

# LA PATRIA POTESTAD A EXAMEN ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO\*

Parental authority to examine gender violence\*\*

PAULA REYES CANO  
*Universidad de Granada*  
paulareyes@correo.ugr.es

Fecha de recepción: 21/04/2017  
Fecha de aceptación: 09/05/2017

*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*  
ISSN 0008-7750, núm. 51 (2017), 335-356

**RESUMEN** El objetivo de este artículo es realizar una revisión de la categoría jurídica de Patria Potestad definida por nuestro Código Civil, analizando los valores que la sustentan, desde un posicionamiento feminista y desde la perspectiva de los derechos de las personas menores de edad. Para este examen se efectuará un recordatorio sobre el origen de la Patria Potestad, conectándolo con el nacimiento del patriarcado moderno, diseñado a través del contrato social de Rousseau. Comprobaremos cómo las construcciones ideológicas sobre la familia que cimentaron el surgimiento de la Patria Potestad y su posterior vida se mantienen en la actualidad, escondiéndose tras las resistencias de los operadores jurídicos, en la aplicación de la suspensión del ejercicio de la patria potestad al padre que ejerce violencia de género.

**Palabras clave:** patria potestad, violencia de género.

**ABSTRACT** The purpose of this paper is to review the legal status of parental authority as defined in the Spanish Civil Code by analysing the values that it upholds from a feminist standpoint and from the perspective of minors' rights. To examine this, we provide the background for parental authority and connect it to the origins of the modern patriarchy, designed through Rousseau's social contract. We will see how the ideological constructions regarding the family that laid the foundations for the emergence of parental authority and its subsequent life remain at present, hiding behind the legal operators' resistance when suspending the parental authority of fathers with a history of gender violence.

**Key words:** parental authority, gender violence.

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación I+D+i Orientado a los Retos de la Sociedad, DER2014-57244-R del Ministerio de Economía y Competitividad (ESPAÑA), titulado "Carencias y alternativas jurídico-políticas al tratamiento de las violencias de género: formación e investigación en Derecho antidiscriminatorio". Responsable principal: Juana María Gil Ruiz.

\*\* Para citar/citation: Reyes Cano, P. (2017). La patria potestad a examen ante la violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 51, pp. 335-356.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es necesaria una revisión de la categoría jurídica de Patria Potestad definida por nuestro Código Civil, mediante el análisis a fondo de los valores que las sustentan desde una perspectiva feminista. Entendiendo por feminismo aquel movimiento social, político y teórico cuyo fin es la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, emancipatorio de los seres humanos, que pretende romper con la forma androcéntrica de ver el mundo (que considera que el hombre es el modelo de ser humano), cuestionando, de esta forma, todas las estructuras de poder (Gil, 2012:17). Considerándolo, tal como expresa Valcárcel (2012:10) “uno de los mayores motores de cambio y la única estrategia investigadora y discursiva capaz de dar razón de cómo y por qué se producen”. En palabras de Roca (2014:32) “no hay ninguna escuela de filosofía del derecho moderna que escape a la necesidad de analizar y dar sentido a un grupo de normas que partiendo de posturas tradicionales, requieren una “limpieza” a fondo, dado que el derecho no debe de ninguna forma basarse en otros criterios que en los principios reconocidos en los diferentes textos fundamentales que están en vigor en nuestro país”.

Para esta revisión realizaremos un recordatorio sobre el origen de la patria potestad, conectándolo con el nacimiento del patriarcado moderno, diseñado a través del contrato social de Rousseau. Analizaremos si los valores que cimentaron el nacimiento de esta institución jurídica y su posterior vida se mantienen en la actualidad. Estudio que se realizará a través del discurso que se esconde tras las resistencias por parte de los operadores jurídicos a la aplicación de la suspensión del ejercicio de la patria potestad al padre que ejerce violencia de género. Para ello, se han examinado, en el ámbito de la jurisdicción civil, las sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian en materia de suspensión del ejercicio de la patria potestad y régimen de visitas, en situaciones de violencia de género, y ochenta y cinco sentencias de las Audiencias Provinciales, que resuelven recursos ante decisiones de Juzgados de Violencia, sobre la misma materia.

El periodo de estudio de las resoluciones judiciales comprende los años 2015 a 2017, haciéndolo coincidir con el año de publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por la que se dota de contenido al interés superior del menor, modificando el artículo 2 de la ley 1/1996, por la necesaria incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Esta ley establece unos criterios generales para la interpretación y aplicación en cada caso del inte-

rés superior del menor, entre los que se encuentran: la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas, como emocionales y afectivas, así como el derecho a desarrollarse en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

La disposición transitoria única de la ley, en cuanto a normativa aplicable, establece que los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor a la misma se registrarán por la normativa vigente en el momento de su inicio. Sin embargo, la sentencia número 680/2015 del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015, Recurso 36/2015, mantiene que, aunque el concepto de interés del menor desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, no sea aplicable a los hechos debatidos en la misma, sí es extrapolable como *canon hermenéutico*, haciendo alusión expresa a que el artículo 2 de dicha ley 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.

Se analizará la influencia que, en el fundamento de las resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales estudiadas, ha tenido la nueva definición del interés superior del menor, desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de que la vida del menor debe desarrollarse en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, como una herramienta más a disposición de los operadores jurídicos. Sin olvidar la previsión establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la que se establece: “el juez podrá ordenar la suspensión del ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera”

Veremos cómo las construcciones ideológicas sobre la familia influyen en los operadores jurídicos para la determinación del interés del menor en situaciones de violencia de género. De esta manera, los discursos judiciales reflejan los discursos socioculturales imperantes en nuestra sociedad, a pesar de los avances normativos, atesorando la institución jurídica de la patria potestad la familia patriarcal diseñada por Rousseau y otros teóricos clásicos.

## 2. EL PATRIARCADO Y LA PATRIA POTESTAD

### 2.1. *El patriarcado y el contrato sexual*

Valcárcel (2012: 257) define el patriarcado como: “tipo de esquema de poder universal y ancestral en el cual las mujeres han estado y están, real

y simbólicamente, bajo la autoridad masculina”. Como cualquier otro sistema de poder, este se ha mantenido a través de la violencia, pero, cuando el poder ha logrado su objetivo de ser admitido, no necesita mostrar la violencia que tiene detrás y en su interior, se naturaliza y es considerado como autoridad, si bien la violencia no desaparece, se ejerce en las dosis necesarias, como recordatorio. El patriarcado tiene tanto defensores como defensoras, ya que todo sistema de poder necesita de la conformidad de los dominados. Solo cuando la libertad está presente, la norma que tolerábamos nos puede empezar a resultar gravosa. Para percibir lo injusta que es una situación, primero hay que separarse de ella, de lo contrario, se vivirá como paisaje (Valcárcel, 2012: 264).

El moderno patriarcado es fruto de la transformación del patriarcado clásico; en este último, el paterfamilias tenía el poder absoluto sobre todas las personas y las cosas, sobre las personas libres y no libres pertenecientes a la familia. El padre tenía poder de vida y muerte sobre sus hijos e hijas, que nacían bajo la sujeción del padre y, por tanto, bajo sujeción política. La autoridad la ejercía el varón, jefe de familia, dueño del patrimonio, del que formaban parte la descendencia, la esposa, los esclavos y los bienes. El moderno patriarcado nace en la Ilustración, con el contrato social, fruto de un pacto entre hermanos, pacto fraternal a través del cual nacen los hombres como maridos, trabajadores y ciudadanos. El contrato social priva a los padres del antiguo poder, el padre como patria potestas es vencido y su poder patriarcal se distribuye entre todos los varones, creando una nueva forma de derecho civil. El objetivo político de los hijos es heredar la capacidad del padre de crear derecho político (Pateman, 1995: 134-160).

Cobo mantiene (1995:80-121) que Rousseau, en su creación del contrato social, sitúa al individuo como sujeto del pacto. Esta categoría, aunque ofrece la apariencia de ser sexualmente neutra, detrás esconde un varón. Tanto Rousseau como otros contractualistas (Hobbes, Pufendorf, Locke) establecen esta vocación de universalidad, en las que sus construcciones políticas fundan un nuevo orden para todos los individuos de libertad y de igualdad. Sin embargo, en su obra, tanto Rousseau como los demás teóricos clásicos del contrato (excepto Poulain de la Barre), atribuyen a hombres y mujeres estados de naturaleza diferentes; uno para el género femenino y otro para el masculino, fundamentando espacios sociales diferentes. Así afirmaba: “el Estado de naturaleza femenino constituirá en soporte del espacio público y el femenino en fundamento del privado”. De esta manera, surge la familia como organización social y división sexual del trabajo. Cobo (1995:121-193) responsabiliza a Rousseau de haber trasladado la familia patriarcal al estado de naturaleza, instituyendo como natural la desigualdad sexual, dando por sentado la subordinación de la mujer. La

familia será el instrumento adecuado para la sujeción de la mujer, asignándole exclusivamente la tarea de reproducción: “el mal que es la mujer, se contendrá y neutralizará a través de los estrechos márgenes de esta institución”. Así, los fundamentos de la sociedad civil serían: igualdad para los varones y sujeción para las mujeres. El contrato social estuvo precedido por el contrato sexual y este se proyecta a través del contrato del matrimonio. El contrato sexual dio origen al derecho patriarcal, en el que los varones pactaron su propia libertad y autonomía, siendo las mujeres objeto del pacto; esto supuso su exclusión como sujeto político, y del modelo democrático diseñado. Pateman (1995:145) considera que el lazo fraternal tenía el interés de respaldar los términos del contrato sexual y asegurarse de que la ley del derecho sexual masculino continué siendo operativa.

El contractualismo se opone al modelo patriarcal, en el que los hijos estaban vinculados al padre y debían obediencia mientras vivía. Los padres dejan de ser los creadores del poder político, que se traslada a todos los individuos de la comunidad. Se sustituye la sociedad de padres por la sociedad de hermanos; así, la concesión con carácter universal a todos los varones supone una nueva forma histórica de patriarcado (Cobo, 1995:195). Pateman (1995:12) sustenta: “el derecho político se origina en el derecho sexual o derecho conyugal. El derecho paterno es solo una dimensión, y no la originaria, del poder patriarcal. El poder de un hombre en tanto padre deviene luego de que haya ejercicio el derecho patriarcal como hombre (esposo) sobre una mujer (esposa)”.

Rousseau, en su obra *Emilio*, representa el ideal de mujer y de hombre: la primera debía ser dependiente, madre, sujeta al hombre, carecer de deseos competitivos y ambiciones. Se le otorgaba el dominio doméstico y su educación debía orientarse al hombre; el segundo representaba la igualdad y la libertad. Consideraba que el hombre solo podía ejercer sus funciones públicas si las mujeres se ocupaban de las tareas de reproducción del espacio privado. Decía: “el equilibrio psíquico del varón depende de que las mujeres interioricen la coacción que padecen por parte de los varones”. Habla de una madre y esposa que están sujetas al varón por voluntad propia, con base en el amor y la virtud. Defiende el dominio del varón, para el reforzamiento de la familia patriarcal, que necesita el control sobre la independencia sexual de la esposa, para asegurar su dominio sobre los hijos. Además, el ciudadano necesita todo el tiempo para ejercer la ciudadanía, por eso las mujeres deben liberarlo de las tareas de reproducción y mantenimiento de la familia (Cobo, 1995: 235). En este sentido, Pateman (1995:53) hace una reflexión sobre la maternidad y paternidad: considera que esta última tiene que ser descubierta e inventada, ya que es un hecho social. De esta manera, para que los varones como padres se apropien de sus hijos, ha sido necesaria-

rio elaborar los mecanismos legales, como el matrimonio y los efectos de la separación. Rousseau consideraba que el deber natural de los padres de cuidar a sus hijos les daba legítima autoridad sobre ellos, sin embargo, este poder era temporal, cuando los hijos superaran la infancia serían libres como los padres, y acordarían ser gobernados (Pateman, 1995:119).

Cobo refleja (1995:237-243) cómo para Rousseau la voluntad general ordena y el gobierno ejecuta lo ordenado, de la misma forma que el varón manda y la mujer ejecuta lo mandado; así, en el ámbito público, la legitimidad del poder descansa en el cuerpo soberano, y en el ámbito privado descansa en el varón. Esto tiene como consecuencia que si la mujer conquista parcelas de poder atribuidas al varón, la sociedad establecida quiebra, del mismo modo que quebraría el sistema político si el gobierno usurpa el poder del cuerpo político. En definitiva, Rousseau puede considerarse el creador del ideal moderno de familia patriarcal. El sujeto político es el varón, no concibe varones que no formen una familia, así, al igual que participan en la vida política, deben hacerlo también en la vida privada, en calidad de esposo y padre. Del mismo modo, Cobo (1995:247) mantiene que la sujeción de la mujer por parte del varón provoca un problema de violencia, por ello Rousseau expresaba en su obra *Emilio*: “no hay sujeción tan perfecta como la que conserva la apariencia de libertad; se cautiva así la voluntad”. Entendiendo que la virtud de su modelo de mujer culmina con la maternidad, convirtiéndose en arquetipo de la vida emocional de la familia, olvidándose del desarrollo de su individualidad, para cultivar el nosotros, a través de sus hijos e hijas.

Cobo (1995:265) concluye: “el pacto que propone Rousseau es un pacto patriarcal y su modelo de democracia es asimismo patriarcal, puesto que no sólo excluye a las mujeres de la ciudadanía, sino que, además la propia génesis y mantenimiento de su modelo democrático necesita la sujeción de las mujeres para conseguir la plenitud de la vida democrática” Tal como afirma Pateman (1995:12), a pesar de las reformas legales y de los cambios en la posición social de las mujeres, aún no detentamos los mismos parámetros civiles que los varones. El mayor ejemplo lo tenemos en la violencia contra las mujeres, donde los hombres se resisten a abandonar el originario contrato sexual. También podemos encontrar estas resistencias en el mantenimiento de la figura jurídica de la patria potestad, en la que confluye toda la simbología del patriarcado clásico y moderno, sobre todo en contextos de violencia de género. Analizaremos cómo persiste y se resiste el derecho patriarcal en esta institución jurídica. Reproducimos las palabras de Pateman (1995:316) cuando dice: “El patriarcado contractual moderno tanto niega como presupone la libertad de las mujeres y no puede operar

sin este supuesto. Recobrar la historia del contrato sexual permite acceder a este profundo e importante conocimiento”.

## 2.2. *La patria potestad: del derecho romano hasta la actualidad*

Pasada la revolución francesa, se desarrolló la nueva legislación civil y penal. Las codificaciones napoleónicas tomaron la universalidad por patrón y por modelo el derecho romano: se consagra la perpetua minoría de edad para las mujeres, siendo consideradas hijas o madres en poder de sus padres o esposos; no tenían derecho a administrar su propiedad, fijar o abandonar su domicilio, ejercitar la patria potestad, mantener una profesión o emplearse sin permiso. La obediencia, el respeto, la abnegación y el sacrificio se establecieron por ley (Valcárcel, 2012:74)

Regresando al patriarcado clásico, el Derecho Romano creó el término de patria potestad. Bajo su amparo se concedía al varón un imperium doméstico familiar, que la ley reconocía como potestas o patria potestad (Castresana, 1993:36) (Camacho, 1990:294). La concepción jurídica romana de la familia ha tenido una gran influencia en la configuración del derecho de familia, hasta el punto de que seguimos conservando en nuestro Código Civil instituciones jurídicas provenientes del derecho romano. El paterfamilias era el titular de la patria potestad, y representaba el “reino del padre”, ejerciendo el poder sobre los individuos libres o no libres de la familia, y sobre las cosas. Se convertía en pater el ciudadano que ya no estaba sometido a la potestad paterna de ningún ascendiente masculino, hecho que ocurría habitualmente por fallecimiento del padre o del abuelo. La mujer no podía ejercer la patria potestad, porque se encontraba equiparada a sus propios hijos en la potestad del pater (Alemán, 2009:52).

Como decíamos, el arquetipo de familia romana influyó notoriamente en el derecho de familia diseñado en nuestras distintas compilaciones civiles. Solo tenemos que recordar, a modo de ejemplo, la obligación de la mujer casada de obedecer a su marido, que recogía expresamente el artículo 57 del Código Civil de 1889: “el marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido”, obligándole, el mismo texto legal, a seguir el domicilio y la nacionalidad de su marido, siendo éste además su representante legal<sup>1</sup>.

La inferioridad jurídica de la mujer se manifestaba también en su poder como madre: el artículo 154 disponía: “El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados”; con base en este precepto, era el padre el que podía tomar cualquier decisión referente

---

1. Obligación que mantiene su vigencia hasta la Ley 14/1975 de 2 de mayo.

a los hijos e hijas en el ámbito externo de la familia, ejerciendo así el poder sobre todos los miembros de la misma, quedando relegada la esposa exclusivamente a las tareas propias de cuidado. Esta limitación de la autonomía de la voluntad de la mujeres produjo consecuencias muy graves para ellas y los hijos e hijas, ya que el Código Civil establecía que si la esposa enviudaba y contraía nuevo matrimonio, perdía la patria potestad, salvo que el marido hubiera autorizado en testamento que pudiera contraer nuevo matrimonio, patria potestad que recuperaría si volviese a enviudar de su segundo marido. Además, en supuestos de separación, la mujer podía perder el derecho a relacionarse con sus hijos/as, con las graves consecuencias que esto suponía para el desarrollo de los mismos (Vallés, 2006:119). La Ley de 24 de abril de 1958 solucionó este problema, al regular la determinación por parte del juez del tiempo, modo y lugar que el cónyuge apartado de sus hijos e hijas podrá visitar y comunicar, y derogó la pérdida de la patria potestad de la madre por contraer nuevo matrimonio.

Hubo que esperar hasta la reforma operada en 1981 para que la madre dejara de estar privada de la patria potestad sobre sus hijos e hijas, otorgándose a partir de entonces al padre y a la madre: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades...”. Aunque la titularidad de la patria potestad a favor del padre se mantuvo en la ley hasta ese momento, en la actualidad perdura en muchas subjetividades la autoridad del padre para el adecuado mantenimiento de la estructura familiar.

Después de este breve recorrido histórico, cabría preguntarse: ¿por qué nuestro Código Civil mantiene un concepto proveniente del Derecho Romano que representa el “reino del padre”? ¿está el Estado salvaguardando los intereses patriarcales? ¿por qué se conserva el término de patria potestad para referirse al conjunto de deberes y responsabilidades que hoy corresponde a la madre y al padre?

Como afirma Gete-Alonso (2011:51) “la mención y referencia expresa al lenguaje que expresan las normas jurídicas se efectúa para hacer hincapié en un dato relevante, en concreto, en un aspecto formal y a la vez de contenido”. Bajo esta denominación, se esconde toda una ideología patriarcal, que ha situado a las mujeres a lo largo de los siglos en inferioridad jurídica respecto al hombre. La defensa de esta expresión en las normas se opone al principio de igualdad, como principio informador del ordenamiento jurídico, tal como establece el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modificó el artículo 154, en el que se

regula la institución jurídica de la patria potestad, quedando redactado de la siguiente forma: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos y su integridad física mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades...”. El cambio responde a las propuestas y observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. De esta forma, la nueva redacción se refiere a la patria potestad como responsabilidad parental, añadiendo que se ejercerá respetando sus derechos, y sustituyendo el término beneficio de los hijos por interés. Hubiera sido un buen momento para eliminar de nuestro ordenamiento jurídico el concepto de patria potestad, utilizando otro que se adecuara al principio de igualdad y al enfoque basado en los derechos del niño, tal como establece la Observación general n.º 13 del Comité de los Derechos del Niño.

Gete-Alonso (2011:60) expresa que adecuar el término al principio de igualdad implicaría la visibilidad de la igualdad del padre y la madre respecto de la función jurídica reconocida sobre los hijos e hijas, pudiendo ser potestad con el agregado que haga referencia al padre y la madre, o función parental. Habría que detenerse a reflexionar sobre el significado de potestad; el diccionario de la Real Academia Española lo define como: “dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”. La Cruz *et al.*, (2010:5), señala: “la potestad representa el poder directo sobre la persona, igual que el derecho real el poder inmediato sobre la cosa”; en este sentido, la Observación n.º 13 del Comité de los Derechos del Niño establece: “es necesario adoptar un nuevo paradigma y alejarse de enfoques de la protección del niño que perciben y tratan a los niños como “objetos” que necesitan asistencia y no como personas titulares de derechos, entre ellos el derecho inalienable a la protección”.

Si volvemos a echar la vista atrás, podemos recordar cómo el artículo 155 del Código Civil otorgaba al padre, y en su defecto a la madre, la facultad de corregir y castigar a los hijos moderadamente. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, incluyó en el artículo 154 la facultad de corregir razonablemente y moderadamente a los hijos, suprimiendo el castigo. El Comité de Derechos del Niño consideró esta facultad contraria al artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación. En consecuencia, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, eliminó esta facultad, introduciendo que la patria potestad se ejercerá con respeto

a su integridad física y psicológica. Este poder de corrección, al igual que el deber de obediencia de la esposa, estaba en consonancia con lo que la patria potestad ha simbolizado históricamente: el poder del padre sobre los miembros de la familia, haciendo mías las palabras de (Gil, 2006:68) “éste se erige, por naturaleza, en legislador, gendarme y juez de las actuaciones y comportamientos de la mujer e hijos, menores de edad, y sometidos bajo su tutela. Y cualquier alteración de ese orden habitual —ya natural— justifica y legitima la actuación violenta del tutor, no solo ante los ojos de este sino de la sociedad misma”. Si quisiéramos eliminar del imaginario colectivo esta idea del “poder del hombre por naturaleza”, deberíamos suprimir aquellos conceptos que la mantienen viva. La regulación actual de la patria potestad nada tiene que ver con esta idea originaria, ya que hoy otorga una serie de funciones subordinadas al interés del menor, a diferencia de lo que sería un verdadero derecho subjetivo (La Cruz *et al.*, 2010) (García, 2012:24) (Acuña, 2014:30). Para adecuar esta función al principio de igualdad, y al enfoque de los derechos de las personas menores de edad, hubiera bastado con establecer que los hijos y las hijas están bajo la responsabilidad y dirección paterna y materna, que se ejercerá siempre en interés de los mismos, de acuerdo con su personalidad, con respeto a sus derechos y a su integridad física y mental. Así, para la visibilidad de la igualdad del padre y la madre en la función jurídica, debería modificarse el Título VII, para pasar a llamarse “de las relaciones paterno-materno filiales”.

El artículo 154 del Código Civil, establece: “esta función comprende los siguientes deberes y facultades: “Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Representarlos y administrar sus bienes”. La ruptura de la pareja o del matrimonio trae consigo que el derecho-deber de velar por los hijos e hijas y tenerlos en su compañía se divida en dos figuras jurídicas: la guarda y custodia, y el derecho de visitas, que se distribuirán entre el padre y la madre, conservando ambos la titularidad de la patria potestad. En el siguiente apartado nos detendremos en el análisis del ejercicio conjunto de la patria potestad en contextos de violencia de género, y como este ejercicio, en apariencia neutro, se convierte en otro mecanismo legal de control hacia la mujer e hijos e hijas al alcance del padre agresor.

### 3. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN ESCENARIOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El artículo 156 del Código Civil establece que el ejercicio de la patria potestad será ejercido de manera conjunta por ambos progenitores, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de con-

vivencia del matrimonio o de la pareja, como se ejerza la misma, quedará, en la mayoría de las ocasiones, oculto en la intimidad familiar. Cuando se produce la ruptura es cuando trascienden las discrepancias entre padre y madre en aspectos relacionados con su ejercicio. Tras la separación, el correspondiente procedimiento de familia otorgará de manera general el ejercicio conjunto de la patria potestad, sin perjuicio de atribuir la guarda y custodia a la progenitora, al progenitor, o a los dos. El ejercicio conjunto de la patria potestad por el padre y la madre, y la atribución de la guarda y custodia a uno solo de ellos, implica que las decisiones habituales de la vida cotidiana se tomen por quien ejerce la guarda y custodia, pero no aquellas que sean importantes para la educación, formación y situación del menor, que necesitarán el acuerdo de ambos: cambio de domicilio del hijo o hija; siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas existente, la elección del colegio, la decisión de formación religiosa o laica, realización de actividades extraescolares, el sometimiento a tratamientos médicos-sanitarios, terapias psiquiátricas o psicológicas. Además, ambos tendrán la obligación de informarse de todas las cuestiones relevantes que afecten a su hijo o hija, siempre que el conocimiento de aquellas no lo pueda obtener por sí mismo el padre o la madre que no esté en compañía del menor en el momento en el que las mismas se produzcan (Armengot, 2015; Vallespín, 2013; Moreno, 2009).

Desde hace escasos años, las resoluciones judiciales han comenzado a pronunciarse en este sentido. Así, la Sentencia número 759/2011, del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 2 de noviembre de 2011, recoge el fallo del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao, en el que se enumeran las decisiones que habrán de ser adoptadas conjuntamente, tal como se ha enunciado anteriormente (Acuña, 2014:155). Por otro lado, la Sentencia número 642/2012, del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, Recurso 1238/2011, pone fin a la discusión en torno a si los cambios de domicilio del menor son una decisión que debe tomarse por el progenitor y progenitora, o por quien ostente la guarda y custodia, por ser reflejo de la libertad de residencia, domicilio y deambulación consagradas en la Constitución. La Sentencia expresa: “las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos, teniendo una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio”.

De las ochenta y cinco sentencias analizadas de las Audiencias Provinciales que resuelven recursos ante decisiones de Juzgados de Violencia, en los que el objeto de discusión versaba sobre la suspensión o limitación del régimen de comunicaciones y estancias establecido en contextos de violencia de género, encontramos de manera minoritaria la pormenorización de las decisiones que deben de tomarse de mutuo acuerdo<sup>2</sup>, en la gran mayoría se limitan a señalar que la patria potestad será compartida, o que se precisa el consentimiento de ambos, u autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentales de la vida, salud, educación y formación; sin embargo, tras el dictamen de las dos sentencias comentadas, ya no existe duda al respecto.

En caso de desacuerdo, el artículo 156 del Código Civil prevé la posibilidad de que tanto el progenitor como la progenitora acuda al órgano judicial, quien, después de oír a ambos, así como al hijo o hija si tuviera suficiente madurez, y siempre si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. También prevé que en el caso de que los desacuerdos fueran reiterados, o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los dos progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Se establece un plazo temporal de esta medida, que no podrá exceder de dos años. El artículo 92.4 del mismo texto legal, en el contexto de los efectos de la nulidad, separación y divorcio, establece: “los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges”. La atribución del ejercicio de la patria potestad a quien ostenta la guarda y custodia es considerada una medida de carácter excepcional que se adoptada en beneficio del interés del menor, permitiendo las decisiones unilaterales en aspectos relacionados con la vida cotidiana del menor, como aquellos otros más importantes para su educación, formación y situación del menor.

Compartimos la opinión de Guillarte (2009:213) de entender que la violencia de género es una causa que dificulta el ejercicio conjunto de la patria potestad, y que justificará la atribución en exclusiva a la madre que ejerce la guarda y custodia. Así lo prevé, en su artículo 65, la Ley Orgánica

---

2. SSAP Madrid, n.º 839/2015, Sección 22.ª, de 2 de octubre de 2015, Recurso 1462/2014, n.º 257/2015, Sección 22, de 13 de marzo de 2015, Recurso 672/2014, n.º 40/2015, Sección 22.ª, de 16 de enero de 2015, Recurso 286/2014.SAP Sevilla, n.º 3/2015, Sección 2.ª, de 9 de enero de 2015, Recurso 536/2014. SSAP Jaén n.º 440/216, Sección 1.ª, de 24 de junio de 2016, Recurso 241/2016, n.º 517/2016, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2016, Recurso 675/2016. SAP Coruña n.º 7/2017, Sección 4.ª, de 12 de enero de 2017, Recurso 592/2016.

1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando dice: “El juez podrá suspender para el inculgado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad....”. A pesar de ello, los Juzgados de Violencia no la tienen en consideración, ni en el momento de adoptar las medidas civiles correspondientes a la orden de protección, ni en la posterior sentencia del procedimiento de familia. El Informe Estadístico sobre Violencia de Género del año 2016, del Observatorio del Consejo General del Poder Judicial, nos muestra que la suspensión de la patria potestad, como medida civil adoptada en las órdenes de protección, solo se acordó en un 0,7%. Similares datos poníamos de manifiesto en el artículo: “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”: de los 118 procedimientos que analizamos por denuncias de violencia de género, en todos ellos se acordó, de forma automática, el ejercicio conjunto de la patria potestad, tanto en la orden de protección, como en la posterior sentencia de familia. ¿Cómo podrán tomar decisiones de común acuerdo existiendo medidas de prohibición y aproximación del padre hacia la madre?

El ejercicio conjunto de la patria potestad, en realidades de violencia de género, perjudica en muchas ocasiones el interés del menor, ya que a menudo el padre agresor obstaculiza determinadas decisiones adoptadas por la madre en beneficio del hijo o hija común, instrumentalizando a los/las menores para seguir dañando a la mujer. Existen muchas situaciones en las que esto puede ocurrir: el cambio de matriculación del menor a un centro escolar cercano al nuevo domicilio de la madre y del hijo. El centro educativo podrá pedir autorización a ambos progenitores, ya que, de lo contrario, y manifestando oposición el padre, el menor debería de retornar al centro que estaba con anterioridad; el traslado de la madre junto con sus hijos e hijas a otra localidad, por existir un riesgo para su integridad física o psíquica; la realización de actividades extraescolares, o los tratamientos psicológicos, tan necesarios por los efectos de la exposición de la violencia de género en los y las menores, que pueden ser impedidos si el padre manifiesta su oposición.

Existe una tendencia a reforzar el vínculo entre los y las menores y el padre, con base en una neutralidad genérica, sin tener en consideración la relación que exista entre padres e hijos/as, ni el desequilibrio importante en la dedicación de padres y madres en la crianza (Aguilera, 2015). Como ocurría en el modelo de contrato social establecido por Rousseau, en la actualidad, el punto de vista masculino domina la sociedad civil en forma de patrón objetivo, ese punto de vista que, puesto que domina el mundo, no parece en absoluto ser un punto de vista. Así, el Estado, a través de la mediación de la ley, considera que el dominio masculino se presenta como una característica de la vida, no como una interpretación unilateral

impuesta en beneficio de un grupo dominante. Desde este “patrón objetivo”, la presencia del padre define la familia (MacKinnon, 1995: 408-428). Por este motivo, el legislativo y la práctica judicial no ha repensado el modelo de paternidad del padre que ejerce el dominio, y que coloca en una situación de sumisión y obediencia a la madre y a los hijos e hijas. Hoy, sigue siendo símbolo de autoridad, ocultándose al padre violento, que causa inseguridad y miedo, y que es irresponsable en la crianza de los hijos e hijas (Pitch, 2013:165). Exigir la autorización de “este padre” para la toma de decisiones importantes en la vida del menor, cuando sus intereses están muy alejados de los del niño o la niña, lo dota de otro mecanismo para seguir perpetuando el sometimiento y control.

En relación a las posturas jurisprudenciales en torno al ejercicio de la patria potestad en contextos de violencia de género, del análisis de las sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales provenientes de recursos interpuestos ante Juzgados de violencia, hemos observado que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre en reducidas ocasiones, otorgándose en aquellas situaciones en las que el padre se encuentra privado de libertad por delitos de violencia de género, en supuestos en los que la prohibición de aproximación y comunicación se extendía a los hijos e hijas, o en aquellos otros en los que el progenitor paterno había sido figura ausente en la vida de los hijos e hijas desde la separación. De manera anecdótica, se otorga el ejercicio exclusivo a la madre en exclusiva por la situación de violencia de género acontecida.

En cuanto a la atribución del ejercicio exclusivo, por encontrarse el padre privado de libertad por delitos de violencia de género, la Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 319/2016, Sala primera, de 13 de mayo de 2016, Recurso 2556/2015, confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad por la imposibilidad del ejercicio efectivo, por encontrarse el padre privado de libertad por delitos de violencia de género. La resolución hace referencia a la previsión que establece el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como al concepto del interés del menor desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. La Sentencia n.º 275/2015, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 27 de octubre de 2015, Recurso 133/2015, revoca la resolución dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Albacete, por la que se priva al padre de la patria potestad, considerando la sala que la privación es una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva, sustituyendo la privación por la atribución del ejercicio exclusivo a la madre, al ser condenado el padre a una pena de prisión de 5 años y prohibición de

aproximación y comunicación durante ocho, por la comisión de un delito de lesiones y de detención ilegal en presencia del menor<sup>3</sup>.

En la misma línea hemos hallado la Sentencia 1038/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 7 de diciembre de 2015, Recurso 1038/2015, corroborando la dictada por el Juzgado de Violencia, en la que se suspende del ejercicio de la patria potestad al padre en materia de educación y salud, ya que este se encontraba privado de libertad por delitos de violencia de género, aunque añade como razón para ello, la imposibilidad de contacto con la figura materna, por la prohibición de comunicación con ella. Esta resolución, en su fundamento jurídico, también hace referencia al concepto de interés del menor definido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Asimismo, la Sentencia 675/2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de octubre de 2015, Recurso 179/2015, declara el ejercicio exclusivo de las funciones derivadas de la patria potestad a favor de la madre, por privación de libertad del progenitor por delitos relacionados con la violencia de género, existiendo prohibición de aproximación hacia la madre y menores.

En sentido contrario al anterior, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 680/2015, sala primera, de lo civil, de 26 de noviembre de 2015. Recurso 36/2015, por el que se confirma la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad, y se suspende el régimen de visitas, al progenitor ingresado en prisión por delitos de violencia de género. De la misma forma, la Sentencia 81/2015, de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, de 19 de febrero de 2015, Recurso 854/2014, confirma la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Almería, suspendiendo el régimen de visitas al padre por encontrarse privado de libertad, y otorgando el ejercicio conjunto de la patria potestad<sup>4</sup>.

- 
3. En este sentido: SAP de Barcelona, n.º 338/2015, de 20 de mayo de 2015. SAP de las Islas Baleares n.º 327/2016, 24 de octubre de 2016.
  4. En esta dirección también se manifiestan las siguientes resoluciones: La SAP de Cáceres, n.º 181/2015, Sección 1.ª, de 15 de junio de 2015, Recurso 256/2015. SAP de Santa Cruz de Tenerife, n.º 161/2015, Sección 1.ª, de 25 de marzo de 2015, Recurso 39/2014, en las que se ratifica la suspensión del régimen de visitas por la privación de libertad por violencia de género y el ejercicio conjunto de la patria potestad. SAP de Madrid, n.º 985/2015, en la que se confirma la suspensión del régimen de visitas, por la existencia de procedimiento penal por violencia de género, acordándose la prohibición de aproximación y comunicación hacia la madre y los hijos, manteniéndose la patria potestad compartida. SAP de Santa Cruz de Tenerife, n.º 15/2016, Sección 1.ª, de 14 de Enero de 2016, Recurso 558/2015 y SAP de Lleida, n.º 298/2016, Sección 2.ª, de 30 de junio de 2016, Recurso 362/2016, en las que se acuerda la suspensión del régimen de visitas por encontrarse el padre en prisión, sin especificar el motivo de la privación de libertad, otorgando la patria potestad compartida.

De las resoluciones en las que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad, por extenderse la medida de alejamiento hacia los hijos e hijas, encontramos la Sentencia n.º 235/216, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4, de 14 de abril de 2016, Recurso 4/2016. La Audiencia confirma la atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre, así como la suspensión del régimen de visitas, por la existencia de procedimiento penal por malos tratos hacia la madre e hijas. El informe médico forense indica la existencia de malos tratos psicológicos habituales en el contexto de la violencia de género, sufriendo las hijas violencia directa e indirecta por el clima de violencia, presentando ambos trastornos de ansiedad y depresión que precisan tratamiento. La Sentencia n.º 247/2016, de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 20 de junio de 2016, Recurso 333/2016, llega a la misma solución, por la condena de hechos notoriamente graves sucedidos en el ámbito de la violencia contra la mujer, en presencia del hijo menor, imponiéndose la prohibición de aproximación y de comunicación con el hijo menor, reconociendo la sentencia que este hecho haría estéril el señalamiento de un régimen de visitas, así como el ejercicio de los deberes propios e inherentes a la patria potestad<sup>5</sup>.

En relación a las decisiones judiciales que se pronuncian atribuyendo el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, por falta de relación del padre con los menores, observamos la Sentencia n.º 334/2016 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 2 de mayo de 2016, Recurso 1181/2015, que resuelve el recurso presentado ante la Sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número dos de Valencia, en la que se atribuye a la madre la guarda y custodia de los tres hijos del matrimonio, la patria potestad compartida, y un régimen de relaciones del padre con sus hijos consistente en visitas de fines de semanas alternos en el PEF, en la modalidad de visitas tuteladas. La Sentencia de la Audiencia atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, por incumplimiento grave y justificado del padre de las obligaciones derivadas de la patria potestad, que establece el artículo 154 del Código Civil, y ello, por no considerar que tales hechos tengan tanta gravedad como para llevar consigo la privación de la patria potestad. El padre había sido una figura ausente en la vida de los hijos desde la separación de hecho, no viéndolos desde hacía cinco años, ni solicitado régimen de visitas; así mismo, tampoco había mostrado interés en ellos de ninguna clase, ni colaborado en su mantenimiento. La Audiencia observa otra conducta contraria al interés

---

5. En similares circunstancias y sentido resuelve la Sentencia n.º 7/2017, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 12 de enero de 2017, Recurso 592/2016.

del menor: la negativa injustificada a permitir que los hijos fueran objeto de evaluación-psiquiátrica psicológica en el servicio público de salud, estando afectados por cuadros de ansiedad agravados con el tiempo, teniendo uno de los hijos que tomar medicación en dosis crecientes, síntomas derivados de la reaparición del progenitor y de la imposición de las visitas, teniendo los mismos, sobre todo los mayores, un gran rechazo a los contactos con el padre, probado por diversos informes médicos. Se afirma que esta actitud del progenitor resulta claramente contraria al interés del menor, pareciendo estar inspirada en el interés exclusivo de protegerse a sí mismo. Se otorga el ejercicio exclusivo de la patria potestad con la finalidad de evitar perjuicios a los menores derivados de la pasividad o falta de colaboración paterna en asuntos de interés para los hijos, a nivel administrativo, escolar, médico, etc. Todos estos motivos también llevaron a que la resolución acordase la suspensión del régimen de visitas. En la misma línea, nos encontramos la Sentencia n.º 218/2016, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 24 de mayo de 2016, Recurso 9124/2015; confirma la decisión de primera instancia de modificación de medidas, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas, por falta de contacto del padre con el menor, al haberse convertido en un extraño. La Audiencia reconoce que esto demuestra la falta del interés del padre, y el claro incumplimiento del ejercicio de la patria potestad, afirmando que no puede exigirse al menor que tenga una relación con una persona absolutamente desconocida para él<sup>6</sup>. Esta sentencia hace alusión al art. 2 de la L.O. 8/2015 de 22 de julio. Expresa, tal como establece la norma, que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan. Sin embargo, no hace referencia alguna a los contextos de violencia de género vividos por los menores.

Llama la atención el pronunciamiento del Juzgado de 1.ª Instancia, al que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 54/2011, sala primera, de 13 de mayo, recurso 500/2008: el Juzgado de 1.ª Instancia de las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia en la que quedaba probado el comportamiento violento del demandado, que tuvo que ser desalojado durante la celebración de la vista, hecho que motivó la confirmación de las medidas adoptadas en el auto anterior, en el que se acordaba la suspensión del régimen de visitas, pese a haber sido solicitado por la madre un régimen de visitas tutelado. A pesar de ello, y reconociendo que queda acreditado el carácter violento, el Juzgado de 1.ª Instancia no acordó el ejercicio exclusivo

---

6. En el mismo sentido, la Sentencia n.º 304/2016, Sección 18, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de abril de 2016, Recurso 459/2015.

de la patria potestad a favor de la madre; de forma automática se otorga de forma compartida, sin valorar los posibles obstáculos del padre violento hacia las decisiones tomadas por la madre en beneficio de sus hijos, máxime si tenemos en cuenta que se encontraba alojada en una casa de acogida. En este mismo posicionamiento, se observa en la Sentencia n.º 321/2015, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, de 18 de septiembre de 2015, Recurso 266/2015, en la que se confirma la suspensión de las visitas del padre por problemas de alcoholismo, drogadicción y falta de interés en regular la relación con su hijo, otorgándose el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Nos parece muy acertada la solución dada por la Sentencia n.º 67/2017, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de enero de 2017, Recurso 596/2016, en la que se confirma la decisión adoptada en primera instancia, por la que atribuía el ejercicio de la patria potestad a la madre. La Audiencia mantiene que esta decisión “está en armonía con la orden de alejamiento impuesta al apelante, que impediría la necesaria comunicación entre los progenitores para consensuar determinados aspectos de la vida de sus hijas, por lo que debe mantenerse la suspensión del ejercicio por parte del padre hasta que se depuren las responsabilidades penales y a resultas de las mismas, y solo en caso de no existir o de haberse liquidado las penas, podrá recuperarse mediante el correspondiente procedimiento de modificación de medidas del ejercicio conjunto de la patria potestad”. A similar solución llega la Sentencia n.º 926/2015, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 3 de noviembre de 2015, Recurso 226/2015, suspendiendo temporalmente el ejercicio de la Patria Potestad conjunta y compartida, hasta la extinción de la responsabilidad penal por el delito de maltrato habitual, por prescripción de las penas impuestas, con arreglo a la previsión de los artículos 130 y 133 del Código Penal.

Estas dos últimas decisiones estarían en consonancia con la previsión recogida en el artículo 65 la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando dice: “El juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad...”, y la posibilidad que ofrece artículo 156 del Código Civil de atribuir el ejercicio de la patria potestad total o parcialmente a solo de los progenitores, sin concurriese cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. Resoluciones que fueron respetuosas con los parámetros establecidos sobre el interés del menor en el artículo 2 de La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, entre los que se encuentra la protección de la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas, emocionales y afectivas, así como la

conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

Hemos observado en las resoluciones analizadas cómo uno de los parámetros aplicados para llegar a esta decisión ha sido el estar el padre privado de libertad por delitos de violencia de género, pero tampoco este es un criterio unánime, al hallar abundantes sentencias en las que a pesar de darse esta grave circunstancia, se otorgaba el ejercicio compartido de la patria potestad. La existencia de una medida de alejamiento hacia los/las menores, sí es una circunstancia poderosa en las decisiones en este sentido, y la ausencia del padre en la vida de los niños y niñas. Sin embargo, no lo es la presencia de un procedimiento penal por delitos de violencia de género, en trámite, o culminado con sentencia condenatoria. Por otro lado, hemos podido advertir cómo, en diversas sentencias, se otorga el ejercicio exclusivo para evitar la privación de la patria potestad, por considerar esta una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva.

#### 4. CONCLUSIONES

El recordatorio sobre el origen de la categoría jurídica de Patria potestad, así como de los pilares del patriarcado moderno que posteriormente la sustentaron, nos ha permitido hacer visible la tradición heredada, comprobando cómo esta categoría jurídica mantiene vivo el contrato social diseñado por Rousseau, a través del cual la legitimidad del poder en el ámbito público y privado descansa en el varón. Nuestro legislativo se resiste a eliminar el concepto de Patria Potestad, en el que confluye toda la simbología del patriarcado clásico y moderno, para sustituirlo por otro, libre de esta ideario, acorde con el principio de igualdad y con los derechos de las personas menores de edad. En este sentido, Roca (2014:32) expresa: “la familia es un organismo paralelo al Estado, porque se trata de una auténtica organización de poder, que se manifiesta en los ejemplos de patria potestad y la tutela, ya que existe una relación de subordinación de individuos”. En este estado de cosas, la familia se ha sustentado en el poder patriarcal en sus dos dimensiones: poder conyugal y poder paterno.

Hemos podido constatar cómo, a pesar de existir suficiente amparo jurídico para atribuir a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad en situaciones de violencia de género, existe una inercia a otorgar el ejercicio conjunto a la madre y el padre. Si tenemos en mente la costumbre heredada, podemos entender las dificultades para suspender del ejercicio de la patria potestad a quien históricamente la ha ostentado.

El fundamento último de las decisiones jurídicas se basa en criterios valorativos, políticos, económicos y sociales, descansando en fundamentos políticos (Gil, 2000:293). Si conectamos nuevamente con la ideología patriarcal reinante en todas las estructuras de nuestra sociedad, y con la transcendencia que para la misma tiene la presencia del padre en la configuración de la familia, no es de extrañar que no se adopten decisiones tendentes a privar de autoridad al progenitor paterno, aunque esto suponga ir contra el interés del menor. Tal como afirma Lerner (1990:66): “El sistema de pensamiento patriarcal está tan imbuido en nuestros procesos mentales que no podremos sacárnoslo de encima hasta que no seamos antes conscientes de ello, lo cual supone un esfuerzo especial”.

Es necesario reflexionar sobre la forma de superar estas resistencias: la realidad nos muestra las dificultades con las que se encuentran las mujeres que denuncian situaciones de violencia de género para tomar decisiones en asuntos de interés para los hijos e hijas, en temas administrativos, escolares, médicos, de cambio de ciudad, por situaciones de riesgo, y ello, por el necesario consentimiento de los padres agresores. A menudo se encuentran con su oposición, pasividad o falta de colaboración, perjudicando gravemente el interés del menor. Los instrumentos normativos, relacionados anteriormente no han supuesto una respuesta acorde con la protección del interés de los y las menores víctimas de la violencia de género, observando cómo, en las sentencias analizadas, aún no ha tenido transcendencia la nueva definición de interés del menor. Sería necesario que el legislativo diera un paso hacia adelante, modificando el artículo 156 del Código Civil, en el sentido señalado por las sentencias n.º 926/2015, de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de noviembre de 2015, y la n.º 67/2017, y la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de enero de 2017. Modificación que debería estar dirigida a establecer que la existencia de un procedimiento o condena por delitos de violencia de género será causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, atribuyéndose en exclusiva a la madre, desde la adopción de las medidas penales de protección, hasta la extinción de la responsabilidad penal por el delito correspondiente, modificando, en el mismo sentido, el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta modificación estaría acorde con la definición de interés del menor definida en el artículo 2 de La Ley Orgánica, 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, garantizando así la protección del desarrollo del menor, la satisfacción de sus necesidades básicas: materiales, físicas y educativas. Priorizándose, de esta forma, su interés superior, frente al interés del padre agresor de control y sometimiento hacia la madre e hijos/as.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña San Martín, M. (2014). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. España. DyKinson.
- Aguilera, A. (2015). Comentario a la sentencia de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5376). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 98. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>.
- Alemán, A. (2009). Evolución histórica de la discriminación de la mujer. En Pérez Vallejo (comp.). *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva* (pp. 50-65). Madrid: Atelier.
- Armengot, A. (2015). De la intervención judicial en relación con la patria potestad. *Revista Práctica de los Tribunales*, 116. Recuperado desde: <http://www.smarteca.es>
- Camacho, F. (1990). Curso de Derecho Romano. España: Gráficas Alhambra.
- Castresana, A. (1993). *Catálogo de virtudes femeninas*. España: Tecnos.
- Cobo, R. (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*. España: Cátedra.
- García, P. (2012). *La patria potestad*. España. Dykinson.
- Gete-Alonso. M. (2011). Feminización: términos, valores y conceptos jurídicos (Las reformas pendientes: datos para una discusión). En García Rubio y Valpuesta Fernández (comp.). *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado* (pp. 43-75). Valencia: Tirant lo blanch.
- Gil, J. (2010). La función judicial. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 17, 273-303.
- Gil, J. (2012). *Las nuevas técnicas legislativas en España*. España: Tirant lo Blanch
- Gil, J. (2006). Jonh Stuart Mill y la Violencia de Género: las trampas de la educación diferencial, 23, 61-84.
- Guillarte, C. (2009). La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género. En De Hoyos Sancho (comp.) *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (pp. 203-230). Valladolid: Lex Nova.
- La Cruz, J., Sancho, F., Luna, A., Delgado, J., Rivero, F., Rams, A., *Elementos de derecho civil. Tomo IV. Familia (4a.ed.)*. Madrid: Dykinson.
- Lerner, G. (1990). *La creación del patriarcado*. Barcelona. Crítica.
- Mackinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. España: Cátedra.
- Moreno, V. (2009). Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley 7267*, Recuperado de: <http://laleydigital.laley.es>.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. (María Luisa Femenías, trad). España. Anthropos. (Obra original publicada en 1988).
- Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Reyes, P. (2015). Menores y violencia de género: de invisibles a visibles. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 181-2017.
- Roca, E. (2014). *Libertad y familia*. España: Tirant lo Blanch.

- Valcárcel, A. (2008). *Feminismo en el mundo global*. España: Cátedra.
- Vallés, M.L. (2006). Posición jurídica de la mujer a través de las reformas del derecho de familia. *Feminismo/s* 8, 115-119.
- Vallepín, D. (2013). El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción? *Práctica de los Tribunales*, 100, Recuperado desde: <http://www.smarteca.es>.