ordinario en las que resulta obligada la actuación conjunta de ambos padres (art. 156.1)

En virtud de lo anterior, podríamos concluir que lo habitual es el ejercicio conjunto de la patria potestad (o en su caso exclusivo) y guarda exclusiva de uno de los progenitores (aunque dependerá del caso y de la atribución del ejercicio concreto)

Sobre las cuestiones que precisan de ser consensuadas, ambos progenitores decidirán sobre las cuestiones que indiquen de manera notable en la vida del menor o la menor. Una de las más discutidas se refiere al lugar de residencia del menor, en la STS 642/2012, de 24 de octubre (Rec.1238/2011), se estableció el cambio de residencia como una de las decisiones que debe ser consentida y negociada por ambos progenitores, además ⁴⁵ de las cuestiones referidas a la educación, la elección del centro escolar, el sistema educativo, la orientación profesional o cualquier cuestión que incida fundamentalmente en el modo de entender la vida. De otro lado se decidirán conjuntamente aquellos aspectos médicos de relevancia como intervenciones quirúrgicas o tratamientos que supongan un grave riesgo a la salud. Necesitarán del consentimiento de ambos aquellos actos realizados dentro de la esfera de la libertad religiosa y de creencias. Segundo, y para favorecer el devenir cotidiano de las labores de cuidado, la guardadora decidirá sobre el régimen de horarios de comidas, actividades de ocio y sueño, aseo e higiene, vigilancia y cuidados en la evolución educativa en la enseñanza reglada, consultas médicas rutinarias u obligatorias dentro del calendario escolar de vacunaciones.

⁴⁵ "Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura".

Es una obligación del progenitor custodio, además de ser lo deseable, en beneficio de la infancia, compartir e informar sobre la salud, bienestar y educación de los menores y las menores.

Sobre el ejercicio de la patria potestad y la custodia son criterios judiciales los siguientes: no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor – cuestión que como vemos confirmó el Tribunal Supremo- y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas al menor y la realización por éste de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.⁴⁶

Es necesario, por tanto, encontrar un criterio que nos permita deslindar guarda y custodia de un lado y ejercicio de la patria potestad de otro, y así poder delimitar concretamente qué decisiones son competencia de cada progenitor y al resguardo de qué institución se pueden tomar unas u otras decisiones. La guarda y custodia comprende, como vimos, el cuidado directo del menor íntimamente relacionado con la convivencia. Por el contrario, las cuestiones que no tienen relación con el cuidado y la convivencia exceden del ámbito de la guarda y pertenecen al ámbito del ejercicio de la patria potestad siendo éste el criterio que permite distinguir ambas figuras (Rodríguez Llamas 2014, 567 y 568).

En relación con la feminización de los cuidados, expuestos con anterioridad, se confirma la atribución tradicional de roles en las recomendaciones de la fiscalía. En la Circular 3/1986, de 15 de diciembre, sobre intervención del Ministerio Fiscal⁴⁷ en los procesos de separación y divorcio se exhortaba a los Fiscales a: 1) interesar el ejercicio de la patria potestad conjunta salvo casos muy excepcionales que se hallen debidamente acreditados y justificados; 2) como regla general la custodia de los hijos en edades

⁴⁶ Acuerdos y manifestaciones” De las conclusiones del IV encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia”, celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

⁴⁷ https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_03_1986.html

tempranas conviene que se confíe a la madre, también con excepciones cualificadas.

Se debe puntualizar, como se viene concretando, que el ejercicio compartido de la patria potestad es lo normal incluso en supuestos de guarda exclusiva, si se establece la guarda conjunta, no puede entenderse que en cada periodo el progenitor custodio ejerce en exclusividad la patria potestad. Para una parte de la doctrina que la alternancia de la custodia se anude al ejercicio exclusivo de la patria potestad por el guardador es contraria a la filosofía de este sistema que persigue una participación activa y simultánea de ambos progenitores en la vida del menor (de la Rosa Cortina 2013, 52).⁴⁸

Como se ha ido exponiendo a lo largo del presente estudio, el derecho civil fue escrito por y para hombres y así fue plasmado en nuestro Código civil de 1889 (Vives Tesón 2012, 1208). La escasa o nula sensibilidad, que a veces, demuestra la judicatura/fiscalía puede verse en el artículo citado que elabora el fiscal/juez de la Rosa Cortina. No realiza ningún análisis sobre las cuestiones de género por lo que sus disquisiciones sobre el ejercicio de la patria potestad devienen sesgadas. A modo de ejemplo, en ningún momento se hace alusión alguna a que los cuidados son dispensados mayoritariamente por las mujeres, ni estudia las graves consecuencias psicológicas y emocionales que conlleva la relación impuesta con un progenitor maltratador. Tampoco refiere ninguna realidad estadística sobre la distribución de roles o la feminización de los cuidados ni profundiza sobre la violencia en la infancia. Es una cuestión que se omite, se habla en genérico de los progenitores sin tener en cuenta una perspectiva de género y la segregación de roles y tareas. Únicamente especifica el sexo salvo cuando se quiere criticar a las mujeres, entonces el discurso se comprende perfectamente. Efectivamente, el fiscal, en el documento citado, subraya el conocido y torticero argumento de las denunciaras falsas y lo hace para referirse muy sucintamente a la violencia de género. Para acto seguido considerar lo siguiente:

El vigente art. 92.7 establece que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o

⁴⁸ Con motivo de la reforma, *Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio de 19 de julio de 2013*, que nunca llegó a aprobarse, el fiscal juez excedente, José Miguel de la Rosa Cortina escribió un artículo sobre “Guarda y custodia compartida: perspectiva de futuro” que puede verse en el siguiente enlace: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PONENCIA%20DE%20LA%20ROSA%20CORTINA.pdf?idFile=073cf177-58a8-4b21-9fb1-da8fb91d9b6f

la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. (...) Parece claro que la custodia compartida es improcedente e inviable en parejas en cuya relación existe violencia pero ya la doctrina cuestionó la necesidad de una previsión expresa y señaló sus peligros. (de la Rosa Cortina, 62)

La lectura completa del texto del fiscal da cuenta del despropósito y de las ideas patriarcales que subyacen como metatexto, más preocupado en no atentar contra los derechos del padre que en abordar los problemas de violencia de la infancia y de las mujeres. El fiscal hace suya la interpretación del Tribunal Supremo sobre las regulaciones estandarizadas, que conducen a la supresión de la patria en caso de violencia de género, y que considera, de ser automáticas, son incompatibles con el principio del superior interés del menor (de la Rosa Cortina, 62). En este idéntico sentido se pronuncia el TS, mediante STS nº 416/2012, de 29 de junio (Rec. 1554/2011), donde considera que el interés prevalente del menor para relacionarse con su padre impide la supresión del régimen de visitas fundada exclusivamente en el hecho de que el padre había sido condenado por violencia sobre la madre, dado que el interés de esta no prevalece sobre el interés del menor. Se declara específicamente que “la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés de la menor, que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de visitas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las visitas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodios que puedan perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses, como el manifestado por la madre” (F.J 4º). Según el fiscal:

Toda regulación sobre patria potestad y guarda y custodia ha de estar necesariamente cimentada sobre el principio del superior interés del menor. Estas instituciones tienen por finalidad procurar el mayor bienestar de sus beneficiarios, los hijos menores. Si lo que inspira la norma es castigar al progenitor que ha cometido actos de violencia estaremos persiguiendo objetivos ajenos a la institución. El castigo debe estar previsto para estos supuestos, pero en el ámbito penal. Es inadmisibles utilizar a los hijos como medio para conseguir la finalidad de sancionar al maltratador”. (de la Rosa Cortina 2013, 62-63)

El sesgo resulta evidente. De la Rosa critica el automatismo cuando lo cierto es que la discrecionalidad en el juez/jueza es lo que precisamente permite la nula aplicación de las medidas relativas a la suspensión o privación de la patria potestad. El problema radica en la falta de motivación de las sentencias en torno al interés del menor, que se utiliza como una mera fórmula al uso reproducida sistemáticamente - y asépticamente- en las sentencias incumpliendo la exigencia constitucional (art. 120.3 CE) que obliga a motivar las sentencias y el propio principio rector del interés superior de los menores.

2.3 Atribución y régimen legal de la guarda y custodia.

Respecto a la atribución de la custodia en las crisis matrimoniales o de pareja, pueden distinguirse tres supuestos: primero, la atribución de la guarda y custodia exclusivamente a uno de los progenitores. Los juzgadores/ras pueden atribuir la guarda y custodia a uno sólo de los progenitores en atención al principio del interés del menor. Se tienen en cuenta la mayor estabilidad material y emocional (preservación del *status quo*) para el menor y/o la menor; el mantenimiento en sus vínculos relacionales, la mayor disponibilidad de tiempo para atender al menor o la no separación de los hermanos/as; segundo, la atribución de la guarda y custodia compartida a ambos progenitores. Dicha medida, según la última jurisprudencia del TS, que tendremos ocasión de estudiar, no tiene carácter excepcional, sino que, por el contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable; tercero, la atribución de la guarda y custodia a un tercero. Con carácter excepcional, el juez puede atribuir la guarda y custodia a un tercero que puede ser abuelas/os, parientes, personas próximas o allegadas o la institucionalización del menor (103.1 y 90 CC). Como ejemplo, STS 47/2015, de 13 de febrero de 2015 (Rec: 2339/2013), en este caso el Tribunal Supremo concede la custodia a la tía paterna de un menor cuya madre asesinó a su padre y se la retira a los abuelos maternos.

Centrándonos en las cifras, según datos oficiales del Instituto Nacional de Estadística, actualmente la guarda compartida está siendo otorgada en el 30% – 35% de los casos frente al 25% en los últimos dos y tres años y frente al 17,9% del año 2013. Únicamente, como ya se vio, en el 5% (aproximadamente) de los casos se otorga la guarda a favor del padre, y el resto es a favor de la madre. Los datos anteriores nos indican que la guarda y custodia compartida está al alza. Pero como vimos, hasta fechas recientes, tradicionalmente las custodias se han atribuido a las madres (Luque Jiménez 2008, 60). Si se analizan las sentencias la mayoría de las guardas atribuidas a las madres, la idea cultural de que las hijos/as están mejor atendidos por las madres. El problema continúa

siendo que en las sentencias no se suele explicar o motivar el *favor filii*. En general los tribunales son escuetos en sus explicaciones. No obstante, a veces si se especifica, tendiendo a priorizar la estabilidad de los menores (Luque Jiménez 2008, 63 y 64).

2.4 Guarda y custodia compartida. El Caballo de Troya.

Las modificaciones de art. 92 CC con motivo de la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, afectaron al principio de corresponsabilidad de los progenitores. Aunque el tenor del anterior art. 92 CC no negaba la posibilidad de custodia compartida, en su redacción vigente dispone expresamente el ejercicio conjunto o compartido de la custodia del hijo o la hija en los procedimientos matrimoniales, no solo cuando lo soliciten ambos progenitores, sino también por disposición judicial, a instancia de una de las partes, con informe no vinculante del Ministerio Fiscal (art. 92.5 y 8 CC)⁴⁹

Con referencia específica a la guarda compartida, con claridad destaca la STS nº 641/2011 de 27 de septiembre (Rec.1467/2008) que la norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor (F.J 5º). La sentencia que se menciona únicamente se centra en el análisis del interés superior del menor al ser el favor filii el único precepto invocado para el recurso de casación. Resulta sorprendente que se afirme tan categóricamente que la finalidad es perseguir el interés del menor, excluyendo de ese interés la igualdad entre los progenitores. Quizá, esta afirmación que pasa desapercibida concretice de un modo ejemplificativo una de las ideas fundamentales de mi trabajo. No puede haber justicia social sin igualdad y la infancia no puede ser protegida sin atender a ese principio de igualdad entre los progenitores. Si bien es cierto, que lo que pretende aclarar la jurisprudencia, es que el bienestar de los progenitores no se antepone al de los menores resulta como poco desafortunado formularlo en esos concretos términos. Hubiese sido preferible un desarrollo más extenso de esa argumentación y la incorporación de una perspectiva de género que está ausente.

Hay que significar que se permite la exclusión de guarda conjunta en determinadas situaciones que impliquen riesgo para la vida, la integridad o la libertad de uno de los

⁴⁹ Mediante la STC 17 octubre de 2012 (Rec.8912/2006 y Ecli: ECLI:ES:TC:2012:185) se declara inconstitucional el inciso favorable del art. 92.8 CC.

cónyuges o de los hijos que convivan en el hogar familiar (arts. 92. 7 CC, artículo 65 LOPIVG). Efectivamente el artículo 92.7 CC "No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las artes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica". Como se verá el artículo 65 LOPIVG, modificada por LO 8/2015 dispone: "El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda o custodia, respecto de los menores a que se refiera".

Por último, la STC 185/2012, de 17 de octubre, como se vio, declaró inconstitucional y nulo el inciso favorable del art. 92.8 CC referido al informe del ministerio fiscal para acordar de modo excepcional y, a petición de un cónyuge, la guarda conjunta.⁵⁰

2.5 Evolución jurisprudencial sobre la custodia compartida.

Como ya se mencionó, la reforma de 2015 introdujo de forma expresa de la guarda y custodia compartida aunque lo hizo de forma muy limitada, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de abril de 2013 (Rec. 257/2013) que tiene precedentes en la doctrina jurisprudencial anterior, fundamentalmente, en la STS 623/2009, de 8 de octubre, señaló que la redacción del mencionado artículo 92 "No permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

Tras la reforma, el art. 92 CC dispone la custodia compartida en dos supuestos: primero si hay acuerdo de los progenitores; segundo, y, excepcionalmente, a falta de

⁵⁰ STC 185/2012:"ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida"(F.J 6º)

acuerdo, a instancia de una de las partes,⁵¹ por la autoridad judicial atendiendo al interés del menor y con informe no vinculante del ministerio fiscal (artículo 92.8 CC).⁵² La última jurisprudencia refleja una tendencia progresiva en favor de la custodia compartida en las crisis de pareja. El Tribunal Supremo, ya harto de repetir, que dicha medida no es excepcional, sino que, por el contrario, es normal y deseable.⁵³ No obstante que sea deseable no la hace impuesta, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 2019 (recurso 4810/2018),⁵⁴ se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial con atribución de la guarda materna.⁵⁵

⁵¹La regla 7º del art. 770 LEC (añadida por la Ley 15/2005) dispone: "Las partes de común acuerdo podrían solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación".

⁵²La STS 29 abril de 2013 FJ 2 "Pues bien, el artículo 92 CC -STS 19 de abril de 2012- establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos. En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la solicitud de uno, al menos de los progenitores. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. El Tribunal Supremo mediante sentencia posterior cambió el carácter dispositivo de la custodia compartida.

⁵³ SSTS 29 de abril (Rec. 2525/2011); 19 de julio (Rec. 2964/2012); 30 octubre (Re.1359/2013); 18 de noviembre de 2014 (Rec. 412/2014); 26 de junio (Ecli: ES:TS:2015:2736 y Rec: 469/2014); 9 de septiembre de 2015 (Rec. 545/2014 y Ecli: ES:TS:2015:3707); 28 enero de 2016 (Rec. 2205/2014 y Ecli:ES:TS:2016:149) , entre otras

⁵⁴ Ecli ES:TS:2019:5644

⁵⁵Merece el esfuerzo reseñar las siguientes sentencias, STS 623/2009, de 8 de octubre: "No es razón fundamental para denegar la guarda compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes. Se enumeran criterios para la determinación del interés del menor en la atribución de la guarda compartida inspirados en sistemas de Derecho Comparado"; STS 579/2011, de 22 de julio que afirma que en la atribución de la custodia ha de primar el interés del menor, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor; STS 154/2012, de 9 de marzo sobre los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida; SSTS 11 de marzo de 2010; 7 y 22 de julio de 2011; 10 de enero de 2012, 29 abril de 2013, entre otras. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, 257/2013 de 29 de Abril de 2013: Custodia compartida: Presupuestos que han de concurrir y valorarse para que pueda adoptarse, en interés del menor, el régimen de guarda y custodia compartida. al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea; Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, 495/2013, de 19 de julio , reitera la doctrina jurisprudencial de la sentencia del TS 29 de abril de 2103; STS de 17 de Diciembre de 2013 donde procede la custodia compartida de los hijos menores a pesar de la mala relación personal de los padres divorciados al no tener incidencia en los menores; STS 619/2014, de 30 de octubre (Rec. 1359/2013): El Tribunal Supremo deniega una custodia compartida porque la conflictividad entre los padres perjudica al hijo menor. Importancia del informe psicosocial (FJnº6), que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; STS 52/2015, de 16 de febrero, en esta sentencia lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial. Según se afirma la custodia compartida: a) fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia; STS 47/2015, de 13 de febrero. El Tribunal Supremo concede la

Sobre la custodia compartida se señalan jurisprudencialmente, entre otras, las siguientes: se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; Se evita el sentimiento de pérdida; No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Sin duda un hito en materia de custodia compartida es la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013.⁵⁶ Por su parte la citada STS 623/2009, de 8 de octubre (Rec. 1471/2006), destaca la ausencia en el Código Civil de una lista de criterios que permitan al juez determinar el interés del menor para justificar la medida de custodia compartida. En definitiva, puede decirse que en la doctrina jurisprudencial se ha consolidado una apertura progresiva hacia la custodia compartida, incluso en modificación de medidas, si bien, lo cierto es que el legislador alude a la excepcionalidad de dicha medida cuando la solicita sólo uno de los progenitores (artículo 92.8 CC). El TS sienta doctrina jurisprudencial y enumera los criterios que permiten determinar el interés del menor para la atribución de la custodia compartida. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable. Las posteriores resoluciones judiciales del TS confirman la citada doctrina jurisprudencial.

Por último, no podemos perder de vista que el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, dispone: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo

custodia a la tía paterna de un menor cuya madre asesinó a su padre y se la retira a los abuelos maternos. Prima el interés del menor que sufre experiencia traumática; STS de 9 de septiembre de 2015 (Rec. 545/2014 y Ecli: ES:TS:2015:3707). En esta sentencia el Tribunal Supremo establece que la discrepancia de los padres no excluye la custodia compartida de los hijos. La sentencia subraya que en este caso con el sistema de custodia compartida "se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia" y "se evita el sentimiento de pérdida; Sentencia del Tribunal Supremo 36/2016, de 4 de febrero. El Tribunal Supremo declara incompatible la custodia compartida con la condena de uno de los cónyuges por delito de amenazas en el ámbito familiar, violencia de género.

⁵⁶ La citada sentencia 257/2013, señala que: "la interpretación de los arts. 92, 5,6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la que se va a tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". El último inciso raramente se aplica para cuestionar el poder del padre y como criterio rector en la adjudicación de la guardas y custodias.

2.6 Jurisprudencia sobre custodia compartida en las audiencias provinciales.

En la jurisprudencia menor se ha ido observando una tendencia a aumentar la concesión de las custodias compartidas. En la SAP Valencia de 15 de abril de 2019 (Rec. 1572/2018)⁵⁷ se dice que intención es aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos (F.J 1º). Sorprende que la palabra "seguir" vaya entrecomillada, sin más explicación, habida cuenta de la feminización de los cuidados en la crianza de los hijos y las hijas. Se observa en este tipo de sentencias un sesgo de género que favorece al poder del padre. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 28 de marzo de 2019 (Rec. 374/2018)⁵⁸, en su fundamento de derecho segundo, se relata, en relación a la custodia, que en el informe elaborado por el equipo psicosocial adscrito a los Juzgados se concluye que ambos están capacitados para el ejercicio de una custodia responsable, y con independencia de cuál hubiese sido el rol que cada uno asumió durante en tiempo de su convivencia, lo cierto es que el resultado de sus entrevistas revela que están implicados en la satisfacción cotidiana de sus necesidades. Lo anterior incide negativamente en el valor de los cuidados y desatiende al bienestar del menor al considera que los roles asumidos con anterioridad a la crisis matrimonial carecen de importancia.

En la disparidad de resoluciones, que podemos ver, otra tendencia es a justificar la adjudicación de las custodias compartidas en post de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. Igualdad que es reivindicada por los hombres. En la SAP de Valencia de fecha 6 de marzo de 2019 (Rec. 1321/2018)⁵⁹ se establece:

El régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos

⁵⁷ Ecli: ES:APV:2019:1523

⁵⁸ EcliES:APO:2019:1236

⁵⁹ ES:APV:2019:1057, FJ 2º

de afectividad con ambos progenitores. (...) y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombre y mujeres en las relaciones familiares (...) no ante cualquier grado de conflictividad deba excluirse la custodia compartida.

En algunas Audiencias Provinciales, como la de Alicante, se llega a apostar claramente por la custodia compartida, considerando el régimen monoparental como excepcional. Sirva de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 24 de enero de 2019 (Rec. 496/2018).⁶⁰

2.7 El enfoque feminista sobre las custodias compartidas.

Si partimos de la feminización de los cuidados y del reparto desigual de las tareas domésticas y junto la crianza de la infancia y dependientes, es lógico pensar que las feministas aspiramos a un reparto igualitario de las tareas y a un ejercicio corresponsable de la maternidad y la paternidad. No obstante, no se puede corregir una tendencia opresiva, aplicando nuevamente normas opresivas que desentienden las necesidades de los menores y obedece, estratégicamente, a una reacción del sistema por corregir los avances en los derechos de las mujeres. No es coincidencia, que sean las custodias compartidas reclamadas, cuando surge una crisis matrimonial en un momento histórico donde las mujeres estamos reivindicando nuestra autonomía. Mi tesis sostiene, que junto la invisibilización de las violencias, el castigo adoptado contra el cuerpo de las mujeres al pretender controlarlas a través de una custodia impuesta no actúa como un mecanismo de ajuste para compensar un desequilibrio histórico y no es una ganancia feminista. Tomar medidas sin haber analizado el origen de las discriminaciones desfavorece, en consecuencia, la protección de la infancia. La adjudicación de las custodias es una manifestación más del poder del padre. Debe prestarse, pues, todas las cautelas a la asignación de custodias compartidas a padres que nunca ejercieron labores de cuidado y sobre todo, deben prenderse todas las alarmas, cuando estas asignaciones se producen auspiciadas por discursos misóginos como la aplicación del síndrome de alienación parental (en adelante SAP), entre otros.

⁶⁰ Ecli:ES:APA:2019:306.

En orden a responder, pues, cuándo debe proceder la custodia compartida coincido en el análisis con la psicóloga Soledad Maruaga, cofundadora de la Asociación Mujeres para la Salud, cuando afirma que los casos minoritarios en que la pareja se pone de acuerdo en ejercer la custodia compartida, observamos que esta opción tiene muchas ventajas para sus hijas e hijos. Son parejas que reúnen, según la autora, las siguientes características: no ha existido Violencia de Género en la relación; Ambos, padre y madre desean ejercer la custodia compartida; ambos progenitores han ejercido equitativamente y desde el principio de su relación, los cuidados, tanto físicos como afectivos, de sus hijos e hijas y ambos poseen las habilidades necesarias para continuar realizando estas tareas personalmente y por separado; ambos tienen recursos económicos suficientes para mantener el cuidado y educación de los y las menores. En caso de existir un desnivel económico, logran ponerse de acuerdo en una compensación que mantenga a sus hijos en un nivel de vida parecido; tienen la posibilidad, el padre y la madre, de tener sus respectivas viviendas situadas y acondicionadas de forma que les permite a sus hijas e hijos continuar su rutina diaria de colegio, amistades y actividades, sin grandes cambios en sus dos hogares; ambos les educan y les crían con pautas similares; no utilizan a los hijos e hijas para transmitirles sus propios odios, rencores y frustraciones. Es decir, para que la custodia compartida sea positiva para los y las menores es necesario que ambas personas, padre y madre tengan unos mínimos de madurez emocional, además de recursos económicos, afectivos y las habilidades básicas necesarias para cuidarles y educarles (López de Guereñu 2011, 14-16).

Lo que sigue sorprendiendo de las sentencias de modificación de medidas es que algunas carecen de motivación en el orden de justificar las atribuciones. En la mayoría de los procedimientos no había intervención del ministerio fiscal y si lo había, no constaba y no se tiene, apenas nunca en cuenta, que los padres hayan ejercido la parentalidad de forma responsable. La custodia compartida es a lo que debemos aspirar como ejercicio saludable de corresponsabilidad “pero los casos que están llegando a los Juzgados no son eso”. En muchas ocasiones se solicita para obtener ventajas económicas, eliminar la pensión de alimentos o evitar la asignación de la vivienda familiar a la madre (CerrillosValledor 2011, 31). En todo caso, para que la custodia compartida deba darse tienen que existir “condiciones mínimas de colaboración” (Palacios González 2016, 32).

3. Privación patria potestad

3.1 Concepto y regulación. Las violencias entremuros.

En la macroencuesta realizada por el instituto de la mujer en el año 2000, con una muestra de 20.552 mujeres mayores de 18, un 12.4 de las mismas reportó que se encontraba en una situación de “violencia familiar”. En contraste, “tras preguntarles sobre si habían sufrido malos tratos en el último año, solo la tercera parte de ella se consideraba víctima de maltrato” Añade la autora, responsable del estudio, la diferencia entre los indicadores y la percepción subjetiva de estar o no siendo maltratada evidencia “una tolerancia ante las situaciones de maltrato” (Fernández Alonso 2001). Un dato que la autora enfatiza, en la revisión de 52 estudios, es que, de un total de 97 factores potenciales de riesgo estudiados, el haber sido testigo de violencia familiar en la niñez o en la adolescencia, era el más claramente relacionado con ser una esposa maltratada (Fernández Alonso 2003, 27).

Lamentablemente no suele estudiarse en la asignación de las custodias o la privación de la patria potestad la existencia de cualquier tipo de violencia intrafamiliar, en particular violencia ejercida contra las mujeres. Y es que la mayoría de las mujeres violentadas no denuncian o acuden a la justicia en vía penal, por lo que esas violencias emergen en caso de crisis matrimonial y judicialización de los asuntos en la vía civil.

De tal modo, el debate de cómo articular los cambios necesarios que influyan directamente en el bienestar de las mujeres se abre hacia dos posibles transformaciones. Hay autoras que abogan por la transformación del cuerpo normativo como vía para incidir de forma directa en las realidades de las mujeres y quienes consideran que los cambios deben ser más excelsos y afectar de lleno a la estructura del sistema patriarcal, elevando como valores éticos la defensa de las mujeres y la infancia y con el reconocimiento expreso de las causas que las motiva. En este sentido Rita Segato, en su magnífico libro *Las estructuras elementales de la violencia* afirma que sin bien cree sin restricciones en que la sensibilidad ética feminista es la única capaz de desarticular la moralidad patriarcal y violenta en vigor, atribuye al derecho un papel fundamental (Segato 2010, 123). Es más, advierte, con buen criterio, que el derecho entendido como un sistema de nombres y una herramienta de propaganda y expansión de ideas, puede derrumbar la convicción de que la ley solo puede afectar o incidir, a través de sus postulados, en la eliminación de formas de discriminación y dejar indemnes las convicciones profundas y/o los prejuicios. Indica Segato que sostener lo contrario es desconocer el valor simbólico de la ley, que, aunque

lentamente, incide en la moral, costumbres y el sistema prejuicio del que emanan. “Es por eso que la reforma de la ley y la expansión permanente de su sistema de nombres es un proceso imprescindible y fundamental” (Segato 2010, 125).

Colaizzi arguye que la sociedades patriarcales no solo controlan los medios de producción, “sino también sistemas de propiedad lingüística y cultural; sistemas en los que el nombre del padre es el único “nombre propio”, el nombre que legitima y otorga autoridad y poder, el logos que controla la producción de sentidos y determina la naturaleza y cualidad de la relaciones, el modus propio de interacción humana” (Colaizzi 2006, 113-114)

Pensemos en que una paternidad despegada ha sido bien vista y legitimada por el sistema de derecho. Han sido constante los pronunciamientos disculpando el comportamiento masculino de la ausencia o abandono de hijos e hijas. Permitiéndose lo que yo denominaría el “padre pródigo” que puede decidir cuándo volver al mundo de sus hijos/hijas sin que ningún reproche legal pueda hacerse de contrario, avalado por el supuesto interés de los hijos de conservar un perpetuo contacto con su padre (pese a que sean los propios menores quienes manifiesten lo contrario). En realidad, si el Derecho lo que pretende es sostener esa comunicación con ambos progenitores es un absurdo no admitir la privación de la patria potestad ante supuestos, que lógicamente merezcan de esa sanción jurídica, en la medida que no siempre se suspenden las posibilidades comunicación y visitas necesariamente con la privación. Lo que me lleva a concluir que lo que está en profundo cuestión es el poder de decisión, la posibilidad de veto o intervención. En definitiva, el control. Cuesta creer que un padre ausente ocho años de la vida de su hijo/a, que ha incumplido sistemáticamente régimen de visitas y alimentos, pueda tener conocimiento para decidir válidamente y repercutir en el sistema de valores y elecciones del menor. Que el derecho esté amparando esa imprescriptibilidad de la figura paterna no obedece al tan nombrado, y apenas motivado jurisprudencialmente, *interés del menor o la menor* sino a todo un sistema arcaico de valores al servicio del sistema patriarcal. Resulta una postura poco científica, defendida desde muchos equipos psicosociales, aquella que sostiene que un regreso imprevisto de un padre ausente -no digamos ya de un padre violento- no provoca ninguna afección o riesgo en las menores y los menores. La capacidad de usurpar los espacios y tiempos, con el estrés que genera cambios tan radicales en la infancia, es minimizado. Muy frecuentemente ante la lectura de una sentencia sobre patria potestad en relación a la posibilidad de privar o suspender la patria potestad, no se aprecia un debate sobre el bienestar del menor, lo que se observa

es una defensa de los “derechos del padre” y ello pese que el discurso oficial se sostenga entorno a otros dispositivos jurídicos como son el *favor filii* y la defensa de la infancia. En este punto conviene recordar las palabras de Stuart Mill “el cuidado de la familia y los hijos/as y de la mujer es solo cuidar de ellos cuando sirven a sus intereses” (Stuart Mill 2010, 97).

Retomando la regulación sobre la patria potestad, hay que significar que la privación de la patria potestad supone la extinción solo para quien la ejerce, pero se mantiene para los menores y las menores. Tres supuestos, como se verá, permiten la extinción. primero, por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma; segundo, por sentencia dictada en causa criminal; tercero, por sentencia dictada en el procedimiento matrimonial (Díaz- Ambrona Bardají 2004, 73).

La medida de la privación de la patria potestad está recogida en el artículo 170, según la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y se alza como una medida de carácter esencialmente temporal, de modo que la vigencia de sus efectos cesará cuando el progenitor privado recupere la titularidad. Es una medida, como se ha encargado de indicar la jurisprudencia, de carácter excepcional siendo en todo caso preceptiva la intervención judicial tanto en su establecimiento como en su recuperación. Igualmente cabe destacar su excepcionalidad, lo que comporta que no baste para su adopción cualquier incumplimiento, sino que éste debe ser gravemente perjudicial para los hijos y las hijas, constituyendo teóricamente el interés del menor el principio normativo esencial para su aplicación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2005 (Rec. 1540/1999), sobre los criterios para su aplicación declara:

(...) sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996 , entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996 , entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel o incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo.

Por su parte, la STS de 12 de julio de 2004 (Rec. 1947/2000) señala que la privación de la patria potestad, sin embargo, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino solo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor.

3. 2 Criterios generales sobre la aplicación del artículo 170 CC.

Postula el artículo 170.1 del Código civil, que "el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial". Como ya se indicó, la privación será declarada mediante sentencia firme sustentada en dicho incumplimiento.

La privación se formula de manera abstracta, dejando un amplio margen de discrecionalidad a los juzgadores/ras que tendrán que valorar en el caso concreto su aplicación. En este sentido, la doctrina ha discutido sobre el carácter sancionador o no de la medida y la finalidad protectora del menor y la menor. Este carácter tutelador se justifica en la necesaria protección que el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, debe otorgar a la infancia. Con la aplicación de la medida, advierte un sector de la doctrina, se protegen los intereses del menor, pero a su vez se "castiga" al progenitor, por lo que no es de forma exclusiva la protección de los intereses de los hijos lo que se pretende con la aplicación de la medida. Seisdedos Muíño dice que "la privación de la patria potestad es un castigo previsto por la Ley para aquellos progenitores que incumplan gravemente sus deberes o que, en general, se comporten de forma claramente lesiva de los intereses de sus hijos" (Seisdedos 2011, 558). En el mismo sentido, insistiendo en el carácter sancionador de la medida se manifiesta Pérez Álvarez (Pérez Álvarez, 2016, 401). Por otra parte, la mayoría de la doctrina entiende que un planteamiento objetivista y no culpabilístico y que no tiene una finalidad sancionadora sino protectora de los derechos de los menores y las menores (Miralles González, 2000, 1211; Ruisánchez Capelastegui, 2006, 38 y 39; Linacero de la Fuente, 2016, 404; Castillo Martínez 2010, 156 y 168).

Así, mientras que algunos autores y autoras se manifiestan de forma favorable a la exigencia de imputabilidad, otros consideran que la privación de la patria potestad no es cuestión de imputabilidad, sino de circunstancias de hecho concurrentes, como es la no prestación de atenciones y cuidados inherentes a la patria potestad (Castillo Martínez 2010, 231-236). Otro sector de la doctrina considera que, en beneficio del menor, la

privación de la patria potestad no requiere imputabilidad en el progenitor, sino que deberán aplicarse otras medidas que comporten la suspensión cuando estas se den.

Para la privación se exige el incumplimiento de los “deberes inherentes” a la patria potestad. En algunos casos, los Tribunales han considerado que el incumplimiento de pensión de alimentos implica dejación de la patria. Sirva de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 (Rec. 506/1994) que estima la privación por desatender por completo al menor (solo abonó 11 meses de pensión) y en idéntico supuesto la STS sala 1ª, de 11 de octubre 2004 (Rec. 5226/1999). En la jurisprudencia menor, sentencia de fecha 21 de marzo de 2014 de la Audiencia Provincial de Melilla (Rec. 99/2014)⁶¹ “No es de extrañar, pues, que ante la situación y experiencias vividas dicha menor ni siquiera desee verlo y, menos aún, estar con él, bajo ningún concepto”. Se acuerda la privación y ningún tipo de comunicación “denegándole cualquier derecho de relacionarse con ella”

En sentido contrario, existe mayoría jurisprudencia sobre la no retirada de la patria. En algunos casos incluso culpabilizando la ausencia del padre a una actitud maliciosa de la madre. El Tribunal Supremo mediante sentencia de 6 de julio de 1996, no acuerda la privación y pone el foco en la actitud de la madre por no haber reclamado previamente el pago de la pensión de alimentos del padre.

Con relación a la ausencia voluntaria del padre, sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 25 de julio de 1996, en este caso el padre desatendió a su hija pocos meses después de su nacimiento. Existe privación por despreocupación de sus hijas en todos los sentidos, sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 31 de diciembre de 1997 y sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de diciembre de 1996, no puede entenderse que hay de beneficioso para un menor el mantenimiento de una titularidad de “un padre que los ha abandonado y no ha manifestado ningún interés por ellos, durante un tiempo que cuando se interpuso la demanda era superior al año”.⁶² Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre (Rec. 5226/1999) confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no

⁶¹ FJ 4º

⁶² En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 152/2003, de 21 de marzo “desatendiendo de forma absoluta y manifiesta todos los deberes inherentes a la patria potestad”. Es un caso de abandono material y moral que ha sufrido la menor durante más de diez años.

poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo, Rec. 2046/2001). En la misma línea la sentencia STS 711/2016, de 25 de noviembre (Rec. 2224/2015)⁶³ en supuesto de homicidio en grado de tentativa de la esposa, que provocó la privación de la patria potestad de la hija.

De otro lado, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 25 de junio de 2014 (Rec. 596/2014)⁶⁴ aun existiendo pruebas de la desatención puntual u ocasional de la madre hacia su hija, añade el Tribunal no cabe concluir que haya existido un desentendimiento absoluto de sus obligaciones materno-filiales, y dicho acervo probatorio no es suficientemente concluyente como para poder determinar que la privación de la patria potestad respecto de la progenitora demandada sea eficaz y adecuada en orden al interés prevalente, que es la protección de la hija. Y ello es así por diversas circunstancias, entre ellas el dato de que la madre no recoja a la hija del colegio únicamente ha sido constatado una vez y no conllevó ninguna situación negativa específica para la menor, debiéndose a una confusión puntual en cuanto al cumplimiento del régimen de visitas.

Sin embargo, en otras ocasiones se deniega la privación de patria potestad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 7 de marzo de 2013 (Rec. 1213/2012) dispone que la falta de asistencia económica y el incumplimiento del régimen de visitas no tienen que determinar *per se* la privación de la patria potestad; Dice la sentencia: “no se ha acreditado que la incomunicación con el padre haya resultado perjudicial para el interés del menor” (F.J 2º). En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Tenerife de fecha 26 de abril de 2018⁶⁵ (Rec. 23/2018)⁶⁶ añade que la nula relación del padre con los menores en los últimos dos años es cuestión que debe ser objeto de normalización con el cumplimiento de las medidas

Sobre malos tratos hacía las madres, sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 de mayo de 2009 (Rec. 141/2009).⁶⁷ En esta sentencia, poco habitual, se

⁶³ Ecli: ES:TS:2016:5164

⁶⁴ Ecli: ECLI:ES:APCO:2014:6

⁶⁵ En esta sentencia se considera que la actitud de rebeldía procesal “que el demandado no se persone en el procedimiento es un derecho procesal que le asiste del que no puede entenderse que se desentienda totalmente de los menores” FJ nº2. El sentido contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 4 de julio de 2017 (Rec. 233/2007) “actitud procesal pasiva... al no efectuar alegación alguna respecto del recurso formulado de contrario, lo que nos confirma en la veracidad de las manifestaciones que en aquel se contienen, respecto de la dejación absoluta, por parte del apelado, de los deberes inherentes a la patria potestad” (F.J 3º)

⁶⁶ Ecli: ES:APTF:2018:246. FJ 3º.

⁶⁷ Ecli: ES APPO:2009:1037

afirma que la manera de ser del padre “violenta gravemente la paz y la armonía familiar”⁶⁸. La sala reflexiona cómo sería posible que ejerciera de buen padre un maltratador. Sin embargo, la sentencia de primera instancia no consideraba “violento” los actos de maltrato del padre a la madre pudiera violentar a las menores⁶⁹.

Sobre las situaciones de abusos sexuales suele darse la suspensión de patria, visitas y comunicaciones hasta que recaiga sentencia penal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 1998. En el mismo, sentido Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de enero de 2009 y sentencia de Audiencia Provincial de las Palmas de 19 de diciembre de 2008.

Por su importancia merece la pena la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de enero de 2017 (Rec. 1148/2016).⁷⁰ El Tribunal Supremo retira la patria potestad de un hijo a un hombre condenado por abusos sexuales. La Sala I expone que no está capacitado para el ejercicio de la patria potestad, la sentencia de segunda instancia⁷¹, acuerda que la privación de la patria potestad se mantendrá hasta que se declare extinguida en su integridad la pena privativa de libertad. El Supremo critica duramente la sentencia casada y considera la sala de apelación que los actos apreciados para la privación de la patria potestad no son actos que hayan directamente afectado al propio hijo, sin que se haya acreditado que la privación de la patria potestad sin límite temporal reporte algún beneficio al menor, por lo que no existiría razón suficiente para privar de la patria potestad más allá del tiempo de cumplimiento de la condena. Dice el Supremo:

⁶⁸ Pues bien, el tribunal considera que ello no es posible, no es conveniente ni justifica el interés de las hijas un contacto ni siquiera muy reducido del demandado con las mismas, respecto de las que no convencen a la Sala que tenga interés por ellas más que para descubrir el domicilio de su ex mujer y utilizándolas de excusa al efecto (F.J 2º)

⁶⁹ “Así pues no compartimos la tesis del juzgador a quo cuando afirma que “la conducta violenta del padre respecto de la madre resulta del todo punto reprobable, y no se desconoce que ha debido tener cierta trascendencia para las hijas, testigos de los hechos. No obstante, las menores han convivido y conocen a su padre, quien no consta haya realizado acto violento alguno hacia ellas. El conocimiento de la situación que existió durante la convivencia familiar no excluye que las niñas tengan conciencia de su padre, por los deberes inherentes a la patria potestad determine un riesgo o daño para el menor que deba suprimirse mediante esta solución. Pero sin perder de vista que el mantenimiento de la patria potestad, lo que es tanto como decir el mantenimiento del vínculo entre padres e hijos, es un bien para los menores”

⁷⁰ Ecli: ES:TS:2017:13

⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 12 de febrero de 2016 (Rec 504/2015 y Ecli:ES:APPO:2016:34) “Pero no se trata de actos que directamente hayan afectado al propio hijo, ni hay constancia de que la privación de la patria potestad, sin aditamento o límite alguno, reporte algún beneficio al menor o convenga al interés del menor. Por ello entendemos que no hay razón suficiente para privar de la patria potestad más allá del tiempo de cumplimiento de la condena, espacio de tiempo durante el cual la patria potestad conjunta sí puede constituir algún inconveniente” (F.J 2º)

De la referida doctrina jurisprudencial se deduce que en la sentencia recurrida no se han seguido las pautas jurisprudencialmente establecidas, pues constando la condena por abusos sexuales de la hija habida por su pareja en anterior relación, no se necesita un especial esfuerzo de razonamiento para concluir que Alfonso , hijo del Sr. Evaristo y hermano de vínculo sencillo de Eugenia , está sometido a un grave riesgo, ante la falta trascendental de incumplimiento de sus obligaciones de respeto y cuidado para con la menor hija de Dña. Flora . Quien ha incurrido en una grave agresión sexual a la hija de su pareja pone en un riesgo y peligro cierto a su propio hijo, con el que convivió escaso tiempo en régimen familiar con Dña. Flora y Eugeni (F.J 2º)

3.3 Privación total o parcial y diferencia entre privación y exclusión.

La privación o parcial se encuentra regulada en el artículo 170.1 del Código civil. El precepto recoge de forma expresa la posibilidad de que la privación de la potestad de los padres y las madres dictada en sentencia judicial sea total o parcial. En el primer caso, el progenitor afectado por la medida perderá todas las facultades que comporta la titularidad de la potestad, siendo la misma compatible con el derecho de visitas y régimen de comunicaciones; mientras que el segundo caso supone una suspensión sobre una parte del contenido integrante de la institución. En el ámbito de la privación parcial, Castillo Martínez, con acierto, aboga que, a los efectos de determinar lo que supondría una privación parcial de patria potestad, podría localizarse un cierto paralelismo entre esta y el supuesto de atribución parcial de determinadas funciones tuitivas que implican un ejercicio incompleto de su potestad por parte del progenitor respecto de los hijos menores (Castillo Martínez 2010, 264-265). A los efectos meramente explicativos cito la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha de 4 de marzo de 2014 (Rec. 80/2014),⁷² donde se revoca la sentencia de primera instancia que privó parcialmente de la patria potestad al padre manteniendo la necesidad de autorización paterna o en su caso judicial para salir del territorio nacional. En la sentencia revocada se confunden las figuras de privación parcial y privación total y las atribuciones que implica la titularidad de la patria en relación a su ejercicio.

⁷² Ecli:ES:APBU:2014:874

Especial atención merece, para evitar inducir a errores, las diferencias entre exclusión y privación de la patria potestad.⁷³ La privación de la patria potestad tiene carácter constitutivo mientras que la resolución judicial que resulta de la exclusión de la patria potestad es meramente declarativa. Y esto es así porque la causa de la exclusión es de origen.

3.4 Pérdida de titularidad de la potestad paterna/materna.

La consecuencia inmediata de la privación de la patria potestad a los progenitores comporta que el progenitor afectado por la resolución judicial pierda la titularidad de su potestad paterna/materna sobre el hijo o la hija menor. La pérdida de la titularidad no implica la pérdida de todos los deberes de cuidado. Así, en el supuesto de privación total de la patria potestad a uno de los progenitores, este seguirá conservando la obligación de velar por el hijo y la hija y de prestarle la asistencia necesaria, al igual que ocurre en el supuesto del padre excluido en virtud de las causas del artículo 111.1 CC dándose así cumplimiento en ambos supuestos al deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos del artículo 39.3 CE hasta que el hijo sea independiente económicamente, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar la normativa sobre causas de extinción de la obligación de alimentos entre parientes. El supuesto de la privación encuentra su fundamento en el artículo 110 del Código civil, que recoge de forma expresa dicho deber de alimentos que corresponden a los progenitores que no ostenten la titularidad de la patria potestad, incluyendo la doctrina a los progenitores privados ostentará tal deber, con independencia de que tenga o no la titularidad de la patria potestad.

3.5. El derecho a comunicarse con el menor

En la actualidad se han originado discrepancias jurisprudenciales en torno a la posibilidad de que se fije el derecho de visitas al progenitor privado de la potestad. Así, mientras que para algunos autores la concepción de la privación de la potestad se establece como sanción y, por tanto, les resulta difícil comprender que los progenitores sigan ostentando el derecho de visitas, para otros el punto de partida de la privación de la potestad de los padres es la protección del menor, siendo, por tanto, el enfoque del reconocimiento de tal derecho distinto. El artículo 160.1 dice que “los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los

⁷³Se explica las diferencias entre exclusión y privación en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 02/02/1999 (T1 2.160)

adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”. Se observa que el precepto no plantea de forma específica el supuesto de privación de la titularidad. No obstante, esta falta de precisión ha sido esgrimida por doctrina y jurisprudencia como argumento esencial a favor de la permanencia del derecho de los padres a comunicarse con los hijos y las hijas. La STS de fecha 30 de abril de 1991 mantiene las comunicaciones pese a ser privado de la patria potestad al padre en relación al artículo 161 y 160 del código civil. En casos de que la privación vaya acompañada de la comisión de delitos de la que traigan causa como los abusos sexuales se suspende, lógicamente, el régimen.

Sorprende, o al menos suscita inquietud, que los Juzgados aludan a que el mantenimiento de las comunicaciones se formula en beneficio del menor y la menor. Igualmente, la opinión mayoritaria de que deben ser, en la mayoría de los casos, mantenidos/forzados/recuperados los vínculos con los padres. Y esos posicionamientos se adoptan con pleno desconocimiento de los daños psicológicos que se derivan de una paternidad forzosa e impuesta tras una ausencia prolongada del progenitor sin manifestación alguna de amor o afecto previa.

Por otro lado, si realmente fijaran la atención en el interés del menor, entenderían las dificultades que ostenta en la práctica ejercer una maternidad o paternidad en solitario, pero condicionada a los autorizaciones o consentimientos del otro progenitor ausente o distante, que desatiende sin miramientos el cuidado, las visitas y los alimentos. Esta práctica, demasiado habitual y extendida, es legitimada judicialmente cuando el ausente es el padre. Se da por hecho que el niño o la niña en realidad no está desatendido porque el progenitor, titular de la patria potestad, no se fue abandonándolo/s en mitad del bosque o la carretera, lo dejó -o se imaginó- estarían al cuidado de la madre. Finalmente, es que esa labor de cuidado -de otro modo inevitable- se premia al incumplidor y se castiga a la parte que ejerce en solitario esas tareas (desvalorizadas) pero sin poder alguno en torno a la toma de decisiones, siempre condicionada al padre pródigo decida o no, pronunciarse. Muchos de los fallos judiciales sobre la patria potestad se dictan en rebeldía y en ocasiones, esta rebeldía judicial, ni siquiera es obstativa o significativa para dar buena cuenta del desmandamiento en el ejercicio de las funciones parentales.

3.6. Especial relación entre la privación y el ejercicio. Rehabilitación de la patria potestad.

De la doctrina expuesta podemos extraer las siguientes conclusiones: la patria potestad está concebida legalmente, al menos formalmente, en beneficio de los hijos y las hijas y

requiere el cumplimiento de los deberes descritos en el art. 154 CC; cualquier limitación al ejercicio debe estar de acuerdo con el principio de protección del interés superior del menor; la privación de la patria potestad, según repetida jurisprudencia, ha de reputarse excepcional por su gravedad; en caso de abandono del padre y ausencia del padre, puede optarse por la solicitud de suspensión del ejercicio (más viable en sede jurisdiccional). Al respecto, sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 16 de febrero de 2015 (Rec. 45/2015)⁷⁴ señala que:

Sin embargo, ni semánticamente ni sustancialmente pueden equipararse ambas situaciones: la suspensión supone que la patria potestad persiste, y como tal puede invocarla el menor, mientras que la privación comporta la idea de desaparición, por más que se pueda recuperar. No es lo mismo que se suspenda el ejercicio de la patria potestad para facilitar la realización de determinadas gestiones o, en general, superar las dificultades que derivan, desde el punto de vista judicial y administrativo, del hecho de la ausencia del padre, que se prive a éste de la patria potestad. Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa que se concreten a las funciones con relación a las cual se atribuye en exclusiva a la demandante el ejercicio de la patria potestad. La naturaleza de los motivos que determinan la suspensión y la dificultad de especificar a priori el conjunto de deberes y funciones que integran esta función paterno-filial desaconseja delimitar o enumerar un catálogo de supuestos que inmediatamente serían superados por la evolución de los acontecimientos y la vida diaria, por lo que, teniendo en cuenta que de lo que se trata es de dar una solución a la ausencia del progenitor no custodio, se considera que no procede hacer una relación circunstanciada, sino que la exclusividad del ejercicio ha de atender al conjunto de funciones inherentes a la patria potestad.

El artículo 170 del Código Civil prevé la posibilidad de que los tribunales puedan, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación. Parece por tanto que la Jurisdicción Civil

⁷⁴ Sobre la confusión entre el ejercicio conjunto y la pérdida de la titularidad que conlleva la privación: Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de fecha 11 de febrero de 2015, Rec. 474/2014 y ECLI:ES:APC:2015:290.

podrá rehabilitar la patria potestad al progenitor privado de ella por Sentencia penal, situación no posible durante el tiempo de la condena en los casos en los que la Jurisdicción Penal haya optado por la pena de inhabilitación.

3.7 La privación de la patria potestad en la jurisdicción penal

Las penas de privación e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad en el CP se definen en el artículo 46 del CP siendo que la primera priva del derecho, y la segunda, de su ejercicio.

La inhabilitación tiene una limitación temporal referida a la duración de la condena mientras que la privación sin limitación (al menos inicialmente). Con carácter general, el Código Penal prevé la imposición de las penas de privación de patria potestad y de inhabilitación especial para su ejercicio como penas accesorias a las de prisión en los artículos 55 y 56, en ambos casos con carácter potestativo y cuando se fundamente la relación directa entre la patria potestad y el delito. No hay ningún precepto en el Código Penal que prevea la imposición imperativa de la pena de privación de la patria potestad.

Respecto a la inhabilitación especial para su ejercicio, solo es obligada su imposición en los delitos de los artículos 221 y 225 bis del Código Penal (supuestos de sustracción y entrega de menores a cambio de precio). En estos casos se prevé la inhabilitación por tiempo de cuatro a diez años. Por otra parte, la pena de privación de la patria potestad está prevista como pena de imposición potestativa (se dice “el juez podrá imponer razonadamente”) en el artículo 192. 3 del CP en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. También está prevista como pena de imposición potestativa en los artículos 55⁷⁵ y 56 del CP como pena accesoria a las de prisión de diez o más años exigiéndose que guarden relación con el delito imputado, pudiendo el juez optar por la pena de inhabilitación especial para su ejercicio o no imponer ninguna de ellas.

En cuanto a la pena de inhabilitación especial, siempre con carácter potestativo en las modalidades de delitos de abandono de familia previstos en el artículo 226 y 229 a 232 y en determinados delitos contra las relaciones familiares (artículos 220 y 221 del CP) ; en la mutilación genital del artículo 149; en los delitos de violencia habitual del artículo 173.2 del CP; en el maltrato físico del artículo 153; en las amenazas leves del 171.4 y 5; Como pena de imposición imperativa se prevé, como anticipé, solo para el

⁷⁵ Reformado por la ley 5/2010 de 22 de junio.

delito del artículo 221 referido a la “venta” de menores y en art. 225 bis, de sustracción de menores.

La STS de fecha 15 de diciembre de 2010 (Rec. 10315/2010), se ocupó de la cuestión de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, señalando que dado el carácter facultativo de su imposición, como se desprende del art. 46 CP, y siendo la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta pena "es necesario exigir una prueba -pericial o de otro tipo- a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor; en consecuencia, de no existir prueba o de ser esta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena" (F.J 5º)

Lo que resulta sancionable jurídicamente son afirmaciones como las que siguen, desconociendo la violencia sufrida por los menores y contra las mujeres. De nuevo la perspectiva de género está ausente y el interés del menor es inocuamente “aplicado”. El TS, avalando la tesis mantenida por la SAP de Toledo de 26 de junio de 2009 (Rec. 1/20009),⁷⁶ sobre el interés superior del niño y en relación al daño de los menores, advierte que no se puede atender:

(...) al daño psíquico, afectivo o moral, etc., que, naturalmente, produce un hecho de esta naturaleza en los hijos menores, pues la privación de la patria potestad al padre no va a paliar o reducir esos daños, sino al contrario, probablemente los acrecienta. (F.J. nº5)

La mencionada sentencia concluye que no hay prueba que demuestre que la relación con el padre pueda provocar daño a los menores.

De hecho, esta es la tendencia habitual. No sorprende a la vista de lo anterior, la baja aplicación del artículo 544 bis y ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con las medidas cautelares y la orden de protección. En 2016, se adoptaron escasas medidas de protección de las derivadas de las órdenes de protección y otras medidas cautelares (incluidas todas 544 bis y ter) sobre suspensión de la patria potestad. Solo se acordó la suspensión de la patria potestad en un 0,4% de los casos y un 4.6% para la suspensión de la guarda y custodia. En el último informe de 2018, los datos reflejan que únicamente 59 veces se limitó el régimen de visitas, 18 veces la patria potestad y 63 veces

⁷⁶ Ecli: ES: APTO:2009:678

guarda y custodia. Se aprecia un descenso de la adopción de medias desde 2008. Efectivamente, las series anuales evidencian una disminución. De 14.972 denuncias presentadas y tramitadas en 2018 solo en 140 ocasiones se suspendió el ejercicio de la patria potestad. En el Informe Trimestral sobre Violencia de Género elaborado por el CGPJ se aprecia, y confirma, como las cifras no aumentan. Se da la siguiente estadística: 0,3% para privación de patria potestad y 4,7% para suspensión del régimen de visitas.⁷⁷

En los supuestos de homicidios/ asesinatos consumados e intentados, es frecuente la imposición de pena de privación de patria potestad asociada al artículo 55 del CP sobre todo desde STS 568/2015, de 30 de septiembre de 2015 (Rec. 10238/2015)⁷⁸ que revoca la resolución dictada por la Audiencia Provincial y priva de la patria potestad al procesado afirmando: “Ciertamente, repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencia el severo intento del padre de asesinar a su madre” y añade que “es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad”(F.J 5º)

Desde esta sentencia, suele ser pacífica su imposición por los tribunales.⁷⁹ Sorprende, por contraria a esta tendencia general, la SAP Ciudad Real de fecha 9 de junio de 201780 (Rec. 8/2015), que concluyó, tras condenar por delito de violencia habitual, homicidio en grado de tentativa y maltrato físico a la hija y a la madre, que “finalmente imponer la pena de privación de la patria potestad o la inhabilitación especial para el ejercicio de tal derecho al acusado respecto de su hija Aroa, pues aun cuando fueron considerablemente graves los hechos causados respecto de su madre y en presencia de tal menor, ningún comportamiento delictivo vino a ocasionarse en cuanto a dicha menor o en relación directa con el ejercicio de la patria potestad, que pudieran venir a aconsejar la imposición de tan drástica pena, y sin perjuicio de lo que respecto al derecho de las comunicaciones, visitas y estancias pudiera decidirse en la sede apropiada del orden

⁷⁷ Todos los datos estadísticos están disponibles en portal web: poderjudicial.es

⁷⁸ ECLI:ES:TS:2015:4122

⁷⁹ Y así la vemos aplicada en la STS 329/2017 de fecha 9 de mayo de 2017,⁷⁹ y en la STS 10238/2015, Penal del 13 de junio de 2016 Sentencia: 514/2016 (Rec. 10043/2016)⁷⁹; en SAP Castellón, Penal sección 2 del 20 de febrero de 2017 ⁷⁹ ; SAP Murcia , Penal sección 3 del 23 de enero de 2017, ECLI:ES:TS:2015:4122, ECLI:ES:TS:2017:1877, Ecli:ES:TS:2016:2719, Ecli:ES:APCS:2017:12 y Ecli:ES:APMU:2017:161, respectivamente.

⁸⁰ ECLI:ES:APCR:2017:589

jurisdiccional civil, en orden a limitar o privar al acusado de tales obligaciones y derechos fundamento derecho tercero (artículos 55 y 56 del CP).”

Afortunadamente la anterior resolución judicial fue revocada por la sentencia del TS con fecha 24 de mayo de 2018 (Rec. 10549/2017)⁸¹. En su fundamento de derecho cuarto se desprenden las siguientes consideraciones:

La gravedad de los hechos ocurridos debe conllevar la estimación del recurso, dado que se produce un serio ataque al principio y a la obligación de los padres por velar por sus hijos y el desarrollo de su personalidad, que en el presente caso debe entenderse afectada, así como su integridad personal psíquica, al ver cómo su propio padre, en un ataque inopinado y brutal, arrastra a su propia madre a la cocina y allí la sujeta por su hombro para darle, nada menos, que hasta ocho puñaladas en las zonas mortales que ya se han descrito anteriormente, lo que supuso para la menor, al igual que para Leocadia , hija de la víctima, una escena que no van a olvidar en su vida y que exige la intervención de los Tribunales en una sanción al autor de este hecho que debe repercutir en los efectos civiles en su relación con su hija, común con la propia víctima, y a imponer una sanción con la gravedad de quien es capaz de realizar una conducta como la perpetrada por el condenado. Y ello, porque éste olvida todo respeto a la naturaleza y al instinto de protección que todo padre debe tener por sus hijos y todo hombre por quien es su pareja y con la que ha tenido una niña en común. Y lo hace cometiendo el acto de propinarle ocho puñaladas a presencia de su hija. A lo que hay que añadir que el concepto "a presencia de menores" ya ha sido interpretado por esta Sala en la sentencia 188/2018 de 18 de abril de 2018 (Rec. 1448/2017) al exigir que los menores perciban el hecho sin exigir que lo vean, por lo que aunque resultaba obvio que lo pudo ver por estar en la cama con su madre, lo que está claro es que "lo pudo presenciar", es decir, que, como citamos en esta sentencia, "son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento como del ruido que es propio de un golpe o de una agresión".

⁸¹ Ecli: ES:TS:2018:2003. En esta sentencia se aplica la perspectiva de género.

El Tribunal Supremo ha venido a corregir las ciertas resistencias que en el ámbito judicial hay, todavía, con la retirada de la patria potestad. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de fecha 11 de junio de 2007 donde se acuerda la privación de la patria potestad al padre,⁸² puede verse las resistencias del fiscal responsable. En su contestación a la demanda, se opuso expresamente a dicha medida alegando que de las pruebas practicadas no se desprende que el demandado haya incurrido en ningún supuesto de los previstos en nuestra legislación para la privación, aunque se encuentre en prisión por hechos violentos inferidos a la madre. Por su parte, y considerando la gravedad de los hechos, en la sentencia FJ4º se apartan de las consideraciones de la fiscalía señalando: “En definitiva, puesto que el art. 140 del Código Civil dispone que la patria potestad comprende, entre otros, el deber de procurar a los hijos una formación integral, y aunque no se haya acreditado que el demandado realizara actos de violencia física directa contra la menor, en este caso particular, de todo lo expuesto se infiere el incumplimiento grave de este deber, porque la conducta desarrollada por el padre, generadora de un ambiente familiar violento y agresivo”.⁸³

En otro tipo de delitos de violencia de género, menos graves que el homicidio intentado, es difícil encontrar sentencias que acuerden la privación de patria potestad en la jurisdicción civil. Y lo anterior desoyendo las voces expertas que denuncian e informan sobre la dificultad de concienciar lo que es la violencia de género, su génesis, indicadores, detectores y los bloqueos emocionales de la infancia. “Cuesta mucho entender que un juez pueda conceder visitas a un padre biológico, condenado por maltratar a la madre, incluso con la resistencia del menor. Lo que sucede es que se piensa que el juez no cree al menor o incluso que no le cabe en la cabeza que un padre, por muy maltratador que sea, hará daño a su hijo. Y ahí caemos en el relato, en la mitificación, en no querer afrontar los hechos como son” (Besteiro 2011, 550).⁸⁴

⁸² TOL1.179.118

⁸³ Continúa diciendo “es absolutamente incompatible con el ambiente pacífico de la convivencia familiar normal, necesaria para la adecuada formación y desarrollo psíquico e integral de los menores, causando una afección grave y directa para la hija derivada precisamente de dicha conducta que la hizo precisar ayuda terapéutica, conformando así la causa de privación contemplada en el art. 170 del mismo Código que se funda en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Por tanto, es lo procedente acordar la privación de la patria potestad, de conformidad con lo previsto en el art. 92.2 del Código Civil” F.J4º

⁸⁴ Puede consultarse el informe en su totalidad en (último acceso 5 de junio de 2019) http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/educativo/informes/pdf/InfanciaV_cap2_lib14.pdf

Son muchas las situaciones de violencia invisibilizadas y que tienden a ignorarse en sede judicial, teniendo que recurrir a la instancia superiores para subsanar los fallos al denegar la privación de la patria potestad. Mediante sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2016 (Rec. 3016/2014)⁸⁵ el TS declara incompatible la custodia compartida con la condena de uno de los cónyuges por delito de amenazas en el ámbito familiar. Estima el recurso de una madre contra la decisión de la Audiencia de Vizcaya⁸⁶ de acordar el régimen de custodia compartida de los dos hijos menores de la expareja. El padre de los menores le dijo a la madre: "como no me den la custodia compartida te arrancio la piel a tiras, como me quites la custodia compartida, aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar". Indica el Tribunal que esa violencia contra la madre tiene evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada.

A la luz de las interpretaciones jurisprudenciales, puede concluirse que la mayoría de la jurisprudencia anteriormente expuesta recurre a conceptos jurídicamente indeterminados, y, en consecuencia, se genera indefensión e incertidumbre. "Ante supuestos de hechos generales o idénticos hay resoluciones judiciales relativas a la patria potestad enfrentadas, esta falta de criterios jurisprudenciales sorprende a la que vez que generan desconfianza en el sistema judicial e inseguridad jurídica a las personas solicitantes de tutela judicial. Sentencias de los mismos tribunales son contradictorias en situaciones tan límites y vulneradoras de derechos como son los supuestos de violencia y abusos contra los menores o abandono de los mismos. El interés del menor, sin duda alguna, está ausente" (Sillero Crovetto 2003, 191).

3.8 El síndrome de alienación parental. O cómo invisibilizar violencias.

En la *Guía de criterios de actuación judicial frente a la Violencia de Género* publicada en 2008, y actualizada en 2013, el Consejo atestigua literalmente lo siguiente:

⁸⁵ Ecli: ES:TS:2016:188

⁸⁶ Ecli: ES:TS:2016:188

La conclusión diagnóstica de S.A.P. no es aplicable cuando ha existido una situación de violencia de género, al haber sido los hijos y las hijas de esa relación víctimas y testigos de la violencia. En estas circunstancias, mientras persiste la relación, los menores desarrollan conductas de adaptación a través de conductas de evitación y de alianzas con el foco de la violencia, pero cuando esta finaliza con la separación y perciben la seguridad de la distancia, desarrollan un rechazo de la violencia que se traduce en animadversión al causante de la misma, sin que exista ninguna intervención de la madre. No se debe aceptar que se utilice el S.A.P. para deslegitimar denuncias por violencia de género o por abuso sexual. En los casos en que se aprecie problemas de relación y rechazo de los hijos y las hijas hacia el padre, la primera aproximación desde el punto de vista científico debe ser descartar situaciones de violencia y abordarlos como un problema de adaptación o de relación del menor o de su entorno familiar, y no como una patología. Desde esta perspectiva, el abordaje terapéutico debe centrarse en el empleo de técnicas de mediación, no coactivas y basadas en la manipulación intencionada de la madre.

En 2008 el CGPJ expresó que “los planteamientos de las teorías de Gardner -que incluso excluía la aplicación de su teoría en los casos en que se evidenciaba una situación de violencia, abuso o negligencia en los procedimientos de guarda y custodia de menores supone someter a éstos a una terapia coactiva y una vulneración de sus derechos por parte de las instituciones que precisamente tienen como función protegerles” (CGPJ 2008, 130).

Isabel Garrido en su artículo “Los movimientos feministas” advierte, como idea tesis, que, desde una perspectiva masculina, el derecho combina la coerción con la autoridad, extendiéndose el poder social al hombre sobre la mujer como parte de la comunidad, ignorantes del interés de supervivencia de las mujeres en la materia (Garrido Gómez 2012). Una de las ventajas de abordar la cuestión del patriarcado a partir de la historia del contrato sexual es que revela que la sociedad civil, incluyendo la economía capitalista, tiene estructura patriarcal. Las capacidades que permiten a los varones y no a las mujeres ser “trabajadores” son las mismas capacidades masculinas que se requieren para ser individuo, un marido y el cabeza de familia. La historia del contrato sexual comienza, de este modo, con la construcción del individuo (Pateman 1995, 57). Pero

Pateman afirma que el patriarcado es algo más que poder sobre los padres de los hijos, la autora considera que deriva del derecho sexual o conyugal (Pateman 1995, 123).

Todo lo anterior explica que el sistema patriarcal se rearme y recicle mediante construcciones como el SAP que disfrazadas de ciencia atacan al corazón del feminismo. Y es que pese a las violencias, y su realidad indiscutible, lo que rara vez se discute es el origen de esa necesidad de relación con los progenitores -lo que no implica que haya de entenderse que una crianza exclusiva de la madre sea lo deseable- pero resulta sospechoso que en aquellos casos en que se demuestra violencia, ausencia, desamor y una total absoluta falta de cariño o presencia no se cuestione lo más mínimo la conveniencia de privar de la patria potestad. Diferente es que el menor o la menor, alcanzada la madurez, quiera conocer/acercarse/averiguar algo de su progenitor desconocido. Todo lo anterior, teniendo en cuenta que el régimen de comunicaciones suele persistir aun sin la titularidad de esta.

Para abordar la cuestión del SAP, el mismo debe ponerse en relación con lo visto a lo largo de este capítulo II sobre atribución de custodias y privación de patria potestad. Ténganse en cuenta que los Juzgados de familia tienen una representación de violencias no declaradas Según se dijo la macroencuesta de violencia contra la mujer realizada en 2015, el 73% de las mujeres que sufren este tipo de violencia deciden salir de ella a través de la separación, no por vía de la denuncia. Las reacciones del patriarcado ante situaciones de conflicto es enarbolar argumentos que respondiendo a estereotipos y mitificaciones referenciando a la mujer como manipuladora, malvada e interesada, pretenden restar credibilidad a la víctima. A lo largo de la historia se ha estudiado cómo desafiar los mandatos de género han tenido sus consecuencias difíciles para las mujeres. Puede decirse que la imagen paterna caracterizada por la reacción violenta de los hombres ante la pérdida de la antigua supremacía del Padre puede, según la autora Royo Prieto, verse reflejada en las asociaciones que reclaman derechos paternos (Royo Prieto 2011, 34). Estas asociaciones son las principales defensoras del SAP y de la custodia compartida.

Son muchas las organizaciones que se han enfrentado contra la aplicación del SAP, que básicamente consiste en sostener que cuando los menores y las menores desautorizan a la figura paterna esta distancia ha sido creada por una madre manipuladora. Lo terrible de esta figura es que es aplicada desde los equipos psicosociales de los Juzgados al informar sobre los abusos sexuales. La Asociación de psicología y psicoterapia feminista, exige que cese el uso del pretendido síndrome de alienación parental y sus sucedáneos, mediante comunicado 14 de febrero de 2019 denunció la mala praxis y las consecuencias

emocionales en los menores y sus madres.⁸⁷ Por su parte, la jueza Paloma Marín en su estudio *El supuesto SAP y su proyección en las resoluciones judiciales*⁸⁸, Ponencia presentada en el III Congreso contra la Violencia de Género, denuncia que la mayoría de las veces este concepto "se introduce en las sentencias" a través de informes periciales. Los que elaboran los equipos psicosociales adscritos a los juzgados. "Sin embargo, estos informes deben ser auxiliares y deben ser contrastados con otros". En la conclusión sexta del mencionado estudio apunta la magistrada que se aprecia la tendencia jurisprudencial de ser alegada por los padres, cuando no se estima el SAP se dice son discriminados por razón de su sexo, a lo que añade la magistrada "argumentación llamada a causar furor" (Marín López 2009, 8). En el estudio se recogen datos facilitados por el CENDOC, relativos a resoluciones judiciales que contienen referencias al concepto del supuesto SAP dictadas entre los años 2002 y 2009 en número superior a 200 de las cuales el 77% corresponden a la jurisdicción civil, 23% a la jurisdicción penal e incluso 1 a la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.

En el mismo orden de cosas, la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN) rechaza su uso y asegura que es "un grave intento de medicalizar lo que es una lucha de poder por la custodia de un hijo".

Sin embargo, la jurisprudencia menor reciente lo sigue aplicando, SAP Barcelona de fecha 3 de febrero de 2009 (Rec. 30/2009).⁸⁹ Afortunadamente en otros casos se

⁸⁷ "Porque como profesionales constatamos que una mala praxis no sólo puede resultar ineficaz, sino desafortunadamente iatrogénica, como parece desprenderse de los datos de este caso. Hay suficiente evidencia de las conexiones entre quienes utilizan como herramienta este supuesto síndrome y profesionales que cuestionan la existencia de la violencia de género. Es intolerable el sufrimiento que esto causa y los daños psicológicos que esto provoca en menores y en sus madres. El SAP y sus denominaciones: interferencias, instrumentalización, etc., se han manifestado como un constructo de corte misógino y patriarcal, utilizado en la justicia para castigar a las madres que denuncian violencia en general y abuso sexual contra sus hijas e hijos en particular. Hace años que así lo demostraron las Asociaciones internacionales: APA (Asociación de Psicología Americana), AMA (Asociación Médica Americana), y en nuestro país la AEN (Asociación Española de Neuropsiquiatría) y el CGPJ (Consejo General del Poder Judicial), quienes han desaconsejado y alertado de su uso y utilización en la justicia como un modo encubierto de revertir la custodia a favor de quien es denunciado".

⁸⁸ www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/.../Marin%20Lopez,%20Paloma_1.0.0.pdf

⁸⁹ Ecli: ES:APM:2009:2625

rechaza, sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 14 de marzo de 2008 (Rec. 181/2008).⁹⁰

En el libro *Estudio Jurisprudencial sobre el Impacto del SAP en los Tribunales Asturianos* elaborado por Abogadas para la Igualdad puede apreciarse los sesgos de género en el orden jurisdiccional (Abogadas para la Igualdad 2010, 225-237). En los procedimientos en los que se aplica al padre el síndrome no tiene como consecuencia la retirada de la patria potestad, en cambio, de manera irremediable para la posición materna es la retirada y la aplicación de terapia psicológica. Afirman concluyendo las compañeras de Abogadas para la Igualdad que cuando el SAP se diagnostica al padre, no procede la aplicación de la terapia de la amenaza y no se modifica la guarda y custodia ni siquiera atendiendo al interés de las y los menores, incluso puede restringirse el régimen de visitas a la madre, para no “traumatizar” a la prole que sufre las visitas como algo terrible. El SAP también tiene género. Rich ya escribió sobre la naturaleza simbólica de la paternidad da derechos al hombre y privilegios sobre la prole mientras que las responsabilidades que asume son mínimas. La indignación que suscita el abandono de una criatura por parte de la madre es infinitamente más severa que el que se realiza en idéntico caso para un hombre (Rich 1986)

Abogadas para la Igualdad y la asociación Women,s Link interpusieron querrela por delitos de odio contra el psicólogo forense encargado de emitir la mayoría de los informes psicosociales en la ciudad de Oviedo. La querrela se concreta en dos casos de violencia de género y tres de abusos sexuales donde el psicólogo denunciado aplica estereotipos de género. En este momento y tras la toma de declaraciones el procedimiento está pendiente de si continúa o es sobreesido.⁹¹ Es importante que todas las administraciones públicas y la sociedad civil se comprometan a denunciar este tipo de prácticas abusivas y misóginas, que de un modo desconcertante tienen su reflejo en el ámbito judicial.⁹²

⁹⁰ Ecli: ES:APM:2008:5202

⁹¹ <https://www.lavozdeasturias.es/noticia/asturias/2019/01/15/declara-psicologo-forense-acusado-cinco-mujeres-cometer-delitos-odio/00031547554065972348323.htm>

⁹² Por su interés cito la labor del Sindic de Greuges (defensor del pueblo valenciano) que mediante el estudio de la que queja número 59525 de fecha 10 de octubre de 2012 resuelta por el Sindic de Greuges en 2012⁹² con motivo del IV Congreso SAP y custodia compartida en la Comunidad Valenciana, tuvo ocasión de pronunciarse y desaconsejar a la administración pública la promoción y difusión del SAP al carecer de

CAPITULO III. LA URGENCIA DE CUESTIONAR EL PODER: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LOS DERECHOS DE LA INFANCIA.

1.Perspectiva de género vs. preservar el estatus quo.

1.1 Los Derechos de la infancia a una vida libre de violencia

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, dispuso la obligación de los poderes públicos de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil. Sin embargo, el Comité de Derechos del Niño, con motivo de la evaluación de los derechos de la infancia en España en 2010⁹³, recomendó a nuestro país que se aprobase una ley integral sobre la violencia contra los niños, parecida a la aprobada contra la violencia de género, que garantizase la reparación de sus derechos y unas normas de atención mínimas en las diferentes comunidades autónomas. El Comité volvió a recomendar que se agilizase la adopción de la ley integral sobre la violencia contra los niños tras su examen de la situación de los derechos de la infancia en España en el año 2018. La ley está en tramitación.⁹⁴ El comité se pronunció sobre el interés superior del niño, en su recomendación número 27 advierte que “acoge complacido la inclusión en la legislación del principio del interés superior del niño, así como su uso por jueces y magistrados en decisiones que afectan a los niños, pero sigue mostrando su inquietud por la falta de un proceso uniforme para determinar lo que constituye el interés superior del niño, así como por las diferencias existentes entre las comunidades autónomas respecto de la concepción y aplicación del principio”

Hay que subrayar que el art. 2 de la Ley 8/2015, de 22 de julio, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia”

En la Exposición de motivos, apartado VII, del recién aprobado Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto,⁹⁵ de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género⁹⁶ se afirma que:

todo rigor científico su aplicación y fomentar la desigualdad. Merece la pena su lectura por el análisis exhaustivo que se hace del SAP. Disponible en: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10470094.pdf>

⁹³ Comité de los Derechos del Niño 55º período de sesiones 13 de septiembre a 1º de octubre de 2010 Disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/Observaciones.pdf>

⁹⁴ Se vio afectada por la convocatoria anticipada de elecciones en mayo de 2019.

⁹⁵ Mediante esta norma, como se vio en el capítulo anterior, se reformó el artículo 156 CC permitiendo la asistencia psicológica a menores en caso de maltrato, sin necesidad de contar con el visto bueno del progenitor agresor o incurso en un procedimiento por violencia.

⁹⁶ BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018, páginas 78281 a 78288.

La protección de los menores, hijas e hijos de las mujeres víctimas de violencia de género constituye uno de los ejes del Pacto de Estado que exige una respuesta más urgente. Según la Macroencuesta de violencia contra la mujer realizada en 2015, del total de mujeres que sufren o han sufrido violencia física, sexual o miedo de sus parejas o exparejas y que tenían hijos/as en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia, el 63,6% afirmó que los hijos e hijas presenciaron o escucharon alguna de las situaciones de violencia. De las mujeres que contestaron que sus hijos o hijas presenciaron o escucharon los episodios de violencia, el 92,5% afirmaron que los mismos eran menores de 18 años cuando sucedieron los hechos.

Una prueba de la invisibilidad del menor en la jurisdicción civil y penal en el orden de protección de la infancia, que resulta especialmente elocuente, es la inexistencia de estadísticas hasta el año 2013 y, desde este momento, únicamente se refiere a una estadística de víctimas mortales. En 2013 seis menores muertos a manos de sus padres o las parejas o exparejas. Cuatro en 2014. Cinco en 2015. Uno en 2016. Ocho en 2017. La mayoría de ellos (16 de 25) eran menores de ocho años cuando fueron asesinados. Y junto a ellos y ellas 185 menores huérfanos desde 2013 porque sus madres fueron víctimas mortales de violencia (Gómez Fernández 2018, 4).⁹⁷

1.2 Los menores como víctimas.

Actualmente, cuando hablamos de los niños y niñas víctimas de violencia de género no nos referimos a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia, ni a los menores testigos de la violencia sufrida por sus madres. Hoy podemos defender jurídicamente que los menores que viven en entornos violentos donde se ejecute violencia contra las madres, son víctimas directas también de esa violencia. Es decir, de niños expuestos a la violencia de género que son, por las consecuencias perniciosas que esta exposición tiene sobre su bienestar, víctimas directas de la violencia (Reyes Cano, 2015, 184).

⁹⁷ Las estadísticas judiciales sobre violencia de género y doméstica se pueden consultar on line en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Obervatorio/Datos-estadisticos/>

Como ocurrió con el reconocimiento de las violaciones masivas en conflictos de guerra como crímenes su reconocimiento fue tardío, en el caso de los menores no fue hasta la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (LOPIVIG), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹⁸ donde tras la reforma de su artículo primero (1.2 art.) se rearmó el objeto de la misma. La modificación incluyó lo que sigue “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”. Es decir, la inclusión de los menores, en la anterior redacción el artículo finalizaba con la referencia solo a las mujeres. Por tanto, pese a las críticas que deben ser formuladas antes su escasa aplicación, la LOPIVIG reconoce expresamente que los menores son víctimas de la violencia de género en el ámbito familia.

Y lo hace también el art. 10 del Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015 de 27 de abril⁹⁹ cuando dice que “los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley”. Entre los derechos que son de aplicación conviene destacar los siguientes: el de entender y ser entendida (art. 4); el derecho a la información desde el momento en que entra en contacto con las autoridades públicas de todos aquellos extremos que se recogen en el art. 5 de la Ley y, en particular a recibir toda la información posible sobre la causa penal (art. 7); como denunciante, el derecho a quedarse con una copia de la denuncia y al intérprete (art. 6), derecho este último que permanece con la víctima, aunque no sea denunciante, en el curso del procedimiento y en su relación con las administraciones (art. 9); el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo (art. 10); y, junto a los anteriores, el elenco de derechos que asisten

Con toda esa normativa desplegada, conviene preguntarse qué debe ocurrir para que un padre agresor y violento genere “verdadera” violencia sancionable en el hogar familiar. Es terrible, como indica Gómez Fernández, el hecho de que los menores y las menores víctimas de violencia se vean en la obligación (judicialmente impuesta) de continuar manteniendo un régimen de relaciones con sus padres, bien contra su deseo, bien en circunstancias que no pueden asegurar ni su bienestar, ni su seguridad, ni su

⁹⁸BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015

⁹⁹ BOE núm. 101, de 28/04/2015

adecuado desarrollo.¹⁰⁰ Y es que, hasta la fecha, dejando a salvo las excepciones que veremos y que parecen marcar un cambio de tendencia, la regla general aplicada por los órganos judiciales era el mantenimiento del contacto entre los agresores y sus hijos/hijas, priorizando el poder del padre sobre la garantía de la seguridad de los menores. En particular en el orden penal, sólo la agresión directa contra los hijos era causa reprobable de los «derechos parentales», al entender que la agresión sobre la madre no suponía ejercer violencia sobre los hijos y las hijas (Gómez Fernández 2018, 8).

Las anteriores facultades parentales mencionadas son consideradas, en buena medida derechos subjetivos del padre y de la madre sobre el menor, que tienen por objetivo proteger a su descendencia pero que en muchas ocasiones le colocan en una clara posición de subordinación y alteridad frente a la autoridad parental. Si la paternidad se entiende impuesta en todo tipo de situaciones, es normal que encontremos los problemas sobre la privación la patria potestad, de las visitas o de la guarda o custodia. Contra toda lógica, la prudencia en sede judicial opera a la hora de delimitar las medidas cautelares que deberían salvaguardar a los y las menores.

Esta práctica judicial está generando graves riesgos para las y los menores expuestas/os y sus madres y una serie de perjuicios psicológicos que inciden no solo en la esfera personal y emocional de aquel que las sufre, sino que construye un imaginario social violento que ampara y legitima por permisividad colectiva la impunidad de los agresores. De tal modo, los menores maltratados en el hogar, según el fenómeno de violencia filo-parental realizado por Cuervo García, concluye son sometidos algún tipo de influencia sobre el estado emocional del menor en el núcleo familiar (Cuervo García 2018, 205).

2. Perspectiva de género en la Justicia. Esa ausencia que duele.

2.1 Metodología feminista jurídica.

Como punto de partida y siguiendo a la jurista costarricense Alda Facio debemos cuestionarnos “¿Por qué es que la mayoría de las mujeres saben de antemano que la ley no las tratará con justicia a pesar de que la Constitución Política garantiza la igualdad de los sexos ante la ley? La respuesta no se encontrará en el estudio de la norma formal, nos dice esta crítica. La respuesta está en los detalles de la práctica legal cotidiana (...)” (1999, 33).

¹⁰⁰ Léase a Patricia Fernández, superviviente y autora de *Ya no tengo miedo*, relato sobre el infierno de los puntos de encuentro y la paternidad impuesta de un progenitor maltratado.

Ya en 1838 Flora Tristán se preguntó sobre la incidencia política del derecho en la vida de las mujeres. (1986) Y es que el derecho y la ciencia siempre han presumido de neutralidad, se decía que los jueces son las bocas que pronuncian el derecho. Desmintiendo todos estos mitos, abordando la invisibilidad de las mujeres en la ciencia, Sandra Harding (1987) afirma que existe una metodología y una epistemología propias del feminismo aunque no pueda decirse que exista un método de investigación propio del feminismo.

Partiendo de esas ideas, este trabajo ha tenido y tiene como finalidad contar las historias de vida de esas mujeres que se encuentran en las sentencias que han sido y serán analizadas. Siguiendo a Suárez la investigación feminista deberá recoger esas experiencias siendo “complementada por el método relacional vinculado a la concepción contextual y del cuidado y supere el pretendido distanciamiento de las consideraciones personales y materiales acerca del caso concreto” (2002, 172).

Para evaluar las normas y la jurisprudencia se toma el análisis de la jurista Katharine Bartlett (1990) sobre el derecho, siguiendo sus “métodos jurídicos feministas” que son: la cuestión de la mujer (Asking then Woman Question), la razón práctica feminista (Feminist Practical Reasoning) y la toma de conciencia (Consciousness-Raising). En primer lugar Asking the Woman Question consiste en el análisis crítico de los textos jurídicos incluido la filosofía del derecho y la antesala normativa de formación de los textos que han procurado el ocultamiento de las mujeres. Este método obliga a examinar las consecuencias diferenciadas por género que pueden derivar de la aplicación de las normas jurídicas como ocurre con el ejercicio de la patria potestad y custodia.

Bartlett sostiene que el segundo método feminista para el análisis jurídico es el Feminist Practical Reasoning. Este razonamiento no niega la aplicación de normas generales sino, como ya dijimos con anterioridad siguiendo a Facio y Suárez, al análisis convencional debe sumarse el análisis feminista. Por último, Consciousness-Raising es un paso previo al análisis de género. La autora habla de un meta-método. En consecuencia, en el presente trabajo más allá de la elaboración del marco teórico del tema de tesis se tendrán en cuenta las experiencias de vida de esas mujeres, a las que les llegó una sentencia injusta, como método para la toma de conciencia y el empoderamiento colectivo e individual de las mujeres. Motivo por el que incluyo el caso Juana Rivas para su análisis y cuestionamiento del sistema judicial.

Alda Facio (1992) advierte sobre la teoría y análisis de cómo se debe proceder al hacer un estudio o investigación jurídica con perspectiva de género. Como bien señala

Facio, los métodos feministas, incluida la toma de datos son los mismos utilizados por las investigaciones convencionales, sin embargo, la diferencia está dada por el objetivo de utilizar estos mismos métodos a fin de llegar a conclusiones y soluciones no sexistas ni androcéntricas.

Para esta autora, en el análisis jurídico desde la perspectiva de género es necesario tener en cuenta un marco de reflexión teórico general que contiene seis aspectos fundamentales. El primero, tener presente la existencia probada de las condiciones desventajosas y la posición de inferioridad o discriminación de las mujeres en todas las sociedades, por lo menos en todas las sociedades conocidas actuales y del pasado. El segundo aspecto, el significado de la definición de discriminación contra la mujer que asume la Convención para la Eliminación de Todas de las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así como sus repercusiones en los ordenamientos jurídicos nacionales. El tercer punto es considerar la importancia del lenguaje. El cuarto, aplicar la perspectiva de género lo que implica incidir en la formación de los jueces/juezas y en la abrumadora necesidad de aplicar la perspectiva de género a las resoluciones judiciales. El quinto elemento consiste en la necesidad de tomar conciencia sobre el androcentrismo existente en el fenómeno jurídico, a fin de poder identificarlo y eliminarlo. Asimismo, se postula que es necesario introducir la perspectiva de género de forma transversal en la enseñanza y la práctica del derecho a todo nivel. Como refiere la autora en el paso seis el objetivo es colectivizar el análisis, no solo para que sea enriquecido por mujeres (y hombres conscientes) de distintos sectores a la vez que se hace educación legal popular (Facio 1992, 13 -62).

Visto lo anterior, para el presente trabajo resultó de suma importancia analizar el marco teórico y las resoluciones judiciales para ver la itinerancia de esa discriminación de género y poder entender que no existe esa neutralidad en la aplicación del derecho. El poder masculino sobre los hijos es tan abrumador como violento y obtiene su legitimidad en un sistema judicial que lo ampara. Y es que como advierte categóricamente la jueza Gloria Poyatos la violencia de género física y/o psicológica, deriva directamente de las referidas asimetrías endémicas y estructurales. Los estereotipos de género han de ser erradicados en la interpretación y aplicación judicial, siendo imprescindible la formación especializada en género de todos los operadores jurídicos que persiguen el delito de violencia de género, especialmente los jueces y juezas (Poyatos i Matas 2019, 16).

2.2. Justicia con perspectiva.

Quienes operan en el ámbito judicial forman parte, como todos y todas, de un sistema patriarcal y capitalista. El proceso de deconstrucción y de formación pasa fundamentalmente por entender que las cuestiones de género y de las mujeres son transversales y, por lo tanto, se aprenda y se ejecute, la perspectiva de género en la aplicación de Justicia. Perspectiva de género que debería ser aplicada por imperativo legal y en obediencia del mandato del artículo 117 CE, y en mi opinión del artículo 3 del CC. El entramado legal que alude a la aplicación de la perspectiva de género es suficiente y no nos faltan tratados internacionales que avalen la necesidad de invocar semejante perspectiva. A modo meramente enunciativo contamos con el Convenio Estambul, el CEDAW, la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y los artículos 1.1, 15 y 9.2 CE y 39 CE. 10.2 y 96 CE.

Y es que no podemos perder de vista que en la organización familiar las diferentes posiciones de bienestar en el momento de convivencia y de divorcio están en relación directa con la posición durante el matrimonio. La legislación del estado crea costes de participación laboral que son más elevados para las parejas con hijos e hijas que para los que no los tienen o para los solteros, que son mayores para las madres que para los padres (Bonet Ribas 2005, 61). De igual forma, debemos reflexionar críticamente sobre las categorías separadas de labores de reproducción y labores de producción (Bosch, Carrasco y Grau 2004, 8). La identificación de la maternidad con la reproducción biológica niega que lo más importante en la reproducción humana no es el proceso de concepción y gestación sino la tarea social, cultural, simbólica y ética de hacer posible la creación de un nuevo sujeto humano. Es más, según Tubert “La definición de la identidad femenina en función del ideal maternal es mistificadora por cuanto adelanta una respuesta que impide la formulación de la pregunta y ofrece la ilusión de ser que aliena al sujeto encubriendo las carencias que harían posible el desear” (Tubert 1996, 10 y 11). De tal modo que no se puede entender como verdadera justicia social aquella que deja fuera la perspectiva de género como medida de análisis.

Así, pues, advirtió la abogada y jurista Concepción Arenal, en las relaciones domésticas y sociales del hombre y la mujer, como lo que se llama justicia no lo es, ni puede por lo tanto convertirse en regla permanente y respetada. “Si dejando las costumbres pasamos a las leyes, ¿qué es lo que ven nuestros ojos? ¡Ah! Un espectáculo

bien triste, porque la ley no tiene la flexibilidad de los afectos, y si el padre, y el esposo, y el hermano son inconsecuentes para ser justos, la ley inflexible no se compadece del dolor ni se detiene en la injusticia. Las contradicciones de la ley pesan sin lenitivo alguno sobre la mujer desdichada” (Arenal 1993, 55).

Aplicando un análisis más acertado desde la perspectiva de género el Tribunal Constitucional en su STC 3/2007, de 15 de febrero dispone: “Los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes”. De igual modo el Tribunal Supremo mediante de fecha 21 de diciembre de 2009, Sala de lo Social, (Rec. 201/2009)¹⁰¹, siendo ponente María Lourdes Arastey Sahun, reseñó que “la Exposición de Motivos de la LOIEMH señala: " la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, (es) principio fundamental del presente texto" exige un canon de interpretación amplio que permita la consecuencia de su objetivo (la efectiva igualdad) y sirva para combatir el efecto negativo del embarazo y la maternidad, por más que se trate de una norma de Seguridad Social”.

Otra resolución que también juzga con perspectiva de género, y que es conocida por ser la jueza Gloria Poyatos la ponente, es la Sentencia de la Sala Social del Tribunal de Justicia de Canarias (Las Palmas) de fecha 7 de marzo de 2017 (Rec. 1.027/2016).¹⁰² Esta sentencia fue pionera por definir la técnica de cómo juzgar con perspectiva de género en una resolución judicial española, para posteriormente aplicarla al caso concreto, en la que se estimó el recurso de suplicación de una víctima de violencia de género divorciada, en reclamación de pensión de viudedad. La sentencia en el apartado b) advierte que al tratarse de una modalidad de viudedad vinculada a una situación de violencia de género, se hace imprescindible, la integración de la dimensión de género, para la resolución de la "questio litis" por expreso mandato del art. 4 de la LO 3/2007 que las características de género son construcciones socioculturales que varían a través de la época, la cultura y el lugar; y se refieren a los rasgos psicológicos y culturales que la sociedad atribuye, a cada uno, de lo que considera "masculino" o "femenino". Es decir, define la posición que asumen mujeres y hombres con relación a unas y otros y la forma en que construyen su identidad. Por ello, en todos los casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y

¹⁰¹ ECLI: ES:TS:2009:8449

¹⁰² ECLI: ES:TSJICAN:2017:1

patrones estereotípicos por razón de género, deberá aplicarse en la impartición de justicia una metodología de análisis que integradora de la perspectiva de género. La violencia de género física y/o psicológica, deriva directamente de las referidas asimetrías endémicas y estructurales

La perspectiva de género debe ser aplicada en todo el ordenamiento, pero cobra una especial importancia en los asuntos civiles por las violencias encubiertas que se dan en aparentes divorcios normales. Stuart Mill en su célebre libro el *Sometimiento de la mujer* advirtió que un hombre que es desagradable o violento con sus iguales, de seguro ha vivido entre personas subordinadas a él, a quienes podía asustar o intimidar hasta la sumisión. Afirma Mill si la familia en su modalidad más perfecta es, como a menudo se dice, una escuela de compasión, ternura y amoroso olvido de sí mismo, todavía más a menudo puede decirse, que lo que respecta a su jefe, es un escuela de represión e ilimitada arbitrariedad: pues el cuidado de la mujer y de los hijos es solo ocuparse de ellos en cuanto que son parte de los intereses y propiedades del varón, siendo su felicidad personal inmolada en cada detalle y caprichos de este (Stuart Mill 2010, 97).

A la vista de la desatención judicial y las resistencias en la aplicación de la perspectiva de género sigue estado vigente lo que la escritora y periodista Carmen de Burgos (1921) redactó en relación a las normas penales que legitimaban el asesinato de las mujeres: “La ley, promulgada por hombres, favorecía siempre a los hombres y humillaba a las mujeres (...) Era sólo un privilegio masculino. Los jueces se cuidarían mucho de no quebrantar aquel principio de autoridad que era como su privilegio, la lección indirecta que daban ellos mismos a sus propias mujeres.” La visibilización y toma de conciencia de esos sesgos de género en la aplicación judicial es una tarea del feminismo jurídico, que parte del profundo convencimiento de que las experiencias de vida de las mujeres en estos procedimientos judiciales trascienden a la esfera pública y su discusión y difusión nos debe empoderar a todas colectivamente.

3. Los testimonios de mujeres a través de las sentencias judiciales.

3.1 La voz de las mujeres.

La escritora Rosa Chacel, gran biógrafa, al hablar de la memoria como un sistema dijo que “narrar también es positivamente una forma de poder”. Añade la autora “Narramos y revivimos y rehacemos para otro lo que ese otro no había vivido, lo que para ese otro no había sido” (Chacel 1970, 18 y 19). La historiadora Mary Bear recoge una cita de

Odisea de Homero en su artículo *La voz pública de las mujeres* que considera como el primer mandato de silencio “Madre mía, marcha a tu habitación y cuídate de tu trabajo, el telar y la rueca, y ordena a las esclavas que se ocupen del suyo. La palabra debe ser cosa de hombres, de todos, y sobre todo de mí, de quien es el poder en este palacio” (Beard 2014).¹⁰³ De ahí la importancia de los testimonios de las mujeres. No es posible conservar la identidad propia adaptándose durante ningún periodo de tiempo a un marco de referencia que en sí mismo destruye la identidad. Es muy difícil de hecho para un ser humano mantener semejante escisión “interna”. Un confortable campo de concentración que niega la identidad humana adulta de una mujer. (Friedan 2017, 371). Se supone, afirma Arenal, que todas las mujeres son madres, que todas pueden dedicarse exclusivamente al cuidado de sus hijos, y que toda la vida de la mujer necesita estar empleada en llenar los deberes materiales de la maternidad. “Partiendo de supuestos falsos, las consecuencias no pueden ser verdaderas” (Arenal 1993, 135). Necesitamos las voces de esas perspectivas silenciadas.

3.2 La alteridad judicial.

3.2.1 *Ángela González.*

Ángela González es una sobreviviente de violencia de género. En 1999 huyó de su agresor junto con su hija y denunció la situación de maltrato. Como señalan las compañeras de Women,s Link, el maltrato continuó después del divorcio, a través de su hija Andrea. A pesar de las decenas de denuncias interpuestas por Ángela, los estereotipos de género que persisten en el sistema de justicia impidieron que se protegiera de manera adecuada a ella y a su hija Andrea, que terminó siendo asesinada por el agresor durante un régimen de visitas no supervisado en el año 2003. Tenía sólo 7 años. (Women,s Link 2018¹⁰⁴).

Desde entonces Ángela pleiteó de forma constante e interrumpida. No obtuvo justicia durante largos años, por lo que, en 2012, Women’s Link llevó el caso ante el Comité CEDAW de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En 2014, este Comité condenó a España por no haber protegido a Ángela y a su hija y dictó una serie de medidas que el Estado español debía implementar para proteger a las mujeres y a sus

¹⁰³ “Pero sigue siendo un hecho que nuestras tradiciones de debate y habla en público, sus convenciones y reglas permanecen en buena medida a la sombra del mundo clásico”. Puede leerse en <https://www.letraslibres.com/mexico-espana/la-voz-publica-las-mujeres>

¹⁰⁴ <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3047/cronologia-angela.pdf>

hijos e hijas de la violencia de género. Durante cuatro años el Estado español se negó a implementarlas, alegando que los dictámenes de la ONU no son de obligado cumplimiento. Por ello, Women's Link inició un nuevo un proceso judicial para exigir que el Estado cumpliera con sus obligaciones internacionales. Durante dicho procedimiento, el caso llegó hasta el Tribunal Supremo, se pronunció en 2018 y ha condenado al Estado español a pagar una indemnización de 600.000 euros a Ángela. Además, ha reconocido la obligación del Estado de cumplir con los estándares internacionales, lo que sienta un precedente único en la defensa de los derechos humanos. La niña tenía 7 años y había repetido una y otra vez que no quería ir con su padre. (Women,s Link 2018)

El problema, en el caso de Ángela y tantos otros fue, que en el imaginario judicial un maltratador no ejerce una violencia “importante” frente a los hijos e hijas por el hecho de maltratar a sus madres. Para el sistema judicial no hubo datos que indicasen que el régimen de visitas que existía implicase peligros para la vida o salud física o psíquica de la menor, por lo que se concluyó que lo ocurrido fue un lamentable incidente pero no consecuencia directa del mal funcionamiento de la administración.

Como se adelantó, se recurrió al CEDAW y este Comité emitió el Dictamen 47/2014, de 16 de julio,² por el que decidió formular al Estado las siguientes recomendaciones:¹⁰⁵

(...) Otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos;(...) 1.i) Tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia;(...) iii) Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente

¹⁰⁵ Puede leerse en

<http://web.icam.es/bucket/Dict%C3%A1men%20CEDAW%20%C3%81ngela%20Gonz%C3%A1lez%20Carre%C3%B1o.pdf>

sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm. 19.».

La STS de 17 de julio de 2018, que tras una larga lucha terminado dando la razón a Ángela, consideró lo siguiente:

Y en este punto consideramos que la citada vulneración no sólo tiene evidente encaje en el artículo 14 de la Constitución Española -derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo-, pues durante años no se pusieron en marcha medidas que hiciesen efectivas en la práctica previsiones legales existentes y de manera que si pudiese reestablecer una igualdad rota en el seno familiar por los graves actos de discriminación sufridos por la recurrente, sino también en su artículo 24 derecho a la tutela judicial efectiva- pues en los diversos procedimientos judiciales que revisaron la práctica administrativa no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada, todo ello con indudable y grave afectación de su dignidad humana y de su derecho a la integridad moral – artículo 15 de la Constitución Española – que, como derecho esencial y básico de toda persona, es la base ontológica que hace posible todos los demás. (F.J 7º)

De esta manera, si afirmamos, como hacemos, que la Administración vulneró los derechos fundamentales de la recurrente y no puso fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de la Convención y El Protocolo Facultativo, es evidente que tendremos que casar y anular tanto la sentencia impugnada que no apreció tal vulneración, como la inicial decisión administrativa que ni tan siquiera la valoró por operarse en virtud de silencio administrativo, así como declarar la obligación de reparar la vulneración (...)Y consideramos que para ello imponemos directamente una condena por el importe de los daños y en función del debate y prueba

existente en la instancia, admitiendo la reclamación por el daño moral indiscutible sufrido por la recurrente con la situación que hemos valorado, pero cuantificándola en 600.000 euros, cantidad que consideramos suficiente y proporcionada a la gravedad de los hechos y para repararlos en su integridad, actualizados cuantitativamente al momento presente (F.J n°7)

Como conclusión la sentencia afirma:

(...)en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, concluimos que la Administración vulneró derechos fundamentales de la recurrente, concretamente sus derechos a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral, y a la tutela judicial efectiva, y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer.

Finalmente se hizo “justicia”.

3.2.2 *Juana Rivas.*

El conocido caso de Juana Rivas tuvo su punto de inflexión en la Sentencia del Juzgado de Instrucción número uno de granada, juicio oral 71/18, sentencia número 257/18. El juez en su relato desconfía de los informes aportados por Juana Rivas sobre el maltrato, recela del testimonio y hace una serie de valoraciones que como poco deben considerarse desafortunadas y plagadas de sesgos de género.

Se relata en la sentencia el episodio de violencia donde el padre de los dos menores finalmente fue condenado por un delito de maltratos como un episodio de discusión, ella le pidió explicaciones al agresor sobre dónde había estado “lo que motivó una discusión entre ambos, en el curso de la cual, él golpeo a Juana”. Tras el episodio, según palabras del juez, “la pareja se reconcilia”. El juzgador de primera instancia resta importancia a las denuncias de 2016 y desde un inicio considera que las mismas forman parte de la estrategia procesal de Juana Rivas. En estas líneas de descrédito personal hacia la enjuiciada, muy al estilo de determinadas opciones ideológicas en auge, el juez quiere

subrayar que no obstante “Juana Rivas obtuvo una ayuda en España de las que se conceden a mujeres maltratadas”. Continúa el Juez valorando, que “No es creíble la certeza de los hechos contenidos en esta denuncia, porque ningún Juzgado ha declarado la veracidad de los mismos (...). Cuando las denuncias por malos tratos se interponen de forma coetánea a un proceso de separación o por disputas sobre guarda y custodia o bienes, se exige un análisis cauteloso, sobre todo si en ellas se relatan hechos pasados, que se pudieron denunciar antes. Sabido es el efecto tuitivo que despliegan los poderes públicos con respecto a las personas afectadas por malos tratos una de los cuales es apartar a los menores del maltratador, y, lógicamente, con esa perspectiva, no es extraño, como muestra la práctica, que en algunos casos, se recurra a esta estrategia para obtener ventajas procesales” Como se comprueba el Juez desoye la normativa sobre violencia de género y la jurisprudencia reciente del TS¹⁰⁶ sobre estos extremos y finalmente condena por delitos de sustracción de menores, dos años y seis meses de prisión por cada hijo más la privación de la patria potestad durante seis años respecto a sus hijos

Posteriormente, y con fecha 7 de marzo de 2019, la Audiencia Provincial de Granada resuelve el recurso de apelación confirmando la sentencia de primera instancia, salvo en el extremo de reducir el importe de la indemnización (Rec. 215/2018¹⁰⁷):

Alude la recurrente a que intentó acreditar que existía la causa justificada a que alude el art. 225 Bis del CP y no se le permitió, denegándole diligencias de investigación. Olvida la recurrente que, al sacar la misma los niños de su lugar de residencia habitual, sin consentimiento del padre, o mejor dicho, se los trajo el 18 de Mayo de 2.016, con su consentimiento

¹⁰⁶ Contraviene la jurisprudencia dictada por el TS. STS 13 de junio de 2018 (Rec. 10776/2017) se afirma que “tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar en hechos de violencia de género, dadas las especiales circunstancias que rodean a estos casos en los que las víctimas pueden tardar en tomar la decisión en denunciar por tratarse el denunciado de su pareja, o ex pareja.” (FJnº2) donde se aplica la perspectiva de género. Recientemente se publicó sentencia de fecha 2 de abril de 2019, Rec. 2286/2018 “Suele alegarse en los casos de violencia de género que el retraso de la víctima en denunciar conlleva la duda acerca de su credibilidad, pero nada más lejos de la realidad, dado que se trata de supuestos con unas connotaciones especiales en donde generalmente, y en muchos casos, la denuncia se dirige contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, que, además, posiblemente hasta puede ser su sustento económico, lo que conlleva a que las víctimas de violencia de género valoren todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncian, o no. Y ello, no se les puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo, y, en muchos casos, hasta culpables, cuando son víctimas, no culpables. Todo ello, las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo” (F.J nº2)

¹⁰⁷ Ecli: ES:APGR:2019:25

pero por un periodo de tiempo determinado, vacaciones, y transcurrido este tiempo, tenía que regresar el 27 de Junio de 2.016, decidió no volver, luego ya los niños estaban en España sin consentimiento del padre. (...) en este caso ella como víctima de violencia de género, a los informes que la misma presenta de los servicios de atención a las víctimas de violencia de género, y sus hijos, a los correos que le envía el Sr. Everardo , en definitiva, desvía la atención del delito investigado y por el que viene condenada, olvidando que el Sr. Everardo , por más que ella lo presente como maltratador, no ha sido condenado por ello, pues la sentencia del año 2.009 fue cumplida y sus antecedentes penales han debido de ser cancelados

Como se tuvo ocasión de exponer a lo largo de este trabajo, la violencia sobre la mujer a manos de su marido ha existido siempre. Pensemos que hasta la reforma de la Ley 2 de mayo de 1975 la mujer estaba sometida al *ius corrigendi* del marido (Acale Sánchez 2006, 23). Las obligaciones exigidas por el Código Civil a la mujer, por otro lado, determinó la inclusión en el Código Penal de una conducta que se repite en los códigos de 1848, 1850, 1870 1928, 1932 y 1944 “la viuda que se casare antes de los 301 de la muerte de su marido debía guardar luto. La mujer además de estar sometida al poder penal, lo ha estado al *sui generis* al “poder punitivo” de su marido o de su padre y finalmente del marido (Acale Sánchez 2006, 33).

Cualquier trasgresión a los mandatos de género ha sido duramente castigada. Juana se atrevió a comunicar a la opinión pública su situación y el sistema reaccionó desacreditándola. Recordemos que el castigo en roma sobre las mujeres era una práctica habitual, los grandes procesos contra las matronas y las envenenadoras. Como relata Eva Cantarella en *Rebellion femmenina y peligro social* las mujeres tenían que saber que si respetaban las normas serían premiadas, pero de no hacerlo serían duramente castigadas (Cantarella 1996, 94). A Juana no se le perdona romper los mandatos de género, y es que a las mujeres se nos exige ser las reproductoras biológicas de los miembros de la nación como participantes activas de la ideología de la colectividad (Maquieria 2006, 74). Juana debió de callarse, es lo que parecen sugerir. Porque más allá del debate jurídico sobre la sustracción de los menores, lo que está en juego es el poder del padre y la ruptura de un matrimonio. Y en este sentido apetece, por su radicalidad, traer a colación a Emma Goldman quien no dudó en afirmar que aunque el matrimonio tuviera todas las virtudes que se le atribuyen, sus crímenes contra la maternidad lo excluirían para siempre del reino

del amor (Goldman 2008, 111). La criatura no discierne entre la maternidad y el sistema social (el sistema judicial tampoco lo hace) “solo persiste una voz chillona, unos ojos imperiosos(…)” (Rich 1986, 352)

Reveladora Adrienne Rich, en su obra *Nacemos de mujer*, cuando afirma que “El poder de los padres ha sido difícil de aprehender porque todo lo penetra, incluso el lenguaje con el que tratamos de describirlo” (Rich 1986, 105).

3.2.3 *Tentativa de homicidio en presencia de un menor.*

En este caso el Alto Tribunal revoca una sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara que no había retirado la patria potestad al padre tras ser condenado por el acuchillamiento de la madre en presencia de la hija de ambos. Efectivamente, la Sentencia del TS de fecha 30 de septiembre de 2015 (Rec.10238/2015)¹⁰⁸ sobre delito de homicidio en grado de tentativa cometido por el compañero a su pareja en presencia de la hija común de 3 años de edad. Se presenta recurso del Ministerio Fiscal que impugna la decisión del Tribunal de instancia que no privó de la patria potestad sobre la hija menor común ni adoptó la pena de alejamiento, alegando vulneración de los artículos 55 y 46 del CP. Se produce la estimación del recurso del Ministerio Fiscal.

Indica el Tribunal que es patente que el hecho de haber presenciado la menor el ataque de su progenitor a su madre acuchillándole repetidas veces constituye un dato que acredita suficientemente el nexo entre el delito y el perjuicio para el desarrollo integral de la menor que se vería victimizada del hecho de mantener el padre la patria potestad y del derecho de visitas, por lo que se cumple requisito de conexión que exige el artículo 50 CP. Básicamente el Supremo avala privar de la patria potestad por la vía penal a un padre que intentó asesinar a su pareja en presencia de la hija de ambos. Repugna legal y moralmente, señala el alto tribunal, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre.

(...) resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre. Hay que recordar que la patria potestad se

¹⁰⁸ Ecli: ES:TS:2015:4122

integra, ex art. 154 CCivil por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor. (F.J 5º)

El reconocimiento de las violencias, como se aprecia, es verdaderamente lento. No es hasta 1997 cuando se inició el análisis de la violencia de género contra las mujeres. No existía ningún compromiso especial para atajar lo que, por otro lado, se venía documentando de forma fehaciente y se mostraba como una lacra creciente. (Roldán Barbero 2000, 171). Esta lentitud en el estudio conlleva un retraso en la asimilación de conceptos en sede judicial y la comprensión de las violencias, dando lugar a sentencias como la revocada por el TS que ha sido objeto de estudio en vía de casación y merece todo el reproche judicial y social.

4. Nuevas sentencias del TS. Esperanza en la desesperanza.

Como se indicó en el Capítulo anterior, en la Sentencia del TS, Sala 2ª 24 de mayo de 2018 (Rec. 10549/2017), aplica la perspectiva de género en caso de violencia machista, condena por intento de asesinato y priva de la patria potestad. En esta sentencia, además de pronunciarse sobre que la falta de denuncias previas no desvaloriza la situación real de maltrato, el fallo se centra sobre la patria potestad y su privación. Justamente, la sentencia del Tribunal Supremo destaca que el retraso en denunciar el maltrato "no supone merma en la credibilidad de las víctimas" y afirma que estas lo silencian por miedo, temor a una agresión mayor, o a que las maten. Sin embargo, ese silencio, continúa la sentencia, no pueden ir contra las mujeres cuando finalmente se deciden a contar los hechos a raíz de un hecho más grave, y que no tampoco puede ser considerado como una falta a la verdad por parte del agresor, cuando lo que relatan se refieren a un maltrato habitual.

El magistrado Vicente Magro (2017) profundiza en las consecuencias que tiene para las mujeres estos maltratos habituales: "produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en cuanto al autor, de que

éste es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar". Llega a la justicia un reclamo de las asociaciones feministas y parte de la sociedad civil: "El retraso en denunciar hechos de violencia de género no es sinónimo de falsedad en una declaración". Sin embargo, el Tribunal anterior no apreció la imposición de esta pena.

El Supremo considera a la vista del Recurso del fiscal que:

Este caso exige traer a colación la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 568/2015 de 30 Sep. 2015, Rec. 10238/2015 en donde se impuso la pena de privación de la patria potestad ante el recurso de casación impuesto por la Fiscalía al no imponer el Tribunal de instancia esta pena cuando el condenado por delito de asesinato en grado de tentativa había perpetrado el hecho ante la presencia de la hija menor de ambos, habiendo acuchillado a su pareja sentimental con la que tenían una hija en común perpetrando el ataque a aquella con un cuchillo.

El Tribunal no impuso esta pena ahora reclamada señalando que no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado, debiendo acreditar, pues así lo exige el derecho sancionador, que los hechos son perjudiciales para el menor, prueba esta que no ha acontecido, y criterio este al que se puede acudir, pero ahora insuficiente por lo antes expuesto, toda vez que no tiene relación directa con el delito cometido. Por tanto, esta falta de prueba en este orden jurisdiccional no implica que en el ámbito civil pueda instarse y pretender lo que aquí ahora se deniega penalmente ante la falta de acreditación por parte de quien debe de acreditar lo que quiere, esto es la acusación. No procede por tanto, imponer la pena de privación de patria potestad, sin perjuicio de que como ya se dijo en la sentencia de esta Sala de fecha 17 de octubre de 2014, que: «En cualquier caso y en el seno del procedimiento civil tendrán las partes mayor libertad de alegación y prueba pudiendo en aquella sede debatir nuevamente esta cuestión».

En este caso se alega exactamente lo mismo por el Tribunal, señalando que “ningún comportamiento delictivo vino a ocasionarse en cuanto a dicha menor o en relación directa con el ejercicio de la patria potestad, que pudieran venir a aconsejar la imposición de tan drástica pena”, con lo que se comete exactamente el mismo error jurídico en la interpretación de esta pena que en la que ya casó esta Sala en la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2015.

Pues bien, esta Sala ya expuso en la citada sentencia que: “En la actualidad, existe en el CP desde la L.O. 5/2010 cuatro expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad.

1.- Una se encuentra en el art. 55 del CP que la prevé como potestativa y con naturaleza de accesoria para toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad.

2.- Las otras tres proceden del texto original de la L.O. 10/1995 del nuevo Código Penal, y se encuentran en los arts. 192 relativo a los delitos

contra la libertad e indemnidad sexuales, en el art. 226 delitos contra las relaciones familiares y en el art. 233, también dentro del mismo título.

En todos los casos su imposición no es vinculante sino potestativa lo que exige una específica motivación.

La peculiaridad de la posible imposición de tal pena de privación de la patria potestad prevista en el art. 55 del CP es que aparece prevista, con carácter potestativo, pero de forma general en todo delito castigado con pena igual o superior a diez años, exigiéndose una vinculación entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad. «Relación directa» exige el tipo penal.

En general, la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de

la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las SSTS de 6 de Julio 2001, la no 568/2001, la no 750/2008 de 12 de Noviembre y la 780/2000 de 11 de Septiembre. En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex art. 170 CC. El caso al que se refería la STS 780/2000 era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común. El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de Mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad, estimando el recurso del condenado.

El presente caso es idéntico al analizado en la sentencia indicada 780/2000, pero actualmente se cuenta con la nueva redacción del art. 55 CP que prevé la imposición de tal pena en cualquier delito sancionado con pena igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad”, añadiendo que “la decisión del Tribunal de instancia no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección

que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre (...)

A lo que hay que añadir, dice el TS, que el concepto “a presencia de menores” ya ha sido interpretado por esta Sala en la sentencia 188/2018 de 18 Abr. 2018, (Rec. 1448/2018) al exigir que los menores perciban el hecho sin exigir que lo vean, por lo que aunque resultaba obvio que lo pudo ver por estar en la cama con su madre, lo que está claro es que “lo pudo presenciar”, es decir, “son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento como del ruido que es propio de un golpe o de una agresión”. En esta sentencia de esta Sala donde se apreciaba este subtipo agravado en los tipos penales de violencia de género se destacó que “La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, a quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación, ante la posibilidad de que su experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede ser paralizante, y que, desde luego, afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad de uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia”.

La sentencia cita a su vez a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y su Exposición de Motivos que: “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo.; En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud; En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer; Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas”.

La exposición de los y las menores a esta forma de violencia en el hogar debería obligar a los jueces y juezas a 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.

Por otro lado, y para seguir estudiando jurisprudencia del Tribunal Supremo, merece la atención la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 2019 (Rec. 10497/2018 P.¹⁰⁹). En esta sentencia se ha aplicado por primera vez el criterio sobre la agravante por razones de género prevista en el 22.4 del Código Penal para determinados delitos, y establece que no exige un dolo (intención) específico de querer humillar sino que basta que la situación sea humillante. En el caso concreto, ratifican el aumento de la condena de 7 años y medio a 9 años de cárcel a un hombre que agredió sexualmente y golpeó a su expareja, y que alegaba que su ánimo era satisfacer sus deseos libidinosos, pero no una dominación por razón de género. Los magistrados añaden que el término “género” que titula la Ley pretende comunicar que no se trata de 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 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” (F.J 3º).

Tras esta oleada de buenas sentencias para las mujeres hay quienes expresan sus cautelas respecto de otras sentencias que no lo son tanto. Como lo hace la fiscalía Susana Gisbert que "No es feminismo todo lo que reluce". Para ella el Tribunal Supremo está haciendo cierta campaña de marketing en las comunicaciones de algunas sentencias que parecen avanzar en igualdad y en incorporar la perspectiva de género, pero que no están refrendadas en el contenido de las sentencias. De igual modo, la jueza Victoria Rosell, que poco después de conocerse una de las últimas sentencias del Supremo en relación a los abusos sexuales, publicó un hilo en su cuenta de Twitter en el que preguntaba: "¿Alguien comparte la impresión de que las notas de prensa parecen feministas y las sentencias a que se refieren no lo son?". Se hace, en este caso, referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2018 (Rec. 2194/2017) que determinaba que cualquier contacto corporal con significación sexual no consentido es abuso.¹¹⁰

¹⁰⁹ ECLI: ES:TS:2019:591

¹¹⁰ Pueden leerse las declaraciones en: <https://www.publico.es/sociedad/justicia-igualitaria-perspectiva-genero-sentencias-judiciales-quimera-realidad.html> Y la sentencia afirma: “el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 del Código Penal y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 172.3”.

No obstante, este pequeño último inciso, considero que las sentencias estudiadas del Tribunal Supremo, junto con la última todavía sin publicar del caso de *la manada*¹¹¹, arrojan algo de luz y esperanza a un sistema cargado de deudas hacia las mujeres. Comenzaba Concepción Arenal su libro *La mujer del porvenir* con una modesta advertencia “no será poca la resistencia que necesitan vencer” mis argumentos, para luego añadir “los que se dirigen a ti, suelen tener la idea de atraerte a su creencia, a su opinión; mis pretensiones son más modestas: no intento persuadirte ni convencerte. Toda mi ambición se limita a que al concluir estas páginas, dudes y digas, primero para ti y después para los otros; ¿Si tendrá razón esta mujer en algo de lo que dice?” (Arenal 1993, 51).

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La división sexual del trabajo y la atribución de roles de género ha propiciado un lugar de subordinación de la mujer. La alteridad desde donde se construye el imaginario social de lo femenino hace, lamentablemente, que en la actualidad la justicia social se defina por sus rasgos patriarcales.

Como se pudo comprobar a lo largo del presente trabajo, formalmente la patria potestad es definida por su función social, negándose a través de la jurisprudencia, al menos de manera oficial, su carácter de derecho subjetivo. Se pudo ver cómo a través del art. 154 CC se constituye como un poder que el derecho otorga con carácter indisponible a los padres y las madres, con la finalidad de atención y cuidado a los menores y las menores. Sin embargo, pese no ser formalmente un derecho subjetivo la justicia lo aplica como tal y, su preponderante protagonismo, favorece los intereses paternos y cuestiona la definición de función social de la patria potestad. En definitiva, cuesta ver en muchas de las sentencias estudiadas, esas facultades instrumentales de la patria potestad al servicio de los y las menores. Porque si las facultades que la patria potestad implican no son de libre sino de obligado ejercicio, y no se dan, según expresa la doctrina jurídica en interés de quienes las ostentan, no se entiende las constantes resistencias a favorecer la privación de la patria potestad en caso de abandono de los hijos e hijas.

El estudio de casos, desarrollado en el presente trabajo, desmonta precisamente esta afirmación sobre la función social. Lo que se defiende es que el exceso de arbitrariedad en la elaboración del derecho en sede judicial propicia el mantenimiento de

¹¹¹ Fallo de fecha 21 de junio de 2019 que eleva la pena a cada uno de los condenados a 15 años de prisión por violación.

estereotipos y sesgos de género. Se desconocen los derechos de los menores (y las mujeres), vulnerándose continuamente los derechos de los niños y niñas establecidos en la normativa internacional, prevaleciendo un malentendido derecho del padre a seguir en su vida. Con bastante frecuencia se incumple la función tuitiva: vela, cuidado, alimentación, educación, formación integral que viene impuesta en el código sin que el derecho sancione el incumplimiento grave y reiterado de los padres infractores (artículos 111 y 154.1º de la actual redacción del Código Civil).

Como se vio, en estos casos de incumplimiento rara vez se adoptan de forma contundente privaciones de la patria potestad, manteniéndose incluso en caso de maltrato y tentativa de asesinato. Nuestra justicia española entiende, así se desprende de sus resoluciones judiciales, que no hay conexión entre el maltrato a la madre y el ejercicio de la patria potestad. Ni tan siquiera en todo caso se considera mal padre a aquel progenitor que abusa sexualmente de sus hijos e hijas. Y no se entiende, tampoco, como entorno violento aquel donde los menores viven bajo el maltrato ejecutado por el padre a la madre.

De todo lo anterior se concluye que se está vulnerando claramente la exigencia de los cuidados atribuida constitucionalmente a ambos progenitores y establecida en el art. 39.2 CE, cuyo párrafo tercero, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos e hijas.

Otra de las conclusiones de este estudio es que pese a la cantidad de preceptos en nuestra legislación española que contemplan la posibilidad de privar o suspender temporalmente la patria potestad o el régimen de visitas en caso de violencia de género o peligro para la infancia, rara vez se adoptan. Estas resistencias tienen su reflejo estadístico, como puede verse en el Capítulo II, donde se aprecia en las series anuales una disminución en la adopción de las medidas del artículo 544 bis y ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo mismo ocurre, también se vio, en la vía penal con las resistencias desplegadas para aplicar las inhabilitaciones previstas en el CP y la LOIPVG.

A la vista de todo lo anterior, se puede concluir que la patria potestad, pese a las reformulaciones modernas, sigue siendo un poder masculino ejercido frente a los pares como una reafirmación de los privilegios que entienden, ellos, deben ser defendidos.

Con este trabajo se propone ampliar judicialmente el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul, incluyendo a los y las menores dentro de la violencia ejercida contra las mujeres y también como víctimas directas. Igualmente, y en los términos dispuestos en el Pacto de Estado contra la Violencia aprobado en diciembre de 2017, se postula realizar

los cambios pertinentes en materia legislativa para la correcta aplicación del Convenio de Estambul, sobre delitos sexuales contra menores y sobre normas mínimas de reconocimiento de derechos a todas las víctimas de delitos, conforme a las directivas europeas de aplicación. Para ello debe incluirse en el cogido penal, mediante reforma, la inhabilitación y suspensión automática de la patria potestad y régimen de visitas, en casos de abusos sexuales de forma cautelar y de manera potestativa en la condena. Es necesario introducir de manera imperiosa, la perspectiva de género y la de derechos humanos en todas las normativas y disposiciones contra las violencias sexuales de la legislación española. En línea con lo anterior, se debe establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor o la menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004. Igualmente debe prohibirse las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género y propiciar una maternidad responsable para las mujeres presas en centros penitenciarios.

En el sentido expresado acaba de manifestarse el Defensor del Pueblo. En su informe anual de 2018 considera que un maltratador no puede ser buen padre, coincidiendo con el reclamo que desde hace muchos años se viene haciendo por los colectivos y asociaciones feministas:

“Estamos convencidos de que «un maltratador nunca puede ser un buen padre», por eso hemos abogado por un cambio legislativo en dos cuestiones concretas. La primera hace referencia a la necesidad de suspender el régimen de visitas de los hijos e hijas cuando se dicte una orden de alejamiento a un hombre, respecto de una mujer maltratada. La segunda es la conveniencia de que la valoración del riesgo que realiza la policía, cuando una mujer denuncia maltrato, lleve aparejada una valoración específica de la situación de riesgo de sus hijas e hijos.”

En relación con el Síndrome de Alienación Parental (SAP), sigue siendo aplicado en los juzgados, como se vio en el Capítulo II, pese a las recomendaciones internacionales en contra y las propias consideraciones del CGPJ. Otra de las propuestas manifestadas en el Pacto de Estado es precisamente la necesidad de realizar aquellas actuaciones que sean necesarias para evitar que el denominado Síndrome de Alienación Parental pueda ser tomando en consideración por los órganos judiciales, fomentando el conocimiento entre

los operadores jurídicos del significado de dicha expresión. Como tuvo oportunidad de exponerse, el SAP carece de base científica y está excluido de los catálogos de enfermedades científicamente reconocidas, por lo que será inadmisibles como acusación de una parte contra la otra en los procesos de Violencia de Género, separación, divorcio o atribución de custodias a menores. Debería, en consecuencia con lo anterior, articularse un mecanismo de depuración de responsabilidades frente a los técnicos/as, psicólogos/as, médicos/as y otros profesionales responsables de la emisión de informes, elevándose a los respectivos colegios profesionales informe negativo en el cumplimiento de sus deberes. Sería altamente recomendable la elaboración de un protocolo, obligado para las administraciones implicadas, que sancionara gravemente la aplicación del SAP.

En otro orden de cosas, ante la falta de medios materiales y personales y la necesidad de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 544 ter LCrm se considera de vital importancia fomentar la creación de las Unidades de Valoración Forense Integral, con personal formado en violencia de género, estudio de las mujeres, y derechos de la infancia de las que podrán formar parte psicólogos/as y trabajadores/as sociales, y que, entre otras funciones, asistirán a los jueces y juezas en la valoración del riesgo. De igual modo, y en el ámbito policial, debería incluirse a los hijos e hijas en las valoraciones policiales de riesgo de las víctimas, tal y como fue propuesto en el Pacto de Estado contra la Violencia.

Igualmente debe quedar totalmente prohibido, clarificándose en aquellas zonas difusas qué es o no considerado maltrato, se imponga la custodia compartida en casos de violencia de género en los supuestos previstos en el artículo 92.7 del Código Civil, y que no pueda adoptarse, ni siquiera provisionalmente, si está en curso un procedimiento penal por violencia de género y exista orden de protección. Paralizándose en aquellos casos en que haya informe administrativo que verifique la situación de víctima.

También se propone impulsar la aplicación práctica del reconocimiento de las y los menores como víctimas directas de la Violencia de Género y mejorar la conexión entre la violencia contra las mujeres y la experiencia victimizadora de los hijos e hijas.

Otra de las viejas aspiraciones del feminismo jurídico es que aquellos que conozcan los asuntos estén formados y sean especialistas. Por lo tanto, hay que insistir en la necesidad de especialización en violencia de género, de manera evaluable a través de procesos de formación y selectivos, a los equipos psico-sociales, de cara a mejorar su intervención en materia de Derecho de Familia y violencia de género. Igualmente, se debe favorecer, de manera reglada y obligatoria la formación de los jueces y juezas y fiscalía,

no solo en los Juzgados de Violencia de Género, también en el resto de las jurisdicciones dado el alcance transversal de la materia.

A la vista de lo analizado en el Capítulo I y II sobre la patria potestad y su privación, debe revisarse los conceptos de *gravedad* y *deberes inherentes* en el caso de la privación de la patria potestad y el favorecimiento del ejercicio exclusivo en caso de prolongada ausencia del padre. Todo lo anterior aspirando a dar verdadero contenido al *principio del interés del menor*.

Igualmente, se propone propiciar una atribución de la guarda y custodia responsable, aplicando criterios que visibilicen las violencias, en caso de que existan. A través de la escucha a los y las menores y el favorecimiento de espacios para las mujeres en sede judicial que no impliquen doble victimización. En la línea seguida por el anteproyecto Ley orgánica de violencia contra la infancia¹¹² debe fomentarse el ejercicio positivo de la parentalidad como un concepto integrador que permite reflexionar sobre el papel de la familia en la sociedad actual y al mismo tiempo desarrollar orientaciones y recomendaciones prácticas sobre cómo articular sus apoyos desde el ámbito de las políticas públicas de familia. Por lo tanto, la parentalidad positiva ejercida en el interés superior del niño significa que la principal preocupación de los padres debe de ser el bienestar material y afectivo de los niños, niñas y adolescentes, su desarrollo saludable, su educación, el derecho a ser tratado sin violencia, el reconocimiento de su derecho a ser visto, escuchado y valorado como persona.

Para la protección de los menores sería deseable, en los términos defendidos en este trabajo, la creación un registro único de información sobre menores víctimas que permita centralizar toda la información estadística sobre la violencia ejercida sobre la infancia y la adolescencia.

Por otro lado, el Defensor del Pueblo, en el mencionado informe anual de 2018¹¹³ publicado recientemente el pasado 11 de junio de 2019, considera que es necesario reforzar y ampliar los valores igualitarios y la educación afectivo-sexual obligatoria en todos los niveles educativos, ya que es una herramienta muy poderosa en la lucha contra el machismo y las conductas violentas. Estas iniciativas, entre otras, se recogieron en las XXXIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, que se celebraron en octubre

¹¹² Anteproyecto disponible en el siguiente enlace:

https://www.mschs.gob.es/normativa/audiencia/docs/LO_proteccion_integral_violencia_menores.pdf

¹¹³ Informe disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/06/I_Informe_gestion_2018.pdf

de 2018 en Alicante, en donde se abordó la atención a mujeres y menores víctimas de violencia de género. En estos casos siempre ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor, por eso debe garantizarse el derecho del niño o niña víctima de violencia de género a ser escuchado de forma activa en las decisiones que les afecten en todos los ámbitos, especialmente, en el judicial.

El Defensor del pueblo insiste, y estoy de acuerdo, en que es urgente mejorar la seguridad de los menores cuando los juzgados y tribunales acuerden régimen de visitas entre el agresor y sus hijos e hijas y, en el supuesto de la existencia de medidas cautelares en el ámbito penal u orden de protección, es imprescindible abordar una modificación normativa que propicie la suspensión temporal de la patria potestad para el padre presunto agresor.

Por otro lado, y tomando como caso paradigmático el de Juana Rivas, y como aplicación práctica de las conclusiones, en los delitos de sustracción de menores debe tenerse en cuenta los casos de maltrato con los menores y sus madres. Hay que propiciar, en consonancia con las últimas conclusiones del Consejo de Europa sobre violencia contra las mujeres de junio de 2018,¹¹⁴ la recopilación de datos de administrativos que sirvan policialmente. Teniendo en cuenta que la mayoría de las víctimas no denuncian, y la invisibilidad de las violencias, debe favorecerse como datos útiles aquellos recabados por las administraciones públicas en los términos del *R.D. ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género*. El requisito de datos administrativos de alta calidad también está en línea con los compromisos internacionales de los Estados miembros para luchar contra la violencia contra la mujer, tal como se muestra la Directiva 2012/29 / UE sobre los derechos de las víctimas y en el Convenio de Estambul.

En definitiva, se debe construir, entre todas y todos, un nuevo paradigma feminista que nos sirva a la hora de enfrentar al mundo, la maternidad y paternidad y los cuidados. Sau sostuvo que bajo el sistema patriarcal la maternidad no existe, ya que esta se circunscribe a lo biológico, negándose su dimensión humana, así como su proyección económica política y social (Sau 2004, 9, 21). Debemos reivindicar, pues, una vida que merezca ser vivida, donde sea posible defender un Derecho que observe y valore todos aquellos procesos necesarios para el sostenimiento de la vida. El Derecho no puede negar

¹¹⁴ Puede verse en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9717-2018-INIT/en/pdf>

la crisis de cuidados en sus resoluciones judiciales ni ignorar la secuencia generacional que se produce en el mantenimiento de los cuerpos, ejecutados todos esos cuidados, en su mayoría, por mujeres. Toda esa invisibilidad, que el estado y el derecho ampara, conduce a un marco opresivo que permite las injusticias contra las mujeres y la infancia.

La resistencia consiste en visitar conceptos, redefinirse y autodenominarse. Tratar de que todas esas apropiaciones puedan mover las bases de una estructura patriarcal que se judicializa y nos daña como colectivo. Apropiarse de un lenguaje que sea capaz de nombrar aquellas violencias que todavía no tienen nombre. Las mujeres no solo somos una única cosa, tenemos identidades abigarradas e interseccionadas. Es necesario repolitizar la cotidianidad, la lucha está en sostener/defender una sociedad donde el poder no sea impuesto por unos pocos.

ABREVIATURAS

ART	Artículo/s.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CP	Código Penal
CCCat	Código Civil Cataluña.
CE	Constitución Española.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
FJ	Fundamento de derecho
INE	Instituto Nacional de Estadística
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.
LOIEMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres
LOPIVG	Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
CEDAW	La Convención para la Eliminación de Todas de las Formas de Discriminación contra la Mujer
REC	Recurso
STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.

SAP	Síndrome de alienación parental
SAP ¹¹⁵	Sentencia de la Audiencia Provincial

BIBLIOGRAFÍA

- ABOGADAS PARA LA IGUALDAD. 2010. *Estudio jurisprudencial sobre el impacto del SAP en los tribunales asturianos*. Oviedo: Instituto Asturiano de la Mujer.
- ACALE SÁNCHEZ, María. 2006. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*. Madrid: Editorial Reus.
- AGUILAR–CUNILL, Carla, Montserrat SORONELLAS–MASDEU y Natalia ALONSO–REY. 2017. “El cuidado desde el género y el parentesco. Maridos e hijos cuidadores de adultos dependientes”. *Quaderns–e*, 2 (22): pp. 82–98.
- ALBALADEJO, Manuel. 1994. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia*. Barcelona: José María Bosch editor.
- AMORÓS, Celia. 1997. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*. Madrid: Cátedra.
- . 2005. “Feminismo y multiculturalismo”. En *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, editado por Celia Amorós y Ana de Miguel, 215–264. Madrid: Minerva.
- ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa. 2004. “La igualdad de oportunidades mediante la conciliación de la vida familiar y laboral”. En *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares: estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001–2002)*, 21–92. Madrid: Consejo Económico y Social de España.
- BARLETT, Katharine. 1990. “*Feminist Legal Methods*”. *Harvard Law Review* 103 (4): 829–888. Consultada el 2 de abril de 2019.
https://www.apmj.pt/images/documentos/pdfteoriafeminista/Feminist_Legal_Methods.pdf
- BEARD, Mary. 2014. “La voz pública de las mujeres”. *letraslibres.com*, 22 de abril.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, Rodrigo. 1984. “Comentario al artículo 166 del Código civil”. En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. II*, 1115–1124.

¹¹⁵ Se entiende no es preciso su diferenciación y que la coincidencia en la abreviatura no es un problema al ser fácilmente identificada por el contexto.

Madrid: Tecnos.

- BERMÚDEZ BALLESTEROS, María Soledad. 2001. "Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial". *Aranzadi Civil–Mercantil* 2: 1859–1894.
- BESTEIRO DE LA FUENTE, Yolanda, coord. 2011. *Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de Género. Informe aprobado por el Hijas e hijos víctimas de la violencia de género*. En Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer en su reunión del 8 de noviembre de 2011, Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, Madrid.
- BODELÓN, Encarna. 2009. "Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico". En *Género y dominación: críticas feministas al derecho y el poder*, coordinado por Gemma Nicolás Lazo, Encarna Bodelón, Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras, 95–116. Barcelona: Anthropos.
- BRAIDOTTI, Rosi. 1999. "Figuraciones de nomadismo. Identidad europea en una perspectiva crítica". En *Globalización y Género*, coordinado por Paloma de Villota Gil–Escoín, 27–46. Madrid: Síntesis
- BOSCH, ANNA; CARRASCO, CRISTINA; Y GRAU, ELENA. 2004. "Verde que te quiero violeta. Encuentros y desencuentros entre feminismo y ecologismo". Ponencia presentada en IX Jornadas de Economía Crítica, Universidad Complutense de Madrid, 25-27 de Marzo de 2004. <http://www.ucm.es/info/ec/index9.htm>.
- BUIGUES OLIVER, Gabriel. 2014. *La posición jurídica de la mujer en roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*. Madrid: Dykinson.
- BURGOS, Carmen de. 1921. "El artículo 438". *La novela semanal*, 15. Madrid: Prensa Gráfica. Consultado el 2 de febrero de 2019.
<http://www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/consulta/registro.cmd?id=1039005>
- CANTARELLA, Eva. 1996. *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Madrid: Cátedra.
- CASO, Ángeles. 2005. *Las olvidadas*. Himali. Edición digital.
- CASTÁN PÉREZ–GÓMEZ, José. 2001. "La patria potestad". En *Instituciones de derecho privado. Familia* Vol. 4, Tomo 1, coordinado por Juan Francisco Delgado de Miguel y Víctor Manuel Garrido de Palma, 621–827. Madrid: Civitas.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José. 1991. *Comentario del Código Civil, tomo I*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen. 1997. *Los procesos matrimoniales*,

Comentarios a la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre los procedimientos en las causas de nulidad, separación y divorcio (Comentarios, Jurisprudencia y formularios). Tirant lo Blanch: Valencia.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores e Isabel ZURITA MARTÍN. 2006. “Análisis de las medidas civiles previstas en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”. En *Mujer, violencia y derecho*, coordinado por María Dolores Cervilla Garzón y Francisca Rodríguez, 29–58. Cádiz: Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones.

CERRILLOS VALLEDOR, ANGELA. 2011. “Apoyar una patentabilidad positiva”. En *Custodia responsable y sus obstáculos: el SAP*, 25-36. Madrid: Comisión de Violencia de CELEM Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres.

CHACEL, Rosa. 1970. *La Confesión*. Barcelona: Edhasa.

COLAIZZI, Giulia. 2006. “Feminismo y teoría del discurso: razones para un debate”. En *Feminismo y teoría del discurso*, 108–123. http://www.debatefeminista.pueg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/005_10.pdf

CUERVO GARCÍA, Ana L. 2018. *Menores maltratadores en el hogar. Un estudio del fenómeno de violencia filo-parental*. Barcelona: Bosch editor.

DEMA MORENO, Sandra. 2016. “Igualdad, discriminación y género”. En *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad*, coordinado por María Valvideres Suárez, 89–109. Universidad de Oviedo: Ediciones de la Universidad de Oviedo.

DÍAZ- AMBRONA BARJARDI, María Dolores. 2014. “La patria potestad”. En *Protección jurídica del menor*. Coord. por María Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz, 63- 74. Madrid: Colex.

DÍEZ-PICAZO, Luis, Luis Ponce de León y Antonio Gullón Ballesteros. 1995. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*. Madrid: Tecnos.

DÍEZ PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS. 2001. *Sistema de derecho civil. Volumen IV*. Madrid: Tecnos.

DURÁN, M^a. Ángeles. 1972. *El trabajo de la mujer en España. Un estudio sociológico*. Madrid: Tecnos

———. 2003. “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”, *Estudios sobre el matrimonio y la familia*, núm. 25.

———. 2010. *La privación de la patria potestad: criterios legales, doctrinales y*

- judiciales*. Madrid: La Ley.
- FACIO, Alda. 1992. *Cuando el género suena cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: ILANUD.
<http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/2477/1/libro.pdf>.
- . 1999. “Hacia otra teoría crítica del derecho”. En *Género y Derecho*, coordinado por Alda Facio y Lorena Fries. Santiago: LOM Ediciones, La Morada.
<http://www.flacso.org.ec/docs/safisfacio.pdf>.
- FACIO, Alda y Lorena FRIES. 1999. *Género y Derecho*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- FALCON, Lidia. 1992. *Mujer y poder político*. Madrid: Vindicación feminista.
- . 2018. “Categorías que matan”. En *Diario Publico*.
<https://blogs.publico.es/lidia-falcon/2018/01/07/las-categorias-que-matan/>
- FÉRNANDEZ MONTERO, Patricia. 2015. *Ya no tengo miedo*. Alicante: Club Universitario.
- FERNÁNDEZ ALONSO, María del Carmen. 2001. “Violencia doméstica” atención primaria recomendaciones, publicación virtual del grupo salud mental del PAPPS, vol 28, suplemento 2, noviembre.
- . 2003. *Violencia doméstica*. FYC Elaborado por el Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud (PAPPS) de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (semFYC) Disponible en https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/violencia/docs/VIOLENCIA_DOMESTICA.pdf
- FLAQUER, Luis. 2012. “Liberalización sin protección: un balance de los resultados de la aplicación de la Ley de divorcio de 2005” En *La custodia compartida a debate. Colección Cuadernos Bartolomé de las Casas, 56*, coordinado por María Teresa Picontó Novales, Elisabet Almeda Samaranch y editado por Teresa Picontó Novales, 23–44. Madrid: Dykinson.
- FOUCAULT, M. 1992. *Microfísica del poder*. Madrid: La Piqueta.
- FRIEDAN, Betty. 2017. *La mística de la feminidad*. Madrid: Cátedra.
- FUENTE NORIEGA, Margarita. 1986. *La patria potestad compartida en el código civil español*. Madrid: RDU.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. 2012 “*Los movimientos feministas*”. En *Diversidad de género e igualdad de derechos. Manual para una asignatura interdisciplinar*, coordinado por Encarna Carmona Cuenca. Valencia: Tirant lo Blanch.

- GILLIGAN, Carol. 1985. *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Iztia. 2018. “Hijas e hijos víctimas de la violencia de género”. *Revista Aranzadi Doctrinal, parte Legislación* 8. Consultada el 9 de febrero de 2019.
http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_25/pdfs/17.pdf
- GÓMEZ VÁZQUEZ, M.ª Begoña y M.ª Josefa MOSTEIRO GARCÍA. 2018. *Identidades de género, trabajo, conocimiento y educación: desafíos y retos en el contexto transnacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- GOLDMAN, Emma. 2008. *La palabra como arma*. Madrid: La malatesta.
- HARDING, SANDRA. 1994. “¿Existe un método feminista?”. En *La Mujer y la ciencia: cuadernos para el debate*, 25–44. Madrid: Instituto de la Mujer.
- HARDING, Sandra. 1987. “¿Existe un método feminista?” Título original: “Is There a Feminist Method?” (traducido por Gloria Elena Bernal). En *Feminist and Methodology*, editado por Sandra Harding. Bloomington / Indianápolis: Indiana University Press. https://urbanasmad.files.wordpress.com/2016/08/existe-un-mc3a9todo-feminista_s-harding.pdf.
- HERRERA CAMPOS, Ramón. 2009. “La filiación”. En *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 231–283. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HERRERO, Yayo. 2012. “Propuestas ecofeministas para un sistema cargado de deudas”. *Revista de Economía Crítica* 13: 30–54. Consultada el 20 de marzo de 2019.
<https://studylib.es/doc/4736353/propuestas-ecofeministas-para-un-sistema-cargado-de-deudas>.
- . 2018. *La vida en el centro. Voces y relatos ecofeministas*. Madrid: Editorial de Ecologistas en Acción.
- IMAR ZUBIAUR, Leire. 2008. “La superación de la incapacidad de gestionar el propio patrimonio por parte de la mujer casada”. En *Mujeres y Derecho, pasado y presente: I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho*, coordinado por Jasone Astola Maradiag, 69–82. País Vasco: Universidad del País Vasco.
- IZQUIERDO, María José. 1998. *El malestar de la desigualdad*. Madrid: Cátedra.
- LAMA AYMÁ, Alejandra de. 2006. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- LASARTE, Carlos. 2005. *Derechos de familia. Principios de Derecho Civil IV*. Madrid: Marcial Pons.
- LERNER, G. 1990. *El origen del patriarcado*. Barcelona: Crítica.
- LINACERO DE LA FUENTE, María. 2016. *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ VIVES, Manuel. 1914. *Los derechos sociales de la mujer en el Código Civil*, Valencia: Vicente Ferrandis.
- LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen. 2008. “La atribución de la guarda y custodia en las crisis matrimoniales”. En *Mujeres y protección jurídica. Una realidad controvertida*, coordinado por Ángeles Liñán García y María Soledad Núñez de Castro, 57–75. Málaga: Universidad de Málaga. Atenea. Estudios sobre la mujer.
- MACKINNON, Catherine A. 1995. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.
- MAGRO SERVET, Vicente. 2017. “La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal”. Consultado el 30 de diciembre de 2018. <https://elderecho.com/la-privacion-de-la-patria-potestad-como-medida-civil-aplicable-en-el-proceso-penal>.
- MAQUEIRA D’ANGELO, Virginia. 2010. “Mujeres, globalización y derechos humanos”. En *Mujeres, globalización y derechos humanos*, coordinado por Virginia Maqueira D’Angelo, 41–96. Madrid: Cátedra.
- MARÍN LÓPEZ, Paloma. 2009. “Resistencias a la aplicación de la Ley integral : el supuesto SAP y su proyección en las resoluciones judiciales”. Consultado el 28 de enero de 2019. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/Resistencias-a-la-aplicacion-de-la-Ley-integral----el-supuesto-SAP-y-su-proyeccion-en-la-resoluciones-judiciales>.
- MARUAGA LÓPEZ DE GUEREÑU, Soledad. 2011. “Efectos de la custodia compartida y el SAP en la salud de los hijos e hijas”. En *Custodia Responsable y sus obstáculos: el SAP*, editado por Comisión de Violencia de CELEM, 37–49. Madrid: Coordinadora Española por el Lobby Europeo de Mujeres.
- MAYOBRE, Purificación e Iria VÁZQUEZ. 2015. “Cuidar cuesta: Un análisis del cuidado desde la perspectiva de género”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 151: 83–100. Consultada el 7 de abril de 2019. <http://dx.doi.org/10.5477/cis/reis.151.83>.

- MEDINA GUERRA, Antonia María. “El principio de economía lingüística y los procedimientos igualatorios”. María de los Ángeles Durán (Coord) *En Mujeres, Simbolismo y vida*. Málaga: Atenea estudios sobre la mujer. Universidad de Málaga. 2007. Malaga.
- MIGUEL ÁLVAREZ, Ana de. 2005. “Introducción Teoría feminista y movimientos sociales”. En *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, editado por Celia Amorós y Ana de Miguel, 13–89, Madrid: Minerva.
- MUIÑO, A. S. 2011. “Suspensión versus *privación* de la *patria potestad*: (Reflexiones al hilo de las STS de 20 de enero de 1993 y 24 de mayo de 2000)”. *Revista de derecho privado*, 7 (85), 554–580.
- NASH, Mary. 1983. *Familia y Trabajo en España (1875–1936)*. Barcelona: Anthropos.
- . 1999. *Rojas: mujeres en la guerra civil*. Madrid: Taurus.
- . 2004. *Mujeres en el Mundo, Historia, Retos y Nacimientos*. Madrid: Alianza editorial.
- NUÑEZ PAZ, María Isabel. 2009. “La necesaria regulación de la maternidad” En *Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica*. Coord. Rosa María Cid López. Oviedo: Colección Alternativas.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2018. “El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente”. Consultado el 25 de febrero de 2019. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_633168.pdf.
- ORTEGA, Margarita. 2005. “Introducción”. En *Historia de las mujeres en España y América Latina, II. El mundo moderno*, coordinado por Margarita Ortega, Asunción Lavrin, Pilar Pérez Cantó y dirigido por Isabel Morant. Madrid: Cátedra.
- OTERO CRESPO, Marta. 2014. “La diligencia debida: del ‘bonus pater familias’ a la persona razonable. La ‘desmasculinización’ del paradigma de referencia a la luz del derecho comparado.” En *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, coordinado por Carolina Mesa Marreror y María del Carmen Grau Pineda, 337–348. Madrid: Marcial Pons.
- PALACIO GONZÁLEZ, Dolores. 2016. “Protección jurídica de los menores de edad”. En *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad*, coordinado por María Valvideres Suárez, 19–38. Universidad de Oviedo: Ediciones de la Universidad de Oviedo.
- PALOMINO DIEZ, Isabel. “Mujer y tutela una discriminación histórica”. *En Mujeres y*

- protección jurídica: una realidad controvertida*, coordinado por Ángeles Liñán García y María Soledad de la Fuente Núñez de Castro, 12–31. Málaga: Universidad de Málaga.
- PATEMAN, Carole. 1995. *El Contrato sexual*. Barcelona: Anthropos.
- PÉREZ OROZCO, Amaia. 2006. *Perspectivas feministas en torno a la economía: el caso de los cuidados*. Madrid: Consejo Económico y Social.
http://www.gemlac.org/attachments/article/338/amaia%20perez%20orozco_2006.pdf.
- PULEO, Alicia. 2005. “El patriarcado: ¿una organización social superada?”. En *Temas para el debate* 133: 39–42. Consultado el 17 de abril de 2019.
https://www.mujeresenred.net/IMG/article_PDF/article_a739.pdf.
- RICH, Adrienne. 1989. *Nacemos de Mujer*. Madrid: Cátedra.
- RIVAS BONET, Maria Antonia. 2005. *Mujer y Trabajo en la economía social*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- ROCA TRÍAS, Encarna. 2005. *Familia y constitución*. 216-220. Disponible en http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/10/207_228%20ROCA.pdf
- RUBIO CASTRO, A. 2003. “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la Violencia contra las Mujeres. Un conflicto de valores”. En *Análisis Jurídico de la violencia contra las mujeres*, 13–62. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia. 2015. “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la sts núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824)”. *Revista boliv. de derecho*, 19: 562–575. Consultada el 22 de marzo de 2019.
http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n19/n19_a25.pdf.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio. 2000. “La mujer como víctima de delitos. La influencia del pensamiento feminista en el derecho penal y criminología”. En *Perspectivas sociales y jurídicas de la mujer: del presente hacia el futuro*, editado por María José Porro Herrera y María Dolores Adam Muñoz. Córdoba: Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- ROSA CORTINA, José Miguel de la. 2013. “Guarda y custodia compartida: perspectiva de futuro”. Consultada el 20 de mayo de 2019.
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PONENCIA%20-DE%20LA%20ROSA%20CORTINA.pdf?idFile=073cf177-58a8-4b21-9fb1-da8fb91d9b6f

- ROYO PRIETO, Raquel. 2011. *Maternidad, paternidad y conciliación en la CAE. ¿Es el trabajo familiar un trabajo de mujeres?* Deusto: Universidad de Deusto Bilbao
- SAU, Victoria. 2000. *Diccionario ideológico feminista*. Barcelona: Icaria.
- . 2004. *El vacío de la maternidad. Madre no hay más que ninguna*. Barcelona: Icaria
- SCOTT, Joan 1986 (1990). “¿El género es una categoría útil para el análisis histórico?”. En *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, editado por James S. Amelang y Mary Nash editores, 23–58. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim.
- SEGATO, Laura Rita. 2013. *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- http://www.debatefeminista.pueg.unam.mx/wpcontent/uploads/2016/03/articulos/040_08.pdf.
- SILLERO CROVETTO, Blanca. 2004. “Análisis legislativo y jurisprudencial de la violencia familiar en el ámbito civil” . En *Guía de argumentación para Operadores Jurídicos*, coordinado por Ana María Rubio Castro, 199–232. Sevilla: Instituto andaluz de la mujer.
- SUÁREZ LLANOS, María Leonor. 2002. *Teoría feminista, política y derecho*. Madrid: Dykinson.
- SUBIRATS, Marina. 1998. *Con diferencia. Las mujeres frente al reto de la autonomía*. Barcelona: Icaria.
- . 2010. *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Prometo Libros.
- TOBÍO SOLER, Constanza. 2012. “Proceso de individualización y socialización del cuidado”. En *Diálogos en la cultura de la paridad: reflexiones sobre feminismo, socialización y poder*, coordinado por Jorge García Marín y María Begoña Gómez Vázquez, 213–226. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico.
- TRISTÁN, Flora. (1838) 1986. *Peregrinaciones de una Paria*. Madrid: Istmo. Colección textos redivivos, libros perdurables.
- TUBERT, Silvia. 2003. *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*. Madrid: Cátedra.

- . 1988. *La sexualidad femenina y su construcción imaginaria*. Madrid: Ediciones El Arquero.
- . 1996. “Introducción”. En *Figuras de la madre*. Madrid: Cátedra.
- . 2011. “Desórdenes del cuerpo. El retorno de lo excluido”. En *Contar con el cuerpo: construcciones de la identidad femenina*, coordinado por Antonia Fernández Valencia y Marián López Fdez. Cao, 15–42. Madrid: Editorial Fundamentos.
- VALCÁRCEL, Amelia. (2008) 2012. *Feminismo en el mundo global*. Cátedra: Madrid.
- VALPUESTA, Rosario. 2008. “La ciudadanía de las mujeres: una conquista femenina”. En *Género y derecho: luces y sombras en el ordenamiento jurídico español*, coordinado por M^a Soledad de la Fuente Núñez Castro y Ángeles Liñán García, 11–86. Málaga: Ediciones de la Diputación de Málaga, CEDMA.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada. 2012. “Las Transformaciones del Derecho de Familia desde una Perspectiva de Género” 1171-1195. Ed. 1. Edición Digital. https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/40650/Pages%20from%20Pages%20from%20Investigacion_Genero_103-681-1256-4.pdf?sequence=1
- ZURITA MARTÍN, Isabel. 2003. “Madres e hijos: la patria potestad”. En *Mujer, familia y derecho*, coordinado por Francisca Fuentes Rodríguez y María Dolores Cervilla Garzón, 65–91. Cádiz: Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz.