

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Responsabilidad parental y violencia de género. Examen tras de un año de vigencia de la Ley 8/2021, de 4 de junio

Parental responsibility and gender violence. Examination after one year of effectiveness of Law 8/2021, of June 4

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora Titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Tras un año en vigor de la Ley de Protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia se hace necesario realizar una reflexión de su efectividad poniendo de relieve que muchas de las medidas que se contienen en la Ley aún no se han puesto en marcha, y las referidas a nuestro estudio no terminan de ser aplicadas en la práctica. El estudio se centra en las modificaciones relativas a la patria potestad, pero con carácter genérico se reitera la importancia de que los menores sean oídos y en condiciones idóneas con todas las garantías. La innovación contenida en el artículo 154 del Código Civil se basa en cómo la facultad de decidir la residencia de los menores forma parte del contenido de la patria potestad. Introduce una modificación cuyo origen real se encuentra en reiterada doctrina jurisprudencial relativa a la suspensión cautelar de la patria potestad, de la guardia y custodia, y del régimen de visitas con la finalidad de apartar al menor de un peligro, referido a evitar la sustracción de menores por algún progenitor o por terceras personas. Otra de las modificaciones legales,

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

también con base y origen en la jurisprudencia del Supremo, posibilita al juez, con apoyo en el artículo 158 del Código Civil, a imponer la suspensión cautelar de la patria potestad que está prevista en tanto dure el procedimiento, siendo necesario acudir al artículo 170 del Código Civil si se desea que la suspensión perdure en el tiempo. Falta un largo trecho por recorrer, no solamente por la necesaria formación judicial especializada, la creación de juzgados dedicados a la violencia, sino sobre todo del ejercicio efectivo implantado por la Ley como la aplicación práctica de la suspensión cautelar de la patria potestad.

ABSTRACT: After a year in force of the Law for the Protection of Children and Adolescents against Violence, it is necessary to reflect on its effectiveness, highlighting that many of the measures contained in the Law have not yet been implemented, and those referred to in our study have not been applied in practice. The study focuses on changes related to parental authority, but generically reiterates the importance of minors being heard and in suitable conditions with all guarantees. The innovation contained in article 154 CC is based on how the power to decide the residence of minors is part of the content of parental authority. Introduces a modification whose real origin is found in reiterated jurisprudential doctrine regarding the precautionary suspension of parental authority, guard and custody, and the visitation regime in order to remove the minor from danger, referring to avoiding the abduction of minors by a parent or by third parties. Another of the legal modifications, also based on and originating in the jurisprudence of the Supreme Court, enables the judge, with the support of article 158 CC, to impose the precautionary suspension of parental authority that is provided for as long as the procedure lasts, being necessary to go to article 170 of the CC if you want the suspension to last over time. There is still a long way to go, not only due to the necessary specialized judicial training, the creation of courts dedicated to violence, but above all the effective exercise implemented by the Law as the practical application of the precautionary suspension of parental authority.

PALABRAS CLAVE: Violencia. Violencia de género. Patria potestad. Menores. Niños. Niñas. Adolescentes.

KEY WORDS: Violence. Gender violence. Parental authority. Minors. Boys. Girls. Adolescents.

SUMARIO: I. LA LEY 8/2021, DE 4 DE JUNIO Y LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL INTRODUCIDAS EN LA PATRIA POTESTAD EN SU RELACIÓN CON LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES.—II. CONCEPTO DE VIOLENCIA Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL.—III. EL ÁMBITO FAMILIAR Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LA NUEVA DIMENSIÓN DEL CONCEPTO.—IV. LA IMPORTANCIA DE QUE LOS MENORES DE EDAD SEAN OÍDOS.—V. LA FACULTAD DE DECIDIR EL LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS MENORES DE EDAD Y EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. EL NUEVO ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL: LA FACULTAD DEL JUEZ DE SUSPENDER CAUTELARMENTE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.—VII. CUESTIONES PENDIENTES Y PROPUESTAS DE FUTURO.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE SEN-

TENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACIÓN CITADA.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA LEY 8/2021, DE 4 DE JUNIO Y LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL INTRODUCIDAS EN LA PATRIA POTESTAD EN SU RELACIÓN CON LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES

El pasado 25 de junio se cumplió un año de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia¹, que introdujo los compromisos internacionales asumidos por España en la protección integral de las personas menores de edad y al mismo tiempo dotar a la infancia y adolescencia de un estatuto jurídico integral y efectivo capaz de protegerlas frente a cualquier violencia². Ley que, como señalan los datos, ha supuesto un punto de inflexión en distintos ámbitos, tanto de índole sustantiva como procesal.

Ley Orgánica basada en la Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia (art. 21) es de carácter plurianual y conlleva distintos niveles de actuación: sensibilización (art. 22), prevención (art. 23) (art. 24) y detección precoz.

Niveles de actuaciones que se aplican en todos los ámbitos relacionados con la infancia y la adolescencia: ámbito familiar (arts. 26 a 29), ámbito educativo (arts. 30 a 35), ámbito de la educación superior (art. 36), ámbito sanitario (arts. 38 a 40), ámbito de los Servicios sociales (arts. 41 a 44), ámbito de las nuevas tecnologías (arts. 45 a 46), ámbito del deporte y del ocio (arts. 47 a 48), ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 49 y 50), ámbito de la Administración General del Estado en el Exterior (art. 51), ámbito de la protección de datos (art. 52) y ámbito de los centros de protección de menores de edad³.

Introduce, además, como novedades más necesarias la *formación especializada*, inicial y continua en materia de derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia a los profesionales que tengan un contacto habitual con las personas menores de edad.

Sus novedades fueron muchas, como la definición de los términos violencia⁴, buen trato⁵ y parentalidad positiva⁶, el impulso para la colaboración y cooperación público-privada; la declaración de nuevos derechos de los menores víctimas (a que su orientación sexual e identidad de género sea respetada en todos los entornos de vida, a la información y asesoramiento sobre las medidas de la ley y sobre los mecanismos de información o denuncia existentes, a ser escuchadas con todas las garantías y sin límite de edad en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole para la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas, a la atención integral y a la asistencia jurídica gratuita)⁷.

También, fueron muy importantes, la apuesta por la prevención y la detección precoz de la violencia (incluso la que ocurre en Internet) a través de la educación, sensibilización y promoción de contenidos orientados a ello, permitiendo el abordaje del problema previo a la judicialización del mismo. El fortalecimiento de los sistemas de alarma: se crea una línea de ayuda, la figura del coordinador o coordinadora de bienestar y protección y unidades especializadas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Se dota a los servicios sociales de la condición de autoridad y se exige el nombramiento de un delegado o delegada de protección en el ámbito deportivo. Se regula la toma de declaración a los menores como prueba preconstituida a fin de minimizar la

revictimización. Se crea el «Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia», al que deben remitir información las administraciones públicas, el CGPJ y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para ampliar el conocimiento sobre la violencia que se ejerce contra estos menores, su magnitud y su tipología. Muchas de las cuales, a un año vista no se han puesto en marcha.

La Ley en su propia exposición de motivos reconoció como «el Comité de Derechos del Niño, *con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018, reiteró a nuestro país la necesidad de la aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños y niñas, que debía resultar análoga en su alcance normativo a la aprobada en el marco de la violencia de género*».

La Observación General número 13, puso de manifiesto las graves repercusiones de la violencia y los malos tratos sufridos por los niños, niñas y adolescentes, sobradamente conocidas. Esos actos pueden causar lesiones que pueden provocar discapacidad; problemas de salud física, como el retraso en el desarrollo físico y la aparición posterior de enfermedades; dificultades de aprendizaje incluidos problemas de rendimiento en la escuela y en el trabajo; consecuencias psicológicas y emocionales como trastornos afectivos, trauma, ansiedad, inseguridad y destrucción de la autoestima; problemas de salud mental como ansiedad y trastornos depresivos o intentos de suicidio, y comportamientos perjudiciales para la salud como el abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual⁸.

La ley atiende al derecho de los menores a no ser objeto de ninguna forma de violencia, y, va un paso más allá, con su carácter integral en las materias que asocia a su marco de efectividad, ya sea sustantiva como en su voluntad didáctica, divulgativa y cohesionadora.

Además, tiene en cuenta a «los niños, niñas y adolescentes con discapacidad (que) son sujetos especialmente sensibles y vulnerables a esta tipología de violencia, expuestos de forma agravada a sus efectos y con mayores dificultades para el acceso, en igualdad de oportunidades, al ejercicio de sus derechos».

Realmente, en la exposición de la Ley se menciona expresamente que «el Comité lamenta la falta de progresos en la aprobación de una ley general sobre la violencia contra los niños», recomendando que se adoptasen las siguientes medidas:

- Aprobación de leyes para garantizar la protección integral de los niños contra la violencia.
- Evaluación de los factores de riesgo y características de la violencia contra los niños con el objetivo de construir una estrategia nacional para paliar este problema.
- Creación de un marco de coordinación entre administraciones e instituciones para responder adecuadamente a situaciones de violencia contra los niños.
- Aumento de los programas educativos para darle a los niños las herramientas necesarias para luchar contra la violencia que les afecta y reconocer sus derechos.
- Fomento de la asignación de recursos técnicos, financieros y humanos para combatir estas formas de violencia.
- Impulso de acciones comunitarias para prevenir y luchar contra la violencia doméstica, malos tratos y descuido de los niños.

No deja de ser interesante, como veremos a lo largo de las siguientes páginas la modificación de normas del Código Civil, introducidas a través de la disposición final segunda.

El primero de los preceptos modificados es el artículo 92 del Código Civil que introduce la necesidad de asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio⁹. También se modificó el artículo 154 del Código Civil, a fin de establecer con claridad que la *facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad* forma parte del contenido de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el *consentimiento de ambos* o, en su defecto, *autorización judicial* para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia, como así se ha fijado ya explícitamente por algunas comunidades autónomas. No olvidemos que el artículo 154 del Código Civil configura la patria potestad como responsabilidad parental, de acuerdo con la moderna concepción de las relaciones paterno-filiales como una función que debe ejercerse en interés de los hijos.

Así, se aclaran las posibles dudas interpretativas con los conceptos autónomos de la normativa internacional, concretamente, el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, y el Convenio 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 en La Haya el 19 de octubre de 1996, en sus artículos 2, 9 y 3.

En la normativa internacional *la custodia y la guarda comprenden el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de la persona menor de edad, siendo un concepto autónomo que no coincide ni debe confundirse con el contenido de lo que se entiende por guarda y custodia en nuestras leyes internas*. Ese cambio completa la vigente redacción del artículo 158 del Código Civil, que contempla como medidas de protección «Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor»¹⁰.

Se modifica, por consiguiente, el artículo 158 del Código Civil, con el fin de que el juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad.

También se modificó el artículo 172.5 del Código Civil, que regula los supuestos de *cesación de la tutela y de la guarda provisional de las entidades públicas de protección*, ampliando de 6 a 12 meses el plazo desde que el menor abandonó voluntariamente el centro.

A continuación, vamos a ir examinando las novedades introducidas y realizar un examen de lo que han supuesto las modificaciones tras un año de vigencia de la ley.

II. CONCEPTO DE VIOLENCIA Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL

El artículo primero determina la finalidad de la Ley que es la de proteger los derechos fundamentales de los menores frente a cualquier forma de violencia que pueda dañar su integridad física o psicológica, previendo medidas de protección integral¹¹.

El *concepto de violencia* es clave en este cuerpo normativo, que en su artículo segundo, se concreta en:

«a los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital».

En su apartado segundo esta definición se afirma que:

«en cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar».

Definición extensa y completa que garantiza que la protección a los menores sea cubierta en todos los ámbitos.

La *violencia de género* fue definida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, teniendo en cuenta la violencia ejercida contra los menores por padres, familiares o allegados. Se produce cuando los menores que conviven en un entorno de violencia presentan conductas agresivas y antisociales, demuestran un menor rendimiento académico, ansiedad, depresión y síntomas traumáticos. Además, interiorizan estos roles y hacen que perduren, lo que también les convierte en damnificados. Son, en definitiva, víctimas porque son instrumentos a través de los cuales seguir ejerciendo violencia sobre la mujer.

Posteriormente, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su exposición de motivos, concretó el impacto de la violencia sobre los menores señalando que «La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma».

Fue a partir de 2015, como veremos más adelante, cuando realmente se produjo una *transformación jurisprudencial*. Así en la STS de 26 de noviembre de 2015¹², donde se concreta que «El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas

como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». Igualmente, el artículo 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

También la STS de 4 de febrero de 2016¹³, aludía de manera directa a esta nueva ley, negando la posibilidad del establecimiento de una custodia compartida en un supuesto en el que había habido una condena por violencia de género, señalando que «es doctrina de esta Sala que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, 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».

Legislación y jurisprudencia que supuso la modificación del artículo 92.7 del Código Civil según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica¹⁴.

Las leyes de 2015 originan un cambio interpretativo, poniendo el foco en la violencia ejercida sobre los menores, y, sobre todo en la primacía del interés superior del menor, por encima incluso del de los progenitores. No obstante, era necesario una ley posterior, específica, donde se concretase la violencia de género y resolviese problemas prácticos, y de ahí el nacimiento de la Ley 8/2021, de 4 de junio.

III. EL ÁMBITO FAMILIAR Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LA NUEVA DIMENSIÓN DEL CONCEPTO

La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desarrollo de los menores, debe ser objetivo prioritario de todas las administraciones públicas, como primer escalón en la *prevención de la violencia sobre la infancia* desde el momento de la gestación. La importancia de la familia en el desarrollo de los menores se ha puesto de manifiesto en toda la legislación existente en relación con estos (por ejemplo, en la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, en la Ley orgánica y ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de 2015). La familia es determinante en el desarrollo de los menores, al ser el primer núcleo de relación del ser humano, con independencia de su estructura o su forma (téngase en cuenta la multiplicidad de formas familiares existentes).

Destaca en la ley la referencia al *ejercicio positivo de la responsabilidad parental*, 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.

La familia es definida por el Consejo de Europa, en sus recomendaciones, como: «el conjunto de conductas parentales que procuran el bienestar de los niños y su desarrollo integral desde una perspectiva de cuidado, afecto, protección, enriquecimiento y seguridad personal, de no violencia, que proporciona reconocimiento personal y pautas educativas e incluye el establecimiento de límites para promover su completo desarrollo, el sentimiento de control de su propia vida y puedan alcanzar los mejores logros tanto en el ámbito familiar como académico, con los amigos y en el entorno social y comunitario»¹⁵.

La Ley de 2021, no solo en su título sino en su exposición de motivos y en su articulado, se refiere a la violencia de género en su dimensión de *impacto* en los menores con efectos independientes de la violencia hacia la mujer predominante hasta este momento. Se visualiza a los menores por primera vez, y, con independencia, al señalar los efectos que la violencia produce en ellos.

Y, como viene siendo habitual, también se refiere a la necesidad de dotar económicamente a las administraciones para que ejecuten y erradiquen la violencia. Lo cual es muy genérico y como ya hemos señalado en otras ocasiones siempre queda en el olvido, afectando a la efectividad práctica de la Ley¹⁶.

Previamente, la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género por primera vez recogió conceptualmente la violencia ejercida contra los menores (familiares o allegados) con el objetivo de causar un perjuicio a las mujeres, al introducirse un apartado, el 4.º del artículo 1 de la LO, que determina que: «*La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero*».

Uno de los mecanismos del agente violento es instrumentalizar al menor para ejercer violencia contra la mujer de diferentes formas. Cabe preguntarse si la reforma ha sido efectiva, o, si ha tenido en cuenta todas las posibles formas de violencia que pueden ejercerse contra los menores.

IV. LA IMPORTANCIA DE QUE LOS MENORES DE EDAD SEAN OÍDOS

Ya en el ámbito práctico del Derecho de Familia hay que destacar principalmente en torno a la modificación del contenido de la exploración judicial de los menores, como *el legislador español se resiste a abandonar la referencia a los doce años, pero, al menos, ahora se recoge expresamente sin requisito alguno, que puedan ser escuchados quienes tengan menos de esa edad*. También se dice expresamente que ha de realizarse en *condiciones idóneas*¹⁷.

Así pues, se reitera en el artículo 11 de la LO la garantía de que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas.

El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio es uno de los valores fundamentales de la Convención de Derechos del Niño. Reafirmada en la Observación General número 12 (2009)¹⁸. Además de ser un derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, aplicable a partir del día 1 de agosto de 2022, que en sus artículos,

21 y 26, refuerzan el derecho del niño a ser oído y prestar la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez. También se reconoce en nuestra legislación nacional¹⁹.

La necesaria *formación especializada* de todos los agentes implicados en la exploración judicial de los menores, debe hacerse conforme a la Observación General número 12 atendiendo a la preparación, la audiencia, la evaluación de la capacidad del niño, e información sobre la consideración otorgada a sus opiniones. Es importante, por consiguiente, que junto con la escucha se les den las explicaciones necesarias en todos los aspectos de las medidas que se están tomando para y por ellos, tanto en un proceso judicial, como en prevención, como en sanidad²⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado, previa interpretación del derecho por el Tribunal Constitucional²¹, este derecho teniendo en cuenta que²²:

- En la audiencia del menor debe prevalecer el *interés superior del menor*, para su debida y mejor protección.
- Los tribunales están obligados a oír siempre al menor, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel.
- Debe acordarse de oficio o descartarse por su edad, procediendo la nulidad de la sentencia y retroacción de las actuaciones antes de resolver sobre la modificación de medidas para que se escuche a los hijos sobre su custodia. La negativa a oír al menor en ambas instancias determina que se declare de oficio la nulidad de la sentencia recurrida.
- La diligencia debe practicarse preservando la intimidad del menor y sin crearle conflictos de lealtades.
- Si se aprecia falta de madurez o se pone en riesgo el interés del menor es posible denegar su exploración, si bien de forma motivada²³.
- No debe confundirse la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si esta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables.
- No debe confundirse la exploración con un medio de prueba.

La obtención del testimonio de las víctimas menores de edad es relevante desde una doble perspectiva, ya que permite al Tribunal acercarse a la verdad de los hechos a través de tal declaración y, además, porque así, el menor percibirá el proceso como un trámite en el que se tienen en cuenta sus palabras²⁴. La doctrina nos insiste en que la información que nos dé la persona menor de edad en muchas ocasiones será la única prueba que exista frente a la persona que haya ejercido la violencia. La realización de una buena exploración es fundamental para tener una diligencia de prueba válida y contundente. Además, en supuestos de violencia, la intervención o el modo de escucharlos ha de evitar su *revictimización*, por lo que es esencial cómo, cuándo y por quién son escuchados²⁵.

Los abogados ponen de manifiesto que uno de los principales objetivos en la defensa letrada del menor ha de consistir precisamente en asegurarse de que la exploración del menor sea del modo, en el lugar y por profesionales adecuados (por ejemplo, deben evitarse los sesgos del entrevistador, la comunicación no verbal, la formulación de interrogatorios con técnicas no adecuadas, y la escasa preparación de los operadores jurídicos sobre la psicología del testimonio). Para

ello tendrá que presentar cuantos escritos sean necesarios y entrevistarse con la autoridad que acuerde la exploración, así como con quienes la vayan a practicar.

V. LA FACULTAD DE DECIDIR EL LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS MENORES DE EDAD Y EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL

La LO 8/2021 en su disposición final segunda modifica el artículo 154 del Código Civil para añadir a los deberes y facultades que comprende la patria potestad, *un nuevo párrafo en el que incluye el decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.*

Cada vez son más frecuentes los procedimientos originados por el traslado de residencia de los hijos menores por uno solo de los progenitores, sin consentimiento del otro, bien interesando la autorización judicial ante la discrepancia, al amparo del artículo 156 del Código Civil bien como demanda ejecutiva instando su retorno, porque dicho traslado se ha efectuado unilateralmente sin consentimiento e incluso sin conocimiento del otro progenitor o bien como medidas de protección. Las normas jurídicas aplicables en función de que la sustracción sea en territorio nacional, o suponga traslado a otro Estado son distintas, pero subyace en el origen una decisión adoptada de forma unilateral, salvo que se haya pedido autorización judicial²⁶.

La modificación recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 27 de septiembre de 2016²⁷; 20 de octubre de 2014²⁸ y 26 de octubre de 2012²⁹. Estamos ante otro de los supuestos de derecho de familia, como ya hemos dicho en varias ocasiones, donde realmente el juzgador pasa de ser un mero interpretador del derecho a convertirse, realmente, en el poder legislativo.

Modificación del Código civil, que en este punto solventa las dudas en relación a cuáles son las decisiones importantes que han de ser adoptadas de común acuerdo por los progenitores en un ejercicio responsable de la patria potestad compartida. Completa el artículo 158,3.º del Código Civil que recoge como medidas de protección «*Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*».

La exposición de motivos de la Ley justifica la modificación de este precepto, de la forma siguiente: «Asimismo, se modifica el artículo 154 del Código Civil a fin de establecer con claridad que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad forma parte del contenido de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia, como así se ha fijado ya explícitamente por algunas comunidades autónomas. Así, se aclaran las posibles dudas interpretativas con los conceptos autónomos de la normativa internacional, concretamente, el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, y el Convenio

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 en La Haya el 19 de octubre de 1996, en sus artículos 2, 9 y 3 respectivamente, ya que en la normativa internacional la custodia y la guarda comprenden el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de la persona menor de edad, siendo un concepto autónomo que no coincide ni debe confundirse con el contenido de lo que se entiende por guarda y custodia en nuestras leyes internas»

Cambio legislativo que se hace siguiendo a la reiterada jurisprudencia³⁰ y responde a la necesidad, según se indica en el preámbulo de la LO 8/2021, de aclarar las posibles dudas interpretativas con los conceptos de patria potestad y responsabilidad parental de nuestra legislación interna, para no confundirlos con los de responsabilidad parental y derechos de custodia de la normativa internacional. Así, el progenitor custodio o con la guarda del menor no puede modificar de forma unilateral el domicilio de los hijos o hijas³¹, ya que es una facultad que forma parte del contenido de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de ellos. Era, por tanto, recomendable que el Código Civil recogiese lo que ya era un criterio jurisprudencial asentado para contribuir a la seguridad jurídica.

Modificación que prevé en el artículo 154 del Código Civil que, tanto en un procedimiento de divorcio contencioso como de mutuo acuerdo, se dé audiencia a los menores que tuvieren suficiente madurez antes de adoptar decisiones que les afecten, garantizando «que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario».

VI. EL NUEVO ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL: LA FACULTAD DEL JUEZ DE SUSPENDER CAUTELARMENTE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad es un derecho y un deber que el ordenamiento jurídico reconoce a los progenitores, denominada en la actualidad como *responsabilidad parental* (art. 154 CC) y cuyo fundamento se encuentra en el interés superior del menor³², cuya defensa y protección tiene encomendado. Institución básica de la estructura familiar, lo que otorga al concepto un carácter de orden público. Y de la que se derivan una serie de deberes y de facultades (velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; representarlos y administrar sus bienes; decidir su lugar de residencia habitual). A su vez los hijos tienen también otros deberes (art. 155 CC: obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, respetarles y contribuir al levantamiento de las cargas familiares, en función de sus posibilidades y mientras convivan con ella).

Con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *se abre una nueva dimensión de este derecho, al reformarse el artículo 158 del Código Civil que concede al juez la facultad de suspender cautelarmente el ejercicio de la patria potestad*, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

El artículo 158 del Código Civil, siempre se ha considerado como una forma de control del ejercicio de la patria potestad, ya que establece garantías para su

ejercicio con base en el interés superior del menor. Estas medidas pueden adoptarse en cualquier procedimiento, civil o penal, o pueden ser solicitadas a través de expediente de Jurisdicción Voluntaria, tal y como lo determina la disposición adicional primera de la LOPJM³³.

La ley, en su exposición de motivos, deja claro que estas medidas están previstas para evitar situaciones perjudiciales para los hijos y todos los menores, excediendo el ámbito de las relaciones paterno filiales. En cuanto al momento en el que pueden ser acordadas, extendió su aplicación ya que «se establece la posibilidad de que el juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal». De lo que se trata es «de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquellos».

La modificación introducida en esta ley, en el artículo 158 del Código Civil, relativa a la suspensión de la patria potestad como consecuencia de violencia de género no ha supuesto mucho cambio en la práctica. Primero porque ya estaba previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, y segundo, porque, de hecho, en la jurisprudencia ya se estaba aplicando.

El origen de esta ley ha tenido lugar porque la ONU manifestó que el Gobierno de España debía hacer más para proteger a los menores de la violencia doméstica y de los abusos sexuales. Destaca que sus tribunales deben superar los prejuicios contra las mujeres y aplicar un enfoque centrado en los niños y de género. Preocupa a este organismo que sea común en nuestro país que los tribunales tomen decisiones en contra de las mujeres amparándose en el síndrome de alienación parental³⁴. Teniendo en cuenta el superior interés del menor podría articularse mecanismos eficientes para su protección, no pudiendo permitir que el derecho de los progenitores esté por encima del de los menores. Resolución de la ONU que hace referencia a los juzgados a nivel general, aunque también tiene una importante trascendencia, analizar el papel de los juzgados de Violencia sobre la Mujer, en particular, a la hora de la protección de menores³⁵.

La jurisprudencia del Supremo con carácter previo a la reforma ya posibilitaba al juez, con apoyo en el artículo 158 del Código Civil que acordara las medidas necesarias. Ejemplo de ello lo tenemos en la STS de 21 de diciembre de 2020³⁶ que señala que «La decisión cuestionada valora las pruebas practicadas y no se pronuncia de forma arbitraria como expresión de un mero voluntarismo judicial. Las medidas solicitadas se resuelven con prontitud inspiradas en el principio *favor filii*. No se ha juzgado en vacío con anemia probatoria o al margen del ordenamiento jurídico, por lo que no nos encontramos ante una resolución sin base fáctica o normativa, sino que, por el contrario, se halla fundada en una valoración explicitada de las pruebas practicadas y con *apoyo legal en el artículo 158 del Código Civil, que habilita expresamente al juez para acordar las medidas de protección adoptadas y cuestionadas como constitutivas de error judicial*».

Asimismo, el Auto de la AP de Madrid de 12 de diciembre de 2012³⁷ concreta su utilización al señalar que «Se entiende que el artículo 158 del Código Civil prevé un instrumento de protección de carácter subsidiario, residual, que solo podrá utilizarse fuera del procedimiento específico en el que se están ventilando los intereses del menor *cuando concurra una situación de peligro para el menor o una situación de urgencia en el que posponer la adopción de las medidas produciría un perjuicio irreparable para el menor (...)*».

La novedad de la reforma del artículo 158 se centra en la *suspensión cautelar* esto es, una medida provisional que tiene como finalidad, proteger los derechos

en juego en un determinado procedimiento jurídico en tanto no se dicta sentencia firme.

También se han introducido otras modificaciones que hacen referencia a la *suspensión cautelar del ejercicio de la guarda y custodia y del régimen de visitas y comunicaciones*, que en la práctica son más habituales que la privación de la patria potestad, que es considerada una medida más extrema³⁸. Suspensión de la guarda y custodia genérica que posibilita al juez que libremente determine si concurre alguna de estas causas, así como la medida personal y patrimonial que procede adoptar respecto de los padres para lograr la efectiva protección del hijo³⁹.

La jurisprudencia pone de relieve, cómo previamente a la regulación del Código Civil por la modificación introducida en la ley 8/2021, de 4 de junio, si estaba previsto en otro instrumento como es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Suspensión cautelar que se asimila, en realidad, al derecho a la privación temporal o definitiva de la patria potestad del artículo 170 del Código Civil. Ejemplo de ello es la SAP de La Coruña de 2 de diciembre de 2021⁴⁰. Debe tenerse en cuenta también, que el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 establece que «El juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o la guarda de hecho, respecto de los menores que dependen de él. Si no acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas que sean necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución».

Esto significa, que ahora y con efectos civiles, resulta estar en consonancia con lo dispuesto en el artículo 158.6.º del Código Civil en su redacción actual, cuando dice que «El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará...: 6.º) la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas».

Suspensión cautelar de la patria potestad (art. 158 CC) que está prevista en tanto dure el procedimiento y si se quiere alargar posteriormente, habría que transformarla en la figura del artículo 170 del Código Civil.

Las STS de 1 de octubre de 2019⁴¹, en la STS de 23 de mayo de 2019⁴², en la STS de 13 de enero de 2017⁴³, en la STS de 25 de noviembre de 2016⁴⁴, en la STS de 9 de noviembre de 2015⁴⁵, siguen la doctrina de que «El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma».

Como ya expusimos anteriormente al ser la suspensión de la patria potestad una medida gravosa, para los menores y para sus progenitores, se debe tener en cuenta como siempre, el interés superior del menor, y que la *inobservancia de los deberes inherentes a la patria potestad se produzcan de manera grave, reiterada y peligrosa*.

Tras la reforma además de darse esos requisitos debe concurrir *una situación de peligro o una situación de urgencia que pudiera ocasionar perjuicios al menor* como, por ejemplo, cuestiones médicas de los menores⁴⁶, cuestiones relacionadas con el colegio⁴⁷ o expedición de documentos identificativos⁴⁸, entre otras. El artículo 156 del Código Civil establece que *en caso de desacuerdo* la autoridad judicial autorizará a uno de los progenitores para la toma de la concreta decisión, lo que evita que el progenitor se vea privado de la patria potestad de forma completa⁴⁹. En definitiva, el artículo 158 del Código Civil, frente al artículo 156 del Código Civil, supone un procedimiento más rápido para tomar una medida de urgencia, lo que hace que se diferencien y lo que explica su necesidad.

VII. CUESTIONES PENDIENTES Y PROPUESTAS DE FUTURO

La disposición final vigésima de la Ley Orgánica determina que en el plazo de un año (es decir, a partir de ahora) el Gobierno debe remitir un proyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial orientado a la *especialización tanto de los órganos judiciales como de sus titulares*, para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales por delitos cometidos contra personas menores de edad. Se habla por la citada disposición de los *Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia*⁵⁰.

Propuesta que se complementa y tiene como base la especialización nominal por la creación de los Juzgados por el RD 1322/1981, o, por la vía del artículo 98 LOPJ, pero no se traduce en una especialización real, más allá de la que supone las competencias que asumen y no existe en segunda instancia más que en 2 o 3 provincias, de modo que la especialización solo obedece al reparto de asuntos. Asuntos que en segunda instancia abarcan no solo las competencias de los Juzgados de Familia, sino también los procedimientos de capacidad de las personas, y otros procesos relativos al derecho de la persona, como los procedimientos de filiación.

La protección integral de la Infancia exige la especialización no solo de la *justicia penal* y represiva, sino también de la *justicia preventiva*, y, de hecho, *es en la jurisdicción de Familia donde se puede apreciar en no pocas ocasiones, la situación de riesgo en la que algunos niños y niñas viven*.

Por otro lado, y propio de la evolución social, la complejidad de los asuntos ha ido aumentando progresivamente, todos relativos a las acciones de filiación, adopción, reconocimiento de la filiación de niños nacidos por técnicas de reproducción asistida o por gestación subrogada se unen a procedimientos más «tradicionales» como la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial, la regulación de las relaciones paterno-filiales, la sustracción internacional de menores, el derecho de alimentos, o la liquidación del régimen económico-matrimonial o bienes en común, la capacidad de las personas y la determinación de los apoyos. Temas fáciles en general, que se complican por la necesidad de profundizar en el conocimiento de los instrumentos internacionales aplicables, dado el aumento de litigios con elemento extranjero o transfronterizo.

SANTAMARIA PAEZ propone que se debería aprovechar la tramitación parlamentaria del *Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público*

de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, que se encuentra en trámite parlamentario en el Congreso de los Diputados, para abordar las reformas exigidas por la L.O. 8/2021

ARRABAL PLATERO recuerda que la creación de estos juzgados especializados merece una crítica positiva desde la perspectiva de generar ambientes acogedores a los menores y contar con profesionales expertos sensibilizados, la sobrespecialización contribuye a lo que TARUFFO denominaba una «estructura de “piel de leopardo”, con islas de tutela eficiente para determinados individuos sobre un fondo de tutela ineficiente reservada para el ciudadano “común”»⁵¹. En este sentido, son deseables medidas orientadas a acondicionar espacios para los menores o, incluso, reglas procedimentales específicas para estas víctimas, pero no parece que los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes constituyan una tipología con características propias y concretas que justifique la creación de órganos especializados en esta materia»⁵².

FERNÁNDEZ CUESTA, pone de relieve la necesaria participación e incremento de psicólogos, trabajadores sociales o médicos forenses especializados en la infancia y la adolescencia que podrán advertir que no se tomen en consideración planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, como señala el artículo 8 LO.

En conexión con dicho planteamiento, sería recomendable, también, introducir *mecanismos como el previsto en el nuevo párrafo del artículo 156 del Código Civil*⁵³, que permite, entre otros casos, *prestar atención y asistencia psicológica a los hijos e hijas menores de edad con el consentimiento de uno solo de los progenitores*, en los casos de violencia de género, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la víctima esté recibiendo asistencia de un servicio especializado de violencia de género, siempre que este organismo haya emitido un informe que acredite la situación.

Incluso, debería darse un paso más, e introducir en *el artículo 94 del Código Civil*⁵⁴ *la suspensión de la patria potestad de manera cautelar*.

Al igual que se prevé en el artículo 156 del Código Civil se podría haber incluido en el artículo 158 del Código Civil, la inclusión de medidas de tipo psicológico para acreditar situaciones que aconsejen una suspensión cautelar de la patria potestad en supuestos graves, en los que no ha mediado denuncia.

Por último, también sería trascendental avanzar en materia de *formación*. Es necesario órganos judiciales que tengan un mayor conocimiento y especialización en materia de protección de menores. La única forma de cambiar la mentalidad es dotando a las instituciones de instrucción en estas materias, para que conozcan el alcance y trascendencia del problema.

VIII. CONCLUSIONES

I. La protección de los derechos de los menores es una de las mayores preocupaciones a nivel mundial de ahí la adaptación de nuestro sistema. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha introducido cuatro bloques de medidas que afectan al ámbito familiar: preventivas, específicas, para situaciones de ruptura familiar y para situaciones de violencia de género. Se introduce la posibilidad de suspender cautelarmente la patria potestad.

II. Medida cautelar que se introduce en el artículo 158 del Código Civil y es asimilable a la privación de la patria potestad, que ya estaba recogida en este cuerpo jurídico. Para que sea aplicable, debe ser beneficiosa para el interés superior del menor, también debe estar fundamentada en la inobservancia de los deberes inherentes a la patria potestad de manera grave, reiterada y peligrosa, y, debe darse una situación de peligro o una situación de urgencia que pudiera ocasionar perjuicios al menor. No obstante, hay alguna reticencia en su aplicación por parte de los órganos judiciales en su aplicación por afectar a los derechos de los progenitores.

III. La nueva Ley intenta paliar el problema de la violencia de género que afecta al superior interés de los menores, porque son un instrumento a través del cual seguir ejerciendo violencia sobre la mujer, por medio de dos mecanismos: visualizando y regulando este tipo de violencia que afecta a los menores; y estableciendo reformas en otros cuerpos jurídicos que tienen una influencia determinante en esta materia. Estos cambios, aunque importantes, tampoco mejoran la situación a nivel práctico, ya que existe una gran reticencia a adoptar medidas civiles de este tipo.

III. Falta un largo trecho por recorrer, centrado en la necesaria formación judicial especializada, la creación de juzgados dedicados a la violencia con la consiguiente dotación económica a las administraciones para que ejecuten y erradiquen la violencia, además, del ejercicio efectivo implantado por la Ley como la aplicación de la suspensión cautelar de la patria potestad (art. 156).

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH de 11 de octubre de 2016, asunto: Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España (23298/129).
- STJUE, de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz.
- STC 163/2009, de 29 de junio (LA LEY 119837/2009).
- STS Sala Primera, 21 de diciembre de 2020. Número Sentencia: 688/2020 Número Recurso: 23/2018. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Numroj: STS 4330:2020. Ecli: ES:TS:2020:4330.
- STS, Sala Primera, de 1 de octubre de 2019. Número Sentencia: 514/2019 Número Recurso: 3875/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 2974:2019. Ecli: ES:TS:2019:2974.
- STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019. Número Sentencia: 291/2019 Número Recurso: 3383/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1661:2019. Ecli: ES:TS:2019:1661.
- STS, Sala Primera, de 13 de enero de 2017. Número Sentencia: 14/2017 Número Recurso: 1148/2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 13:2017. Ecli: ES:TS:2017:13
- STS, Sala Primera, de 25 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 711/2016 Número Recurso: 2224/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 5164:2016. Ecli: ES:TS:2016:5164.
- STS, Sala Primera, sentencia de 27 de septiembre de 2016. Número Sentencia: 564/2016 Número Recurso: 3403/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4185:2016. Ecli: ES:TS:2016:4185.
- STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2016. Número Sentencia: 36/2016 Número Recurso: 3016/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 188:2016. Ecli: ES:TS:2016:188.

- STS, Sala Primera, de 26 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 680/2015 Número Recurso: 36/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIES-TAS. Numroj: STS 4900:2015. Ecli: ES:TS:2015:4900.
- STS, Sala Primera, sentencia de 9 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 621/2015 Número Recurso: 1754/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ.
- STS, Sala Primera, sentencia de 20 de octubre de 2014. Número Sentencia: 536/2014 Número Recurso: 2680/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA.
- STS, Sala Primera, de 26 de octubre de 2012. Número Sentencia: 642/2012 Número Recurso: 1238/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA.
- STS, Sala Primera, núm. Sentencia de 31 de diciembre de 1996 1165/1996 (*RJ* 1996, 9223).
- SAP de La Coruña, Sección 4.^a, de 2 de diciembre de 2021, número Sentencia: 457/2021 Número Recurso: 778/2021. Ponente: Eduardo FERNANDEZ-CID TREMOYA Numroj: SAP C 2796/2021. Ecli: ES:APC:2021:2796.
- Auto de la AP de Madrid núm. 1366/2012 de 12 de diciembre de 2012 (ECLI:ES: APM:2012:19587A).
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo (Provincia de Pontevedra). Núm. 624/2021 de 15 de noviembre (*JUR* 2021, 347243).
- Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Tafalla, de 9 de noviembre (*JUR* 2021, 33790).
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Sevilla. Núm. 545/2018 de 27 de julio (*JUR* 2020, 86387).

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículos 92, 94, 154, 156, 158 y 170.
- Constitución española. Artículo 39.4 y 5.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Exposición de motivos; artículos 1, 65 y 66.
- Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Exposición de motivos.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Exposición de motivos.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Exposición de motivos; artículos 26, 27, 28 y 29; disposiciones finales primera, segunda y décima.
- 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.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil*. Ed. Aranzadi, 2009.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., Examen de las reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia, por la Ley Orgánica 8/2021 (La Ley 12702/2021), *Revista Derecho de Familia*, núm. 101, Lefebvre noviembre de 2021.
- IGLESIA MONJE, M.^aI., de la: La LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: otra ley sin recursos económicos

- para su ejecución, en Revista electrónica <http://hayderecho.com/author/isabel-de-la-iglesia/> 20 de septiembre de 2015.
- El derecho a ser escuchado y la madurez del menor. Su protección judicial en la esfera familiar, en *RCDI*, ISSN 0210-0444, Año núm. 93, núm. 759, 2017, 345-369.
 - Competencia judicial en materia de responsabilidad parental y residencia habitual del menor (los criterios interpretativos del interés superior del menor, y, el criterio de proximidad), en *RCDI*, Nov.-Dic. núm. 782, 3807-3822.
 - Una visión práctica del diálogo prejudicial en el ámbito de la responsabilidad parental. (El TJUE garante del interés superior del menor), en *TJUE, Justicia Civil y Derechos Fundamentales*, Dir. Marien Aguilera, Thomson Reuters. Abril. 2020. ISBN: 978-84-1308-686-6, 83 a 138.
 - La prevalencia del interés superior del menor en el otorgamiento de la custodia compartida aun tras la sentencia firme recaída sobre el progenitor por actos de violencia familiar o machista. *RCDI*, núm. 789. 421-439.
- PANCHADELL GARGALLO, A. (2021). Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 63/2021, 1.
- SANTANA PÁEZ, E.; ARRABAL PLATERO, P.; MARIÑO CALVO, M.; FERNÁNDEZ CUESTA, M.; O'CALLAGHAN RODRÍGUEZ, C.: Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, Coordinación e introducción: Álvaro Perea González, en *Diario La Ley*, núm. 10112, Sección Plan de Choque de la Justicia / Encuesta, 18 de julio de 2022, Wolters Kluwer.
- TARUFFO, M., Racionalidad y crisis de la ley procesal, *Doxa*, núm. 22, 1999, 313-314.

NOTAS

¹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9347.

² De acuerdo con los datos y estadísticas del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, en el año 2020 (*último año del que se recogen indicadores) en España se adoptaron 49.171 medidas de protección a la infancia (solo relativas a expedientes de tutela o guarda) y en el año 2018 (*último año del que se recogen indicadores) 527.691 menores de edad fueron atendidos por los servicios sociales ante la detección de una situación preliminar de vulnerabilidad.

³ Así lo señala SANTANA PAES, en SANTANA PÁEZ, Emelina; ARRABAL PLATERO, Paloma; MARIÑO CALVO, María; FERNÁNDEZ CUESTA, Mar; O'CALLAGHAN RODRÍGUEZ, Carlota: Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, Coordinación e introducción: Álvaro Perea González, en *Diario La Ley*, núm. 10112, Sección Plan de Choque de la Justicia / Encuesta, 18 de julio de 2022, Wolters Kluwer.

⁴ Toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

⁵ Aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes.

⁶ El comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes.

⁷ ARRABAL PLATERO, en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit.*

⁸ Observación General Núm. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niño: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13). <https://www.bienes-taryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=1&subs=23&cod=653&page=>

⁹ La reforma del artículo 92 del Código Civil, relativo a la guarda y custodia, afecta básicamente al artículo 92.2 in fine, dirigido a velar por el derecho del menor a ser oído. Debe escucharse al menor en los procedimientos que le afectan. La jurisprudencia afirma que la aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia.

La consideración del derecho fundamental de audiencia del menor, exige ser restrictivo en cualquier denegación de la práctica de la audición que solo puede rechazarse en aras del interés superior del menor.

¹⁰ *Vid.* «Competencia judicial en materia de responsabilidad parental y residencia habitual del menor (los criterios interpretativos del interés superior del menor, y, el criterio de proximidad)», en *RCDI*, Nov.-Dic. Núm. 782, 3807-3822.

Una visión práctica del diálogo prejudicial en el ámbito de la responsabilidad parental. (El TJUE garante del interés superior del menor), en *TJUE, Justicia Civil y Derechos Fundamentales*, Dir. Marien Aguilera, Thomson Reuters. Abril de 2020. ISBN: 978-84-1308-686-6, 83 a 138.

¹¹ PANCHADELL GARGALLO, A.: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 63/2021, 1.

¹² STS, Sala Primera, de 26 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 680/2015 Número Recurso: 36/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4900:2015. Ecli: ES:TS:2015:4900. El Tribunal Supremo fija doctrina sobre el régimen visitas del menor cuyo progenitor ha sido condenado por maltrato en el ámbito doméstico. La Sala Primera declara que «el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes».

Se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes».

¹³ STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2016. Número Sentencia: 36/2016 Número Recurso: 3016/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 188:2016. Ecli: ES:TS:2016:188. Donde el Tribunal Supremo 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 Vizcaya de acordar el régimen de custodia compartida de los dos hijos menores de la pareja.

¹⁴ *Vid.* El análisis que realizo en la obra «La prevalencia del interés superior del menor en el otorgamiento de la custodia compartida aun tras la sentencia firme recaída sobre el progenitor por actos de violencia familiar o machista». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 789. 421-439.

¹⁵ CONSEJO DE EUROPA. Recomendación del Comité de ministros a los miembros de los Estados en políticas para apoyar la parentalidad positiva. Adoptada el 13 de diciembre del 2006.

¹⁶ *Vid.* mi artículo La LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: otra ley sin recursos económicos para su ejecución, en Revista electrónica <http://hayderecho.com/author/isabel-de-la-iglesia/> 20 de septiembre de 2015.

¹⁷ María MARINO CALVO, en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit.*

¹⁸ STEDH, sentencia de 11 de octubre de 2016, asunto: Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España (23298/129), condenó a nuestro país por violación del artículo 6 del Convenio. STJUE, de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz.

¹⁹ *Vid.* mi artículo: El derecho a ser escuchado y la madurez del menor. Su protección judicial en la esfera familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 93, núm. 759, 2017, 345-369.

²⁰ Carlota O'CALLAGHAN RODRÍGUEZ en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit.*

²¹ El Tribunal Constitucional mantiene que el derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 64/2019, de 9 de mayo).

²² Enumeración realizada por Emelina SANTANA PÁEZ en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit.*

²³ STC 163/2009, de 29 de junio (LA LEY 119837/2009).

²⁴ Paloma ARRABAL PLATERO en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit.*

²⁵ María MARINO CALVO, en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit.*

²⁶ Emelina SANTANA PÁEZ, en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit.*

²⁷ STS, Sala Primera, sentencia de 27 de septiembre de 2016. Número Sentencia: 564/2016 Número Recurso: 3403/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4185:2016. Eclci: ES:TS:2016:4185. Donde se afirma que «todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación. La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores.

Ocurre en este caso que el progenitor custodio ha trasladado su residencia y la de la hija a Alemania sin sustento en un acuerdo con el otro o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, ni en una decisión judicial previa identificación de los bienes y derechos en conflicto puesto que lo ha hecho de forma unilateral, con lo que no ha sido posible calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada. Y, como consecuencia de este cambio de circunstancias el padre ha interesado un cambio de la medida que se argumenta más que en el hecho del traslado, aunque se mencione, en la precaria situación económica de la recurrente para mantener a la niña.

Resolver conforme al interés del menor determina que la Audiencia tenga a su disposición unos datos fiables sobre la niña, sobre el padre y la madre para asumir estos menesteres, y que, a la mayor brevedad posible, se conozcan y se resuelva lo que mejor conviene a la niña con respeto a la posición de cada uno de los progenitores solucionando, en definitiva, un problema ya de por sí complejo dada la situación creada en función de lo que resulte más favorable para su desarrollo físico, intelectual e integración social haciendo posible la relación con ambos progenitores pues solo de afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que son los que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia, conforme se ha interesado en la demanda».

²⁸ STS, Sala Primera, sentencia de 20 de octubre de 2014. Número Sentencia: 536/2014 Número Recurso: 2680/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. «Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial, que lo ha resuelto manteniendo al hijo bajo la custodia de su padre en España; pronunciamiento que no responde al interés del menor afectado por una solución indudablemente conflictiva, pero ajustada a una realidad, cada vez más frecuente, que no es posible obviar, como es el de matrimonios mixtos. Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores».

²⁹ STS, Sala Primera, de 26 de octubre de 2012. Número Sentencia: 642/2012 Número Recurso: 1238/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA.

³⁰ La jurisprudencia ya se había pronunciado al respecto, por ejemplo, la STS 642/2012 de 26 de octubre (LA LEY 158044/2012). Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., Examen de las reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia, por la Ley Orgánica 8/2021 (LA LEY 12702/2021), *Revista Derecho de Familia*, núm. 101, Lefebvre noviembre 2021, quien sostiene que la incorporación de esta facultad a la patria potestad «viene a complementar y matizar la medida cautelar de protección del menor prevista en el artículo 158.3.º.c) del Código Civil que expresamente contempla la posibilidad de que el juez someta a autorización judicial previa cualquier cambio de domicilio del menor para evitar la sustracción de los menores por alguno de los progenitores o por terceras personas», que caerá en desuso «por falta de utilidad práctica».

³¹ La LO 8/2021, de 4 de junio, también introduce en el artículo 154 la referencia a «las hijas» adoptando un lenguaje inclusivo.

³² STS, Sala Primera, sentencia de 31 de diciembre de 1996, núm. 1165/1996 (RJ 1996/9223) que se encarga de detallar el contenido y finalidad de este derecho: «La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 del Código Civil. El carácter familiar de la patria potestad, no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esta institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo

que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor».

³³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil*. Ed. Aranzadi, 2009

³⁴ Esta teoría, que carece de apoyo científico, ha sido rechazada por la legislación española. Aunque se supone que la misma no tiene sesgos de género, los expertos han observado que, en países como España, las mujeres son acusadas regularmente de recurrir a la alienación parental.

³⁵ Una gran parte de las denuncias por violencia de género se tramitan por medio de Diligencias Urgentes de Juicio Rápido. Se observa que la suspensión de la patria potestad es la excepción, y eso que es una medida con efectos muy relevantes, y necesaria en los casos más graves, pero sigue siendo residual.

³⁶ STS Sala Primera, 21 de diciembre de 2020. Número Sentencia: 688/2020 Número Recurso: 23/2018. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Numroj: STS 4330:2020. Ecli: ES:TS:2020:4330. En su fj3.º aclara que el auto del juzgado de primera instancia de 19 de diciembre de 2016 tiene como base normativa el «artículo 158. 6.º del Código Civil, que permite adoptar medidas de protección de menores, de oficio o a instancia de parte, por lo que no podría ser tildada una resolución de tal clase de incongruente. Se respetó el derecho de defensa y se acordaron las medidas que se estimaron pertinentes con contradicción, siguiendo las peticiones del Ministerio Fiscal. Según el último párrafo del precitado artículo 158, dichas medidas se pueden acordar dentro de un proceso penal, civil, así como en expediente de jurisdicción voluntaria como el seguido, que contempla expresamente tal posibilidad en el artículo 87 a) de su ley reguladora 15/2015, de 2 de julio.

³⁷ Auto de la AP de Madrid núm. 1366/2012 de 12 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:19587A).

³⁸ El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

Párrafo 6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

³⁹ Aunque esta posibilidad se contemplaba de forma vaga e indeterminada porque la ley ya contenía un apartado de cierre genérico en el que se establecía que el juez podía adoptar «las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas». En la práctica se podía solicitar la adopción de esta medida, pero sin una regulación estricta que lo amparase.

⁴⁰ SAP de La Coruña, Sección 4.ª, de 2 de diciembre de 2021, número Sentencia: 457/2021 Número Recurso: 778/2021. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID TREMOYA Numroj: SAP C 2796/2021. Ecli: ES:APC:2021:2796.

Lo expuesto dio lugar a que el juzgado de primera instancia número 3 de familia, apreciara una falta de competencia objetiva, declinando su competencia en favor del juzgado de violencia de la mujer número 1 de La Coruña que aceptó su competencia, sucediendo que, al contestar a la demanda, la madre terminó por solicitar la suspensión del régimen de visitas y de las comunicaciones entre el hijo y el padre, así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

Pero con modificación de los pronunciamientos relativos al ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas que se habían fijado en la sentencia de 21 de enero de 2019 acogió las modificaciones solicitadas por la madre, informadas favorablemente por el ministerio público, de manera que concedió el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre el hijo menor a la madre, suspendiendo el régimen de visitas y comunicaciones del menor respecto del progenitor no custodio, acordando la imposición de costas al padre.

⁴¹ STS, Sala Primera, de 1 de octubre de 2019. Número Sentencia: 514/2019 Número Recurso: 3875/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 2974:2019. Ecli: ES:TS:2019:2974. Sostiene que la privación de la patria potestad es una institución restrictiva, que no se ha acreditado un incumplimiento voluntario por su parte de sus obligaciones, ni que la privación resulte conveniente al interés de la menor. Conforme a las

pruebas practicadas, es evidente una dejación por parte del demandado de sus obligaciones inherentes a la patria potestad, tanto en la esfera patrimonial, pues no ha cumplido su deber de abono de la pensión de alimentos, como en el ámbito del régimen de visitas —refiere que el mismo demandado lo ha reconocido, aunque lo excusó con argumentos peregrinos— y califica la conducta de reprochable e injustificable, pero considera que conforme a la doctrina jurisprudencial aplicable, no procede una medida tan gravosa y excepcional como la solicitada por la actora, y considera objeto de valoración la voluntad que manifestó en su interrogatorio el padre, de cumplir su obligaciones, trasladándose desde donde vive a dirección y de regularizar su deuda alimenticia.

⁴² STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019. Número Sentencia: 291/2019 Número Recurso: 3383/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1661/2019. Ecli: ES:TS:2019:1661. Privación de la patria potestad por incumplimiento grave y reiterado de la dejación de funciones sin causa justificada. Principio del superior interés del menor. Régimen de visitas.

⁴³ STS, Sala Primera, de 13 de enero de 2017. Número Sentencia: 14/2017 Número Recurso: 1148/2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 13/2017. Ecli: ES:TS:2017:13 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 Eugenia. Se ha acreditado que el Sr. Evaristo no reúne las características propias de un buen padre de familia, por lo que se afectaría gravemente el interés de su propio hijo si se permitiese el ejercicio de la patria potestad por quien es evidente que no está capacitado para el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y respeto de un menor (art. 170 CC). Para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo directo al hijo, sino como se refiere en las sentencias citadas, también se puede inferir de la agresión a la madre o, como en este caso, a una hermana.

Cabe añadir finalmente, que la sentencia citada por la sala de apelación como fundamento a su decisión de privación temporal de la patria potestad durante el tiempo de cumplimiento de condena (sentencia de 20 de enero de 1993, recurso núm. 2395/1990) no acogió esta solución, sino que mantuvo la privación de la patria potestad acordada en primera y segunda instancia en relación con la demanda de privación de patria potestad promovida por el abuelo materno de los hijos menores frente a su progenitor, en prisión provisional sujeto a causa penal por delito de parricidio en la persona de su esposa.

⁴⁴ STS, Sala Primera, de 25 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 711/2016 Número Recurso: 2224/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 5164/2016. Ecli: ES:TS:2016:5164. Privación de patria potestad acordada en sentencia penal, posterior a la sentencia de la Audiencia Provincial. «Ciertamente la gravedad de los hechos denunciados y el reconocimiento parcial de los mismos por el entonces acusado, como alega el Ministerio Fiscal, exigía unas medidas cautelares civiles y/o penales tuteladoras de los intereses de la menor, como de hecho se acordaron, que se podían adoptar conforme a los artículos 94 del Código Civil y 65 de la LO 1/2004 (sentencia núm. 598, de 27 de octubre de 2015). De acuerdo con el artículo 170 del Código Civil procede que esta sala de casación tenga por declarada la privación de patria potestad de D. Gonzalo, en relación con su hija Sagrario, ya pronunciada en sentencia penal antes referida de la AP de La Coruña, declarada firme».

⁴⁵ STS, Sala Primera, sentencia de 9 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 621/2015 Número Recurso: 1754/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma: impago de pensiones e incumplimiento régimen de visitas. Atribución en exclusiva de la patria potestad.

⁴⁶ Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo (Provincia de Pontevedra). Núm. 624/2021 de 15 de noviembre (*JUR* 2021, 347243). La madre pide autorización para vacunar a su hija del COVID-19.

⁴⁷ Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Tafalla, de 9 de noviembre (*JUR* 2021, 33790). Se le impone a un padre la obligación de llevar al colegio a sus hijos menores, quien se negaba a causa del COVID-19.

⁴⁸ Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Sevilla. Núm. 545/2018 de 27 de julio (*JUR* 2020, 86387) Se autoriza a la madre a la expedición del pasaporte sin recabar el consentimiento del padre.

⁴⁹ 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 este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos.

⁵⁰ El legislador prevé la especialización de la justicia penal, mediante la creación de los Juzgados especializados en Violencia contra la Infancia y la Adolescencia incluso ya existe un proyecto piloto de Juzgado de Violencia Contra la Infancia y Adolescencia de las Palmas de Gran Canaria, liderado por el Juzgado de Instrucción número 3, y que parece estar dando resultados satisfactorios.

La cuestión es que la dotación presupuestaria debe multiplicarse por 52, más en el caso de ciudades grandes como Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla... habría que crear más unidades... Por lo que hablamos de una partida importante.

⁵¹ TARUFFO, M., Racionalidad y crisis de la ley procesal, *Doxa*, núm. 22, 1999, 313-314.

⁵² Paloma ARRABAL PLATERO en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit.*

⁵³ Introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

⁵⁴ El artículo 94 del Código Civil, determina que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que 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 sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial».