

La eliminación de la patria potestad del maltratador: un breve estudio sobre su posible aplicación en España

Eliminação da patria potestad de la maltratador: um breve estudo de sua aplicação em Espanha

The elimination of the patria potestad del maltratador: a brief study on its possible application in Spain

Salvador Morales Ferrer¹

Resumen: La presente investigación tiene por objeto el análisis, de los hijos maltratados por el padre en el seno familiar, lo que también puede denominarse violencia de género su estudio está basado mediante la apreciación de las normas jurídicas vigentes tanto en el ámbito internacional como en los ámbitos de la comunidad europea y, española por las que se intenta paliar esta situación de violencia contra los hijos tanto nacidos en el matrimonio, como los hijos de las parejas de hecho. La metodología que sea utilizado en este documento ha sido un análisis en todo su contenido mediante el análisis descriptivo. Por medio de una descripción de las normas internacionales, de la Unión Europea y especialmente de España, llegando a la conclusión en el tratamiento jurídico de la influencia machista sobre sus hijos, como elemento indispensable para erradicar la violencia intrafamiliar o, violencia de

¹ Doctor en Derecho por el programa de Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia, con la calificación Apto Cum Laude Certificado-Diploma de Estudios Avanzados TERCER CICLO - DOCTORADO por la Universidad Cardenal Herrera CEU de Valencia. Certificado de Aptitud Profesional realizado en la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de abogados de Alzira. Máster Propio en Mediación y Gestión Eficiente de Conflictos por la Universidad Cardenal Herrera-Ceu (Valencia). Certificado de Aptitud Pedagógica por la Universidad de Valencia. Abogado Colegiado en el ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ALZIRA. Letrado Especialista para actuar en la Jurisdicción de Menores. E-mail: salvadormf@ono.com

género, lo que conllevan normas específicas y, concretas que influyen directamente en el derecho positivo español.

Palabras Claves: Interés del menor; Violencia de Género; Derecho Internacional; Derecho Español

Resumo: Esta pesquisa tem como objetivo a análise, das crianças abusadas pelo pai na família, que também pode ser chamado de estudo de violência de gênero é baseado pela apreciação das leis em vigor a nível internacional e nos campos da comunidade europeia e, espanhol pelo qual tenta aliviar esta situação de violência contra as crianças nascidas no casamento, como os filhos dos casais de fato. A metodologia utilizada neste documento foi uma análise em todo o seu conteúdo por meio de análise descritiva. Através de uma descrição das normas internacionais, a União Europeia e especialmente em Espanha, concluindo no tratamento legal de influência masculina em seus filhos, conforme necessário para erradicar a violência doméstica ou elemento de violência de gênero, que implicam regras específicas e concretas que influenciam diretamente o direito positivo espanhol.

Palavras-Chave: Interesse do menor; violência de gênero; Direito internacional; Direito espanhol

Abstract: The present investigation has for object the analysis of the children mistreated by the father in the familiar bosom, what also can be denominated violence of gender its study this based on the appreciation of the legal norms in force as much in the international scope as in the scopes of the European community and, Spanish by which it tries to alleviate this situation of violence against the children both born in the marriage, as the children of the de facto couples. The methodology that is used in this document has been an analysis in all its content through descriptive analysis. By means of a description of international standards, of the European Union and especially of Spain, reaching the conclusion in the legal treatment of the male influence on their children, as an indispensable element to eradicate domestic violence or, gender

violence, that entail specific and concrete rules that directly influence Spanish positive law.

Keywords: Interest of the minor; Gender violence; International law; Spanish law

Data de submissão do artigo: Agosto de 2019

Data de aceite do artigo: Setembro de 2020

Introducción

Desde los inicios de la humanidad, las personas se unen en familia, lo que conlleva la patria potestad sobre los hijos así lo expresa el autor De Coulanges²: “La Ley permitía al padre vender y hasta matar a su hijo. La ley que encontramos tanto en Grecia como en Roma” y llegando al siglo XX cabe mencionar al autor Espín³: “El estado de familia surge por medio del matrimonio. Aunque por medio del estado de familia puede surgir también del parentesco civil que es el que se contrae por virtud de la adopción, que imita la relación pater-filiar debida a la procreación”. Por lo que siempre ha existido la patria potestad paternal. Entrando en el Siglo XXI como señala el autor Del Campo⁴: “La monoparental consta de un padre o una madre que viven con sus hijos”. Al mismo tiempo cabe recordar que el Código Civil Español en su artículo 44.2⁵ señala: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando los contrayentes sean del mismo sexo diferentes”. El artículo tiene la siguiente estructuración: el primero aclara la figura del padre maltratador; el segundo esboza las normas jurídicas internacionales protectoras aplicables a los niños y niñas; el tercero refleja las normas protectoras de la Unión Europea aunque cada país integrante aplica sus normas internas; el cuarto es importante conocer la protección de los niños en la Constitución Española puesto que es muy importante conocer la norma en la que emergen las distintas normas de derecho positivo en España; el quinto aclara la posición en el ámbito civil español sobre la protección de los niños y la violencia del padre en el punto de encuentro como elemento unidireccional de protección infantil en el ámbito familiar puesto que los cónyuges o parejas de hecho terminaron mal la relación familiar y de afectividad; el sexto escenifica la proyección penal del padre maltratador; el séptimo

2 De Coulanges, Fustel (1982). “La Ciudad antigua”. Editorial Edaf S.A. Madrid.p.88

3 Espín Cánovas, Diego (1977). (Vol.1) (Sexta Edición) (Parte General) “Manual de Derecho Civil Español”. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid. p.290

4 Del Campo, Salustiano. (2004). (CLXXVIII) “Las transiciones de la familia española”. Revista Arbor. p.457.www.museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/180905campo.pdf.

5 Código Civil (2006) (Edición Especial). Consejo General de la Abogacía Española. Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). p. 51

aclara el concepto de patria potestad; el octavo aclara la pérdida de la patria potestad por el padre maltratador; el noveno atiende al derecho de ser oído el menor en el procedimiento judicial; el décimo analiza la orden de alejamiento tras la pérdida de la patria potestad por parte del padre maltratador. Por tanto, existen pluralidad de familias y dentro del seno familiar puede existir maltrato infantil por parte del progenitor.

1. La figura del padre maltratador infantil en el ámbito familiar

Como se ha observado siempre ha existido en las distintas culturas una Patria Potestad de los padres hacia los hijos, generalmente en el Siglo XXI sea manifestado en el maltrato infantil, bien generado por la ruptura de la pareja ya sea de hecho o de Derecho o, infringiéndole este daño psicológico mediante a su ex pareja por estos medios de esta forma cabe mencionar al autor Yugueros⁶ que señala: "La violencia física, sexual y psicológica que se produce en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar", aunque también no se debe descartar la violencia en los niños. Por lo que se denominaría una violencia intrafamiliar o, violencia paterno filial, atendiendo a la figura del padre maltratador hacia los hijos biológicos o adoptivos. Por lo que como señala el autor Ruiz⁷: "El sexismo transmitido a través de mecanismos de control formal o informal, en el proceso de socialización, por parte de la familia". Por tanto, tendrá una influencia sobre el padre maltratador en la educación que hubiesen adquirido de los padres, en cuanto a una unidad familiar desestructurada o, inclusive la relación educacional entre compañeros de colegio, aportándose estas causas al núcleo familiar y. afectando a los hijos menores de edad. En este sentido, cabe

6 Yugueros García, Antonio Jesús (2014). (núm.18 enero- diciembre) "La violencia contra las mujeres: conceptos y causas". Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales Toledo, España. p.147.

7 Ruiz Carbonell, Ricardo (2002). "La violencia familiar y los Derechos Humanos". Editorial Comisión de Derechos Humanos. México. p.21.

mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona⁸ en su Fundamento de Derecho Segundo señala: “no es absoluto, pues según la norma puede denegarse o suspender cuando incumplen los deberes de los progenitores o sí la relación puede perjudicar el interés de los hijos, hay alguna otra justa causa, cual es que los hijos padezcan abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista”. Por lo que, siempre estas actuaciones violentas, tanto psíquicas o físicas se dan cuanto el progenitor es generalmente viene de una familia que la ha educado en un claro ambiente familiar machista.

2. Las normas protectoras internacionales de los niños y las niñas

Desde la Declaración Universal de los Derechos de 1948⁹ en su artículo 16. 3 señala: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Al mismo tiempo cabe citar El Pacto Social de los Derechos Civiles y Políticos¹⁰ que menciona en su artículo 7: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, por lo que analógicamente sería de aplicabilidad en la violencia machista familiar. Por lo tanto, en caso de malos tratos intrafamiliares el Estado gozara de las herramientas indispensables, para privar de los progenitores de la patria potestad de sus hijos. Asimismo, una de las normas más importantes sobre la protección de los niños es la privación de la patria potestad contemplado en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los

8 Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección Segunda) (Ponente José Isidro Rey Huidobro) (Sentencia 54/2014 de 17 de febrero) Tol.4.217.968. Tirant Online

9 La Declaración de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), p.5 www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

10 Pacto Social de los Derechos Civiles y Políticos 30 de abril de 1977. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín:103. p. 9339 <https://www.boe.es/>Buscar>

Niños¹¹ en sus artículos 1º. c. al señalar: “determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental” y, en su artículo 3. a. señala: Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse en particular a: la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación”. Por tanto, esta muy claro que el legislador internacional intenta proteger al niño o, niña de la violencia generada por sus progenitores, concretamente de la violencia machista, mediante la aplicación de las normas internas de los Estados Firmantes. Por otro lado, la doctrina es crítica respecto a la norma internacional en este caso cabe mencionar a la autora Trinidad¹² que manifiesta: “el complicado asunto de la imposición de castigos corporales a los niños como medida correctora o educativa. Se trata, en efecto, de una cuestión difícil de delimitar por la que el Derecho Internacional ha pasado de puntillas. De este modo, no podemos encontrar indicios que nos ayuden a delimitar cuándo se entiende que se está ante un caso de malos tratos y no sólo del legítimo deber de corrección de los progenitores”. Por lo que la normativa internacional no es suficientemente esclarecedora y se tiene que remitir a la norma interna del país firmante.

3. Las normas protectoras de los niños y las niñas en la Comunidad Europea

Así, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³ en su artículo 24 señala: “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y

11 Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (Hecho el 19 de Octubre de 1996) Hague Conference on Private International Law Conférence de la Haye de Droit International Privé. p.2 <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

12 Trinidad Núñez, Pilar (2004). (Núm. 6028) (Año XXV). “La Cara oscura de las relaciones familiares: la protección de los niños frente a los miembros de su propia familia”. Diario La Ley. Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). La Ley 1017/2004. p.1

13 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000. Diario de la Unión Europea p. C 384/14. www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text.es.pdf

de su madurez. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses". Por lo que se extrae de la norma todos los niños deben tener un bienestar familiar, educativo, por lo que se quiebra esta situación serán iodos por el Ministerio Fiscal y el Juez de menores, por tanto, será de protección primordial la infancia, y, será atendidos tanto por las instituciones estatales como las entidades privadas. Por otro lado, la Decisión Marco de Consejo de la Unión Europea¹⁴ señala en su artículo 2 Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales siguientes: C. iii: "abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño". Lo que implicaría que cada Estado miembro de la Comunidad Europea aplicara su norma interna al respecto. Por otro lado, indirectamente el legislador europeo se refiere a sus progenitores, siempre atendiendo a la violencia machista dentro del hogar familiar, siempre como menciona la Decisión Marco de Consejo de la Unión Europea en su artículo 1: "A los efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por: a) niño, cualquier persona menor de 18 años", por tanto, la aplicación normativa será para los menores de 18 años. Por otra parte, Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007¹⁵, aunque en su artículo 1.1ª) señala: "El presente Convenio tiene por objeto: a) Prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños" y definiendo el concepto de niño en su artículo 3.a al señalar: "A los fines del presente Convenio: Por «niño» se entenderá toda persona menor de 18 años". Al respecto, la norma se aleja lo suficiente de la violencia intrafamiliar al señalar en su artículo 6:

14 Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Diario Oficial de la Unión Europea 21.1.2004. p. L 13/45 <https://www.boe.es/Buscar>

15 Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Rango: Disposiciones Generales. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín:274. pps.94860-94861

“en colaboración con los padres, se inscribirá en el contexto de una información de carácter más general sobre la sexualidad y prestará especial atención a las situaciones de riesgo”. Por otro lado, cabe mencionar a la autora Cortada¹⁶ que señala: “también van a resultar protegidos aquellos menores que resultan directa o indirectamente afectados por los mismos”. Por tanto, en esta última norma el legislador europeo tendría que haber tenido en cuenta la violencia intrafamiliar.

4. La Protección de los niños en la Constitución Española de 1978

Como bien señala la Constitución Española en su artículo¹⁷ 39.1: “Los poderes asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia”. Por tanto, son los poderes públicos quienes garantizaran la familia tanto tradicional, incluyendo las personas del mismo sexo, como las familias monoparentales. Por otro lado, cabe mencionar del mismo artículo 39.2¹⁸ que señala: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Al respecto la autora Castillo¹⁹ menciona: “La determinación de cuál sea el interés del hijo menor de edad exige, como premisa necesaria, una referencia al criterio de protección integral del niño consagrado constitucionalmente”. Por lo que, la Constitución Española remite a las demás leyes la protección del menor y a los órganos jurídicos competentes, ante la violencia machista intrafamiliar.

16 Cortada Cortijo, Neus (2007). “Aspectos civiles de la protección del menor ante situaciones de violencia de Género” en AA.VV., “Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia la Adolescencia”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. p.150.

17 Constitución Española (2003). (Edición Especial). Editorial Aranzadi Cizur Menor (Navarra). p 94

18 Constitución Española (2003).Op. Cit., p.94

19 Castillo Martínez, Carolina del Carmen (2010). “Cuestiones previas” Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). p.5 La Ley 5072/2011

5. Las normas protectoras de los niños y las niñas en el Código Civil Español

Atendiendo al Código Civil en su artículo 160²⁰ señala: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo. En caso de oposición, el juez a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con algunos de sus progenitores”, al respecto el Código Civil se remite al favor filii, con la observancia de la que los padres no ejercen la patria potestad respecto a los hijos al hilo cabe mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara²¹ en sus Fundamentos de Derecho Tercero analiza el concepto de patria potestad : “debe distinguirse lo que es la titularidad de la patria potestad del ejercicio de la misma. Este último supone la toma diaria y cotidiana de decisiones que afectan, también de modo cotidiano y diario, al interés del menor, en el ámbito educativo, sanitario, material, social, etc.”. Por lo que, como analiza la sentencia los progenitores por diversas causas pueden perder la patria potestad, eso no implica que durante el derecho de relacionarse incluso en el punto de encuentro exista violencia tanto física, psíquica sobre los hijos.

6. La violencia de los padres en el punto de encuentro

Los puntos de encuentro su nacimiento se produce cuando existe una ruptura familiar dramática ya sean matrimonio o, pareja de hecho donde los progenitores mediante un equipo social y

²⁰ Código Civil (2006) (Edición Especial). Op. Cit., p.84

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sentencia 66/2017 de 31 de marzo) (Ponente Mayor Rodrigo, María Elena): Rec. 398/.2016. La Ley.

abogados son supervisados en este sentido cabe mencionar al autor De Rosa que expresa²²: “Menores separados de sus padres biológicos con medida de protección”. Por tanto puede existir algún tipo de violencia sobre los menores e incluso en el mismo punto de encuentro, por lo que se tomarán las medidas pertinentes como señala la Sentencia del Tribunal Supremo²³ en sus Fundamentos de Derecho Primero e): “De la misma forma se condicionará el disfrute de tal régimen de visitas a que por parte del actor se justifique documentalmente que se ha sometido a un programa terapéutico en el que se le trate de su violento carácter y que le habría llevado a cometer los hechos por los que ha resultado condenado”. Por lo que, será una medida como elemento de protección para los menores en separaciones difíciles tanto matrimoniales como parejas de hecho.

7. La protección de los niños en el Código Penal Español

Así, cabe mencionar el artículo 153.1²⁴ del Código Penal Español que señala: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147²⁵, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta

22 De Rosa Torner, Fernando (2002). (Núm.5652). (Año XXIII) “<<Punto de Encuentro: Una nueva experiencia””. Diario La Ley. Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). La Ley 2632/2002.p3

23 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) (Sentencia 680/2015 de 26 de noviembre) (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) Rec. 36/2015. La Ley

24 Código Penal (2006) (Edición Especial). Consejo general de la Abogacía Española Editorial La Ley Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). p.85.

25 Código Penal (2006). Op.Cit., p.83.

cinco años". Por lo que, el legislador Español actúa en favor de los hijos o favor filii y, siguiendo con la misma norma el artículo 147²⁶ menciona: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal". En este caso, como menciona el artículo serán perseguibles estos delitos por la denuncia del menor o, cualquier persona que conozca de los malos tratos intrafamiliares.

8. ¿Que es la Patria Potestad?

La institución de la Patria Potestad surge en España a través del artículo 154.1 ²⁷del Código Civil que señala: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores". Asimismo, los autores Lacruz y de Sancho²⁸ definen la patria potestad: "En el aspecto activo la potestad, así caracterizada, se identifica con el concepto función. La institución de la patria potestad o la tutela que se establece hoy como un officium, con la finalidad de ciudad y atender al interés familiar y, por tanto, con un aspecto primordial de deber. El padre entonces órgano de un poder

26 Código Penal (2006). Op.Cit., p.83.

27 Código Civil (2006) (Edición Especial). Op. Cit., p.82.

28 Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís (1982). "Derecho de Familia. Elementos de Derecho Civil IV". Editorial Librería Bosch. Barcelona. p.19.

protector de la familia”, al hilo la autora Castillo²⁹ menciona: “ Por consiguiente cabría concluir que titularidad y ejercicio conjuntos de la patria potestad constituyen la norma general prevista por el legislador por ser la situación deseable en orden a la mejor protección de interés del menor además de obedecer al principio de igualdad de los cónyuges”, al hilo el Tribunal Supremo³⁰ en sus Fundamentos de Derecho Segundo entiende la Patria Potestad como: “presupuestos como deberes asistenciales, tanto de orden ético, moral o espiritual como de índole económica”. Por lo que los progenitores tendrán que prestar alimentos, educación y bienestar a sus hijos.

9. La pérdida de la Patria Potestad por violencia machista contra los hijos

Tras modificación del Código Penal Español en su artículo 27 ³¹señala: “Son penas privativas de derechos: La privación de la patria potestad”. En este sentido el órgano juzgador será el encargado de inhabilitar la patria potestad al maltratador como menciona la Sentencia del Tribunal Supremo en sus Fundamentos de Derecho sexto³²: “El Juez o Tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o algunos menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso”. Por tanto, una de las causas de la privación de la Patria potestad será como menciona el artículo 172.2³³ de Código Penal que señala: “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis

29 Castillo Martínez, Carolina (2003). (Coordinador: Llopis Giner, Juan Manuel) “Patria Potestad, en AA.VV., “Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones”. p.164

30 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) (Sentencia 20 de septiembre de 1985) (Ponente: Gil Sáez, Santa-maria) La Ley 10269-jF/0000

31 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín:77 p. 27093 <https://www.boe.es>>Buscar

32 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) (Sentencia 596/2006 de 28 de abril) (Ponente: Sánchez Melgar, Julián Artemio) Rec.987/2005, La Ley.

33 Código Penal (2006). Op.Cit., pps.91-92

meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad". Por lo que se refiere el legislador de la coacción de la cónyuge delante de los hijos, a hilo la autora Castillo³⁴ manifiesta: "La privación de la patria potestad supone la extinción de la misma pero sólo respecto al sujeto que la ejerce y resulta privado y no en cuanto al hijo, siempre y cuando exista cotitular (el otro progenitor) en quien pueda concentrarse". Por lo que, la patria potestad recaerá sobre el otro cónyuge, abuelos o, familiares.

9.1 El derecho a ser oído el menor en la pérdida de la patria potestad

Como muy bien señala la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil,³⁵ en su artículo 5.a : "Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente", al hilo como comenta la autora Berrocal³⁶: "los que son víctima de violencia y la regulación de determinados derechos y deberes. Asimismo, se realiza una profunda revisión de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia". Por lo que, la norma estará adecuada a los niños y niñas que sufran violencia machista intra familiar. Por otra parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de

34 Castillo Martínez, Carolina. Op. Cit., p.171

35 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 15.p.7 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

36 Berrocal Lanzarot, Ana.I. (2015) "Las Instituciones de protección a la familia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015. La Ley Derecho de Familia. Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). p.1. La Ley 6046/2015

enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil,³⁷ en su artículo 2.1. 2..b.c señala: “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta 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: 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. 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. La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia”. Por tanto, la norma prioriza el interés superior de menor, antes las necesidades básicas de la vida y, afectivas por lo que sea tenderá siempre contra la violencia familiar.

³⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 15.p.6. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

10. La orden de alejamiento del progenitor tras la pérdida de la patria potestad del menor

Asimismo, tras un maltrato familiar del progenitor el Juez emite una orden de alejamiento, que en los últimos tiempos ha sido infructuosa en España, por parte del progenitor ya como venganza a la expareja o, como odio a su propio hijo incurriendo en el asesinato de sus hijos o, hijo menores de edad por lo tanto además de la pena que se deriva existe un quebrantamiento de condena como señala el Código Penal Español en su artículo 57³⁸: "Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. No obstante, lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se

³⁸ Código Penal (2006). Op.Cit. p.46

hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda". Por lo que el legislador español se implica en los delitos de violencia de género o, familiar, al hilo el autor Magro³⁹ menciona: "violencia de género, por lo que los órganos judiciales deben comunicar a la víctima el alcance de la cobertura de la existencia de la orden de alejamiento. Decimos esto porque, en la aplicación y ejecución de estas medidas, se suele dar con relativa frecuencia el encuentro entre víctima y acusado/penado, en los que existe una cierta colaboración de éstas en propiciar este encuentro, aun a sabiendas de que concurre la orden, o incluso entendiendo que ésta no existe, ya que piensan que, siendo ellas las que se acercan, no existe el quebrantamiento de medida cautelar o pena". Por lo que, se incurriría en un quebrantamiento de condena como especifica el artículo 468.1 al señalar: "Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos". Por lo que, se ampliará la condena del penado.

Conclusiones

1. El sistema patriarcal ha existido siempre en el ámbito familiar desde los antiguos inicios de la sociedad, lo que implica un poder sobre los hijos creando así una potestas incluso hasta la venta o, esclavitud del hijo.
2. A partir del siglo XX la legislación internacional fue el artífice de la protección del menor en el ámbito familiar.

³⁹ Magro Servet, Vicente (2013) (Nº105). Sección Práctica Penal "Encuentros casuales en la orden de alejamiento y quebrantamiento de condena". Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). p.1 La Ley 8904/2013

3. Tras la creación de la Unión Europea el legislador europeo creó su legislación interna con la aplicabilidad de los países integrantes.

4. Al respecto los países integrantes de la Unión Europea, aplicarán su norma interna sobre la violencia intrafamiliar hacia los niños y las niñas, como es obvio en España.

5. La orden de alejamiento es un elemento indispensable como herramienta contra el maltratador generalmente el padre biológico.

6. Estos casos de violencia machista contra los hijos y las hijas se producen como venganza contra su expareja por lo que intentará producir el maltratador familiar un daño físico y mental.

7. Los órganos juzgadores en España son muy lentos lo que provoca lamentablemente el asesinato de los hijos por parte del maltratador.

Referencias

1. Autores

Berrocal Lanzarot, Ana.I. (2015) "Las Instituciones de protección a la familia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015. La Ley Derecho de Familia. Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). p.1. La Ley 6046/2015

De Coulanges, Fustel (1982). "La Ciudad antigua". Editorial Edaf S.A. Madrid.

Del Campo, Salustiano. (2004). (CLXXVIII) "Las transiciones de la familia española". Revista Arbor. p.457. www.museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/180905campo.pdf.

De Rosa Torner, Fernando (2002). (Núm.5652). (Año XXIII) "<<Punto de Encuentro: Una nueva experiencia"". Diario La Ley. Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). La Ley 2632/2002.

Castillo Martínez, Carolina (2003). (Coordinador: Llopis Giner, Juan Manuel) "Patria Potestad, en AA.VV., "Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones"

Castillo Martínez, Carolina del Carmen (2010). "Cuestiones previas" Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). La Ley 5072/2011.

Cortada Cortijo, Neus (2007). "Aspectos civiles de la protección del menor ante situaciones de violencia de Género" en AA.VV., "Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia la Adolescencia". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.

Espín Cánovas, Diego (1977). (Vol.1) (Sexta Edición) (Parte General) "Manual de Derecho Civil Español". Editorial Revista de Derecho Privado Madrid.

Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís (1982). "Derecho de Familia. Elementos de Derecho Civil IV". Editorial Librería Bosch. Barcelona.

Magro Servet, Vicente (2013) (Nº105). Sección Práctica Penal "Encuentros casuales en la orden de alejamiento y quebrantamiento de condena". Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). p.1 La Ley 8904/2013

Ruiz Carbonell, Ricardo (2002). "La violencia familiar y los Derechos Humanos". Editorial Comisión de Derechos Humanos. México.

Trinidad Núñez, Pilar (2004). (Núm. 6028) (Año XXV). "La Cara oscura de las relaciones familiares: la protección de los niños frente a los miembros de su propia familia". Diario La Ley. Editorial La Ley Las Rozas (Madrid). La Ley 1017/2004.

Yugueros García, Antonio Jesús (2014). (núm.18 enero- diciembre) "La violencia contra las mujeres: conceptos y causas". Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales Toledo, España.

2. Legislación

La Declaración de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), p.5 www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Pacto Social de los Derechos Civiles y Políticos 30 de abril de 1977. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín:103. p. 9339 <https://www.boe.es>>Buscar

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (Hecho el 19 de Octubre de 1996) Hague Conference on Private International Law Conférence de la Haye de Droit International Privé. p.2 <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000. Diario de la Unión Europea p. C 384/14. www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text.es.pdf.

Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Diario Oficial de la Unión Europea 21.1.2004. p. L 13/45 <https://www.boe.es>>Buscar

Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Rango: Disposiciones Generales. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín:274. pps.94860-94861

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 15.p.6. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín:77 p. 27093 <https://www.boe.es>>Buscar

Constitución Española (2003). (Edición Especial). Editorial Aranzadi Cizur Menor (Navarra).

Código Civil (2006) (Edición Especial). Consejo General de la Abogacía Española. Editorial La Ley Las Rozas (Madrid).

Código Penal (2006) (Edición Especial). Consejo general de la Abogacía Española Editorial La Ley Editorial La Ley Las Rozas (Madrid).

3. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) (Sentencia 20 de septiembre de 1985) (Ponente: Gil Sáez, Santamaria) La Ley 10269-jF/0000

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) (Sentencia 596/2006 de 28 de abril) (Ponente: Sánchez Melgar, Julián Artemio) Rec.987/2005, La Ley

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sentencia 66/2017 de 31 de marzo) (Ponente Mayor Rodrigo, María Elena): Rec. 398/.2016. La Ley.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) (Sentencia 680/2015 de 26 de Noviembre) (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) Rec. 36/2015. La Ley

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección Segunda) (Ponente José Isidro Rey Huidobro) (Sentencia 54/2014 de 17 de febrero) Tol.4.217.968. Tirant Online.