

MEDIDAS EN CASO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN EL SISTEMA LEGAL DEL REINO DE ESPAÑA

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho civil de la Universidade da Coruña

I.- INTRODUCCIÓN.

Un porcentaje altísimo de los menores expuestos a violencia de género presentó algún trastorno psicológico al menos leve, siendo también muy frecuente que buena parte dichos episodios de violencia se han llevado a cabo tras la separación de los progenitores en el momento en que el padre ejerce el régimen de visitas concertado o acordado judicialmente por lo que resulta necesario extremar la cautela en todos los sentidos en el propio procedimiento civil y siempre primando el interés del menor.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, califica de "especialmente atroz" la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno donde está presente la violencia de género que afecta a los menores de muchas formas, condicionando su bienestar y desarrollo, causándole serios problemas de salud, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer y, en fin, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas.

En este texto legal precisamente se define el interés superior del menor como un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución y, además, es un principio general de carácter interpretativo de modo que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor así como, en último lugar, dicho principio es igualmente una norma de procedimiento para asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

Pues bien, hasta el momento de entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyos Títulos IV y V entraron en vigor el día 29 de junio de 2005, el legislador español había dado respuesta al problema de la violencia tradicionalmente denominada **doméstica** y, ahora, **de género**, únicamente a través de instrumentos propios del Derecho penal al igual que en algunos otros Ordenamientos jurídicos, como es el francés, y ello pese a haber sido contemplados, éstos, en el **Plan de acción contra la violencia doméstica** aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 30 de abril de 1998, como una más de las acciones previstas para intentar atajar el fenómeno de los malos tratos en el hogar, tanto en el aspecto sustantivo -

tipificando el delito de violencia doméstica y las faltas de malos tratos familiares, extendiendo el ámbito de protección a las uniones matrimoniales, no matrimoniales y a las víctimas que hayan estado en el pasado relacionadas con el agresor por alguno de estos vínculos- y procesal permitiendo su enjuiciamiento a través del *procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, supeditándose, en todo caso, la posibilidad de incoación a la previa existencia de una atestado policial-.

Pues bien, frente a esta respuesta expresa en el Derecho penal, en otros sectores del Ordenamiento en los que, sin duda, resultaba conveniente la previsión de medidas complementarias que pudiesen adoptarse como necesario complemento de las penales o con independencia de la posible respuesta penal por no resultar adecuada o por tratarse de acontecimientos que, por la razón que fuese, careciesen de relevancia penal o la víctima no considere oportuno que lleguen a conocimiento de un órgano jurisdiccional de esta naturaleza, no se había adoptado previsión alguna ni sustantiva ni procesal.

En este estado de cosas, se puso en numerosas ocasiones de manifiesto la necesidad de tratar el problema suscitado por la violencia doméstica no sólo desde una perspectiva judicial, sino involucrando a todas las Administraciones Públicas en orden a la adopción de políticas educativas y preventivas, sin recurrir exclusivamente a la intervención del Derecho penal para afrontar un problema que ha sido calificado de endémico.

La Ley Orgánica N° 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género incide de manera directa en la regulación civil de las relaciones familiares, tanto en lo que atañe a los hijos cuanto a los cónyuges, enfocándose la violencia de género por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, estableciéndose medidas de sensibilización e intervención en al ámbito educativo y reforzando, con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres con el apoyo a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico de modo que proporciona una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley.

Considera el artículo 1 de la ley por violencia de género toda manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. y comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, que, desde luego, como hemos

adelantado, tiene importantes consecuencias para los menores.

Esta idea consistente en la necesidad de abordar las consecuencias de la violencia de género no sólo desde la perspectiva punitiva se puso de manifiesto ya en el trámite de toma en consideración de las decaídas **Proposiciones de Ley de reforma del CC en materia de proceso de separación y divorcio, cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges+*, presentadas en el año 1998 por los Grupos Parlamentarios Popular del Congreso y Federal de Izquierda Unida, en las cuales se proponían añadir dos párrafos al art. 103 del CC en los que se preveía la posibilidad del Juez que conociese de una demanda de separación o divorcio de acordar la práctica de una prueba pericial psicológica, en virtud de la cual pronosticar el posible comportamiento del cónyuge objeto de examen en orden al uso exclusivo de la vivienda familiar, patria potestad compartida, **u otras medidas que impliquen un acercamiento espontáneo y no vigilado del cónyuge a su entorno familiar+*.

En la defensa de la Proposición de Ley realizada por la diputada BARRIOS CURBELO, ésta señalaba que la prueba pericial psicológica sería un instrumento idóneo para que el Juez vedase la fijación de un régimen de visitas o el acercamiento al hogar familiar o al lugar de trabajo del otro cónyuge o de los familiares o exconvivientes víctimas de las agresiones.

En la tramitación parlamentaria de la LECiv/2000, igualmente se presentó alguna enmienda, que fue rechazada, con la que se pretendía la inclusión de un nuevo precepto relativo a la posibilidad de que el Juez civil, a instancia de parte o de oficio y tanto como medidas previas o con posterioridad a la admisión de la demanda, pudiese adoptar una serie de medidas cautelares.

Esta enmienda tenía precisamente como motivación expresa el hecho de la toma de conciencia del problema de la violencia familiar (agresiones físicas o psicológicas a la pareja, que puede hacerse extensible a otros miembros del núcleo familiar, como descendientes, comunes o no, de la pareja base de la familia), ante la cual se consideraba conveniente contemplar en el Ordenamiento jurídico español la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial de alejamiento como medida de protección de la víctima que pudiese ser adoptada incluso por el Juez civil.

En su reunión del día 29 de agosto de 2002, el Pleno del Parlamento Europeo, a propósito de la evaluación del **Programa Daphne de lucha contra la violencia doméstica (2000-2003)+*, pidió que los Estados miembros reconozcan en sus legislaciones el derecho a desalojar al agresor del domicilio familiar, lo que coincide con las conclusiones del **Informe de la Ponencia sobre erradicación de la violencia doméstica+*, aprobado por la Comisión Mixta Congreso-Senado de los Derechos de la Mujer en diciembre de 2002.

Con todo, en España no es hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando se

dispone de un marco jurídico en el que se contemplan expresamente medidas de protección de las víctimas de la violencia de género de naturaleza estrictamente civil y que, como veremos más adelante, contemplan también la situación de los menores.

II.- FINALIDAD DE LA LEGISLACIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Uno de los fines esenciales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, está constituido por **asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género** (art. 2.g).

En dicha norma se siguen los postulados del Dictamen del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 6 de enero de 2003, relativo a la **Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer**, cuando señala que **una legislación ideal sobre la violencia doméstica debería combinar los recursos penales y los civiles, siendo éstos fundamentales**, de suerte que combina mecanismos penales de tutela, con medidas de naturaleza civil y también del orden social o laboral, en el que se establecen algunos ejemplos de la denominada discriminación positiva a favor de la mujer que haya sido víctima de violencia de género.

En efecto, estamos ante una norma con una clara vocación de globalidad, tal y como se afirma en su propia Exposición de Motivos, pues con ella se pretende atender las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres.

Con este objetivo, la violencia de género se enfoca aquí de una forma integral y multidisciplinar, regulando tanto aspectos preventivos y educativos, que incluyen campañas de sensibilización y atención a la imagen de la mujer en el ámbito publicitario, como de tutela institucional, penal y judicial con las correlativas reformas en materia procesal; y también se regulan aspectos laborales y de Seguridad Social incluyendo asistencia sanitaria y prestaciones de contenido económico.

Desde un punto de vista sustantivo, la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se configura como un conjunto de medidas de acción positiva según se desprende del punto II de la Exposición de Motivos, al hacer destinatarias de esta Ley a las mujeres y dentro de éstas, sólo a las mujeres que hayan sufrido malos tratos, con el sustento constitucional por el cual *los poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el art. 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos... [los] derechos [fundamentales], removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.*

Resultaba absolutamente necesario asegurar la debida coordinación entre la jurisdicción civil y penal e incluso procurar una actuación unitaria de ambas jurisdicciones que garantice eficazmente la protección contra la violencia de

género.

Con anterioridad a su entrada en vigor, la normativa reguladora de la orden de protección (la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección) ya había presentado algunos problemas de coordinación entre las medidas acordadas en el orden jurisdiccional penal con las que se pueden adoptar en el orden civil ordinariamente en el seno de un procedimiento matrimonial-, que plantea la existencia de dos jurisdicciones, civil y penal, conociendo de unos mismos hechos.

De acuerdo con dicha Ley de 2003, la Orden de Protección "unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela de las víctimas", de manera que "a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial sustanciado ante el Juzgado de Instrucción pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre una acción cautelar de naturaleza civil y penal", atribuyéndose a un órgano judicial perteneciente a la jurisdicción penal la competencia para acordar, a instancia de parte, algunas medidas cautelares de naturaleza civil, previas a un procedimiento de familia o relacionadas con hijos menores, de modo que una misma resolución judicial incorpore tanto medidas de alejamiento o restrictivas de la libertad del agresor, cuanto las orientadas a la protección jurídica de la víctima sin esperar a plantear un proceso civil.

Se amplía la competencia genérica de los tribunales penales, antes limitada a la acción civil derivada del delito, para conocer de determinadas medidas provisionales previas a la demanda de un proceso de familia, por la conexión con el objeto del proceso penal, siendo la competencia del juez de Instrucción para las medidas civiles de carácter cautelar y provisional condicionadas a la ratificación o modificación por la jurisdicción civil.

La Ley 27/2003 es novedosa por la adopción por el Juez de Instrucción de Guardia en la Orden de Protección de medidas civiles previas a la demanda iniciadora del juicio de familia, que permite superar las posibles contradicciones, y además crea dos instrumentos para una mejor coordinación:

a) Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, al que tienen acceso las resoluciones en procesos matrimoniales o de menores cuando se aprecie la existencia de situaciones de violencia.

b) Comisión de Seguimiento de la implantación de la Ley que, junto con el Observatorio de Violencia Doméstica del Consejo General del Poder Judicial aprobaron sendos protocolos sobre la aplicación de la Orden de Protección y la coordinación entre las dos jurisdicciones implicadas.

La Ley 27/2003, como la propia Ley Orgánica 1/2004, no evitan todos los problemas de coordinación en las jurisdicciones civil y penal. Así, en cuanto a las medidas civiles susceptibles de ser acordadas por el Juez de Instrucción en la orden de protección, la salvedad que se hace a la regla de no concurrencia con otras dictadas

previamente por el Juez Civil, excluyente de dichas medidas, cuando se trata de las previstas en el art. 158 del CC, permite que, excepcionalmente y en interés de los menores de edad, puedan adoptarse las medidas que se consideren oportunas para evitar a éstos algún peligro o perjuicio, con independencia de lo resuelto en el orden civil, cuando la urgencia del caso así la requiera con base en hechos o circunstancias nuevas y concurrentes en el momento de dictarse la orden de protección lo que puede conllevar la posible prevalencia entre lo resuelto en una y otra jurisdicción que, en principio, deberá decantarse transitoriamente en favor de las medidas adoptadas por el Juez de Instrucción, sin perjuicio de su posterior y definitiva ratificación o modificación por el Juez Civil competente.

Entre las medidas susceptibles de ser adoptadas dentro de la orden de protección, al amparo del art. 158 del CC, se encuentra la modificación de las ya acordadas sobre los menores en un proceso de familia cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias, debida a la aparición de episodios de violencia doméstica que pongan en peligro o puedan causar perjuicios a los menores, por ser éstos destinatarios directos o indirectos de esa violencia, que puedan aconsejar, por ejemplo, la suspensión del régimen de visitas o de la custodia conferida al progenitor que ejerce la violencia de forma grave o reiterada, sin perjuicio de acudir, en otros casos, a soluciones de intermediación en el desarrollo de dicho régimen.

En el supuesto de que la violencia no afecte a hijos menores de edad, la modificación de las medidas previamente acordadas en la vía civil no puede hacerse a través de la orden de protección, sino que habrá que acudir al proceso de ejecución de la resolución que acordó la medida, si ésta es definitiva y hay razones de urgencia que hacen necesaria una suspensión temporal de la medida, sin perjuicio de remitir a las partes al proceso de modificación previsto oportunamente en la legislación procesal.

También puede ocurrir que alguna medida penal adoptada en la orden de protección resulte incompatible con la acordada en un proceso matrimonial, como el alejamiento en relación con el uso de la vivienda familiar, en cuyo caso prevalece, por razones de interés público de la víctima, la tutela penal.

Otra cuestión procesal es la disparidad entre la vigencia temporal de las medidas civiles adoptadas en la orden de protección, que son 30 días siguientes, y el régimen procesal en que la eficacia de las medidas previamente adoptadas permanece sin límite temporal de modo que quedan automáticamente prorrogadas en tanto no se pronuncie el Juez de Primera Instancia.

A pesar de todos los problemas, es claro que la doble competencia civil y penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer favorece la unidad de criterio judicial.

III. CONCEPTO DE **VIOLENCIA DE GÉNERO**

El objeto y finalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género aparece definido en su art. 1.1, es precisamente actuar contra la violencia de género, que es **la que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y la relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia**.

Desaparece así el elemento intencional recogido en la redacción del Anteproyecto de la Ley, que entendía por violencia ejercida sobre la mujer **la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad, y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres**, ante la dificultad de probar ese elemento anímico, que podía perjudicar los intereses de las propias víctimas y limitar la aplicación de la Ley mientras que, por el contrario, la definición en el texto legal vigente se hace sobre bases o criterios objetivos, por la condición de la mujer, quedando fuera las conductas del mismo tipo pero por consideraciones ajenas al sexo de la víctima y sus relaciones sentimentales con el agresor, como las de carácter profesional o económico.

Así, la mujer adquiere la condición de beneficiaria del bloque normativo multidisciplinar contenido en la LO 1/2004 por la posición de subordinación de la mujer respecto del maltratador en el marco afectivo, familiar, y en demasiadas ocasiones, también en el económico y así la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, respecto de la mujer maltratada, resalta **las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral**.

Incluso desde este punto de partida pudiera haberse aprovechado la oportunidad de la promulgación de esta Ley integral para incidir también en la eventualidad de los malos tratos sufridos por las mujeres con ocasión de la relación de trabajo (acoso moral y sexual), e, igualmente, desde la perspectiva de los sujetos destinatarios de la norma y teniendo en cuenta que las medidas por ella adoptadas se justifican sobre la base de una posición de subordinación, también podía haberse hecho extensiva la protección al colectivo de las personas mayores, cuya posición de subordinación e indefensión no puede ponerse en duda.

En cualquier caso, la noción de violencia de género, contenida en el art. 1.1 de la LO 1/2004, se refiere al ámbito de la Ley y la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a los que se atribuye en exclusiva el conocimiento de los asuntos relacionados con la misma, perfilando la violencia de género sobre bases o criterios objetivos que permiten comprender en la esfera de aplicación de la Ley toda la amplia gama de expresiones que puede tener

en la realidad cotidiana esta clase de violencia (art. 1.3), al margen de la intencionalidad o motivación del agresor.

La definición legal supone que no todo acto de violencia ejercida por un hombre ligado afectivamente a una mujer, contra ésta, es objeto de la ley, sino sólo aquellos que se realicen precisamente por dicho hombre ligado a la mujer pero justamente por la condición de mujer o la pertenencia al sexo femenino de la víctima y que, por eso, son manifestación de la discriminación, la desigualdad o la relación de poder y dominación del hombre sobre la mujer, excluyendo las conductas en las que el sexo de la víctima es algo puramente accidental o irrelevante en el comportamiento violento de modo que se incluye una agresión basada en los celos del agresor, como expresión de la situación de dominio del varón sobre la mujer, pero no una conducta violenta que obedezca a la venganza o al resentimiento personal por consideraciones ajenas al sexo de la víctima y a sus relaciones sentimentales con el agresor, como pudieran ser las de carácter profesional o económico.

Así, en relación con la competencia atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el art. 87 ter. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el art. 44 de la Ley, dispone que **cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente+*, y el mismo art. 87.ter, en su apartado 1 c), confiere a los nuevos Juzgados la competencia para la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas de violencia sobre la mujer, **sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia+*, esto es, al Juez de Instrucción, en los casos no comprendidos en el ámbito de la Ley especial, o cuando la orden no pueda ser adoptada por aquél [arts. 58 y 62 Ley especial, 14.5.c) LECrim y 87.1 a) y f) LOPJ, modificado por la disposición adicional décima de la Ley].

En 2104 España ratificó el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 que entró en vigor el 1 de agosto de 2014, siendo el ámbito de aplicación del Convenio el referido a todas las formas de violencia que afectan a las mujeres por el hecho de ser mujeres considerándose que por violencia contra la mujer se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

Como consecuencia de la ratificación del mencionado Convenio de Estambul se ha procedido a la modificación de la normativa española mediante el Real Decreto-Ley N° 9/2018 de medidas urgentes del desarrollo del pacto de Estado contra la

violencia de género y tras ello, en diciembre del 2017, los distintos Grupos Parlamentarios, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias, ratificaron el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, que supone la unión de un gran número de instituciones, organizaciones y personas expertas en la formulación de medidas para la erradicación de la violencia sobre las mujeres, incidiendo en todos los ámbitos de la sociedad y que se estructura en 11 ejes de trabajo.

IV. LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y SUS COMPETENCIAS EN EL ÁMBITO CIVIL.

Con la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como bien señala la Exposición de Motivos de la Ley, *se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles de modo que, tanto las causas penales en materia de violencia de género, como las civiles relacionadas con ella, son objeto en la primera instancia de sustanciación procesal ante un mismo órgano jurisdiccional especializado en la materia, asegurando así las garantías del proceso penal al presunto agresor y la más eficaz e inmediata protección a la víctima en ambos órdenes jurídicos con un tratamiento unitario de cada caso. Dada la tradicional preferencia que, por la mayor trascendencia de los intereses jurídicos tutelados, tiene el proceso penal sobre el civil, parece razonable que la doble competencia se otorgue a un juzgado del orden penal y no a un juzgado civil.

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer de la instrucción y, en su caso, del fallo de las causas penales, además de las civiles, en esta materia, se extiende a la adopción de las órdenes de protección a las víctimas, con las consiguientes medidas cautelares penales y civiles, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia [art. 87 ter.1 c)]; y a la posterior tramitación de éstas dentro del proceso de familia que proceda iniciar a instancia de parte en el mismo Juzgado, evitando así que este procedimiento sea conocido por un Juez civil diferente y la necesidad de instar ante éste la ratificación de las medidas adoptadas por el Juzgado de Guardia, con los problemas de coordinación e incompatibilidad consiguientes.

En este sentido, la disposición adicional duodécima de la Ley añade una disposición adicional cuarta a la LECrim que establece que las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del art. 544 ter de la LECrim, regulador de la orden de protección, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer y así la ratificación de las medidas civiles acordadas en la orden de protección deberá interesarse ante el propio Juzgado de Violencia sobre la Mujer, lo que facilita su mantenimiento.

La acumulación heterogénea de acciones en el proceso criminal, entre la acción penal y la pretensión reparatoria

por el ilícito civil implícito en el hecho delictivo, que se contempla en los arts. 110 y ss. de la LECrim, conduce a la existencia un proceso adhesivo o mixto que hace del Juez penal, en determinadas condiciones y dentro de determinados límites, al mismo tiempo un Juez civil.

En el caso de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es una acumulación de competencias penales y civiles en un mismo Juzgado, especializado por razón de la materia y perteneciente al orden penal, que conocerá de forma separada y conforme a sus propias normas procesales (arts. 44 , 57 y 58 de la Ley, en relación con el art. 87 ter. 1 y 2 de la LOPJ, art. 49 bis 5 LECiv y art. 14.5 LECrim), pero necesariamente coordinada, tanto de la causa penal como del juicio civil relativo a un determinado hecho de violencia de género, ampliando la competencia civil reconocida ya parcialmente al orden jurisdiccional penal en el art. 544.ter de la LECrim.

La primera incidencia que tiene la violencia de género en el ámbito civil y en concreto en los procesos matrimoniales radica en el hecho de que la Ley Orgánica N° 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto los artículos 87 bis y 87 ter, así como el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante la creación de los denominados Juzgados de violencia sobre la mujer, que si bien son juzgados pertenecientes al orden penal, sin embargo conocen de los procesos matrimoniales (competencia de la jurisdicción civil) en los casos de violencia de género, atribuyendo, pues, a un órgano jurisdiccional penal competencias civiles y, en consecuencia, alterando la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales civiles, que perderán su competencia a favor de los juzgados de violencia sobre la mujer.

En la Exposición de motivos de la Ley se establece que estos juzgados conocerán de las causas civiles relacionadas con las causas penales que instruyen en materia de violencia sobre la mujer, de forma que unas y otras en primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede de modo que los Juzgados de violencia sobre la mujer tendrán competencias civiles más allá de las meramente cautelares.

Como señala la circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado con esta medida se pretende acumular en un único Juzgado especializado aquellos procesos civiles y penales que se encuentren vinculados por la identidad de los sujetos implicados en ambos, ya que en muchos de los procesos de ruptura de las parejas se pueden presentar conductas subsumibles en algún tipo penal.

Dice expresamente la Exposición de Motivos de la Ley que la normativa actual, civil, penal, publicitaria, social y administrativa presenta muchas deficiencias, debidas fundamentalmente a que hasta el momento no se ha dado a esta cuestión una respuesta global y multidisciplinar. Desde el punto de vista penal la respuesta nunca puede ser un nuevo agravio para la mujer.

En cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, se ha adoptado, conforme a la tradición jurídica española, una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles.

Estos Juzgados conocen de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede, con lo cual se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia.

De esta manera se atribuye a un mismo órgano judicial el conocimiento de todas las cuestiones civiles y penales relacionadas con los supuestos de violencia de género en las relaciones matrimoniales y paternofiliales, de modo que para determinados asuntos civiles y en circunstancias en las que haya violencia de género pierden su competencia los juzgados de primera instancia y dicha competencia es asumida por los Juzgados de violencia sobre la mujer confirmando, pues, a los juzgados especializados en violencia de género una vis atractiva de determinados procesos civiles.

En concreto las materias del orden civil que son objeto de conocimiento por parte de los juzgados de violencia sobre la mujer son las reguladas y recogidas en el artículo 87 ter la le LOPJ, que se refiere a los asuntos de filiación, maternidad y paternidad, los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio, los que versen sobre las relaciones paterno filiales, los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de transcendencia familiar, los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores, los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción, así como, por último, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Ahora bien, para que estos juzgados tengan competencia en estos asuntos es necesario que se den una serie de requisitos exigidos por el artículo 87 ter la LOPJ, que son, en primer lugar, que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguno de los asuntos anteriormente comentados de tal forma que si la materia no se enmarca en ninguno de los supuestos del artículo 87 ter 2 los juzgados de violencia de la mujer no serán competentes.

En segundo lugar, se requiere que alguna de las partes

en el proceso civil sea víctima de violencia de género, definiendo al respecto la Ley N° 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito en su artículo 2, a la víctima directa, como toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito y amplía dicho concepto, considerando como víctimas indirectas, los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos.

Por último, en tercer lugar, es preciso que alguna de las partes del proceso civil sea imputado (que ahora se denomina investigado) como autor inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género, así como que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta (delito leve) a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

Estos requisitos tienen que darse todos de forma simultánea, de forma que si faltase alguno de ellos ya no podríamos hablar de competencia exclusiva del juzgado de violencia sobre la mujer.

En efecto, la competencia civil exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sobre los procesos que tengan por objeto alguna de las materias indicadas en el nuevo art. 87.ter.2 de la LOPJ, exige la concurrencia simultánea de los requisitos previstos en el apartado 3 de este precepto de que el acto puesto en conocimiento del Juzgado constituya expresión de violencia de género, en los términos que define el art. 1 de la Ley (art. 87.ter LOPJ), para que este órgano especializado asuma dicha competencia civil exclusiva.

Es necesario que ante el propio Juzgado de Violencia sobre la Mujer se hayan iniciado actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección en favor de una víctima de esta clase de violencia, y que alguna de las partes del proceso civil sea la víctima y otra el imputado por la realización de dicho acto.

A su vez, la competencia penal aparece delimitada por el sujeto pasivo de las infracciones que se contemplan en el citado art. 87.ter.1 de la LOPJ, que es la mujer ligada al autor por una relación conyugal o de análoga afectividad, aun sin convivencia, así como los descendientes de uno y otro, y los menores o incapaces convivientes o sometidos a su guarda, siempre que también se haya producido un acto de violencia de género.

En los demás casos, y cuando sean otros los sujetos pasivos de la conducta violenta, susceptible de ser calificada entonces como violencia doméstica pero no de género, la competencia, tanto para el conocimiento de la causa penal y de la orden de protección, como para el enjuiciamiento civil, ya no corresponderá al Juzgado de

Violencia sobre la Mujer, sino al respectivo Juzgado de Instrucción o de Primera Instancia.

En el amplio catálogo de materias civiles de las que podrá conocer el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que enumera el art. 87.ter.2 de la LOPJ, siempre que concurran los requisitos exigidos en el apartado 3 de esta norma, está vedada la mediación, por disposición expresa del art. 87 ter.5 de la LOPJ, en relación con el art. 44 de la Ley especial.

V.- PÉRDIDA DE COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA -Y DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA-

Dentro del capítulo referido a las normas procesales civiles, el art. 57 de la Ley, mediante la adición de un nuevo art. 49.bis a la Ley de Enjuiciamiento Civil, destaca la pérdida de la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia, esto es, del orden jurisdiccional civil, en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, perteneciente al orden penal, alterando las reglas de competencia objetiva propias de la jurisdicción civil dado que se confiere a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer una **vis atractiva** para conocer de los procesos civiles atribuidos a su competencia, con carácter exclusivo y excluyente (art. 49.bis. 5), en función de su conexión objetiva y subjetiva con las actuaciones penales que también conoce el Juzgado especial (art. 87.ter.3 LOPJ).

El apartado 1 del art. 49.bis de la LECiv contempla el supuesto de inhibición del Juez civil en favor del Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, como consecuencia de esa pérdida de competencia objetiva de la jurisdicción civil que tiene lugar cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer y

a) Que el Juez esté conociendo en primera instancia (en armonía con lo prevenido en el art. 77.4 de la LECiv para la acumulación de procesos) de un procedimiento civil que verse sobre alguna de las materias previstas en el art. 87 ter.2 de la LOPJ.

b) Que el proceso civil no haya iniciado la fase del juicio oral, que será la regulada en los arts. 433 y 443 de la LECiv, ya que, comenzada esta fase, los principios de inmediación, oralidad y concentración, informadores del actual procedimiento civil (arts. 137 y ss. LECiv), imponen, bajo sanción de nulidad, que sea el mismo Juez que ha presenciado las alegaciones y pruebas, y asistido a la vista o juicio, el que dicte la sentencia (art. 194. 1 LECiv).

c) Que el Juez tenga noticia de la comisión de un acto de violencia de género de los definidos en el art. 1 de la Ley, y que delimitan la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (art. 87.ter LOPJ).

d) Que esta conducta violenta haya dado lugar a la incoación de un proceso penal o a una orden de protección; y

e) que concurren en el procedimiento civil los demás requisitos previstos en el art. 87.ter.3 de la LOPJ, y en concreto el que exige una vinculación subjetiva entre ambos procesos, de manera que alguna de las partes de aquél sea la víctima, y otra el imputado, en dicho acto de violencia, siendo esta concurrencia verificada por el Juez civil que acuerda la inhibición.

En el apartado 3 del art. 49.bis de la LECiv, se contempla la existencia de una causa penal por violencia de género de la que se encuentra conociendo el Juzgado especializado en esta materia y tramitación ante el Juez de Primera Instancia de un proceso civil en el que concurren los requisitos del art. 87.ter. 3 de la LOPJ, siendo el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el que tiene noticia de la existencia del proceso civil y por ello el obligado a verificar la concurrencia en el mismo de los expresados requisitos, en cuyo caso este Juez especializado requerirá de inhibición al Juez civil, el cual deberá acordarla de inmediato.

El apartado 2 del art. 49.bis de la LECiv, prevé también el caso de que, estando conociendo el Juez de Primera Instancia de un proceso civil en el que se dan los requisitos del art. 87 ter.3 de la LOPJ, tenga noticia de la **posible** comisión de un acto de violencia de género que no ha dado lugar todavía a la iniciación de un procedimiento penal, ni a dictar una orden de protección, en cuya hipótesis el Juez civil no adopta decisión alguna y debe limitarse a citar de inmediato a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal, con el único fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos violentos, siendo el Fiscal el que decide inmediatamente si denuncia los supuestos actos de violencia o solicita orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, mientras que el tribunal civil seguirá conociendo del asunto de su competencia hasta que, en su caso, sea requerido de inhibición por dicho Juzgado especial.

El apartado 4 del art. 49.bis de la LECiv establece que, en los casos previstos en los apartados 1 y 2 del mismo precepto no serán de aplicación estas normas, y en concreto: a) la apreciación de oficio por el Juez civil de su falta de competencia objetiva, y la correspondiente inhibición a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer, con remisión de los autos, se hará sin necesidad de oír antes a las partes y al Ministerio Fiscal, según previene con carácter general el art. 48.3 de la LECiv, que no se aplicará en tales casos; y b) cuando la apreciación por el Juez civil de su falta de competencia objetiva sea a instancia de parte, no se admitirá que se haga mediante declinatoria, de acuerdo con los arts. 49 y 63 y ss. de la LECiv, que tampoco serán de aplicación en estos supuestos.

La competencia penal atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extiende a los procedimientos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, por lo que dichos Juzgados tramitarán una buena parte de las causas penales que tienen encomendadas por el cauce de los llamados juicios rápidos, cuando éste sea de aplicación

al caso, con arreglo a los arts 795 a 803 , y 962 a 971 , de la LECrim, con las especialidades introducidas en los nuevos arts. 779 bis y 962.5 (arts. 54 a 56 de la Ley), debiendo entenderse las referencias que en aquellos preceptos se hacen al Juez de Guardia hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer (disposición adicional cuarta de la LECrim, en relación con la disposición adicional duodécima de la Ley).

V.- MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES: SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y RESTRICCIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Dentro del capítulo referido a las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas, la Ley contempla, además de medidas cautelares asociadas al proceso penal y dirigidas específicamente a la protección personal de la víctima, como la salida del domicilio, el alejamiento o la prohibición de las comunicaciones que se pueden imponer al inculcado (art. 64), medidas propiamente civiles, como son la suspensión del ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia de los menores a que se refiera (art. 65), y la suspensión del régimen de visitas del inculcado a sus descendientes (art. 66).

Puesto que los descendientes menores son considerados también sujetos pasivos de las infracciones penales para cuyo conocimiento es competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, siempre que además se haya producido un acto de violencia contra ésta [art. 87 ter.1.a) LOPJ], las medidas civiles expuestas pueden ser necesarias para proteger y evitar perjuicios a dichos menores cuando sean destinatarios directos o indirectos de esos actos de violencia, siendo el factor relevante a estos efectos el del interés del menor, a cuya protección integral hay que atender de manera preferente a la hora de acordar tales medidas, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores incluida la mujer víctima de la violencia de género en los términos vistos de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (ex arts. 39 de la CE y 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de los arts. 92, párrafo 21, 154 y 158 , entre otros, del CC, en relación con la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, conforme a la cual hay que velar porque el niño no sea separado de sus padres, excepto cuando tal separación sea necesaria para el interés superior del menor, como es el caso de ser objeto de maltrato por parte de sus padres (art. 9.1), debiendo respetarse el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo que sea contrario el superior interés del menor (art. 3.2).

En cuanto al régimen de visitas, la mera alegación o constancia de una situación de violencia de género no debe determinar, automáticamente, la suspensión de dicho régimen al progenitor inculcado, sino que habrán de analizarse todas las circunstancias concurrentes y en particular el peligro generado para el menor, procurandola fijación de un régimen singularizado y adaptado a las necesidades del caso concreto

en interés del menor, que puede ir desde la suspensión temporal de las visitas o comunicaciones hasta su ejercicio a través de mecanismos de mediación, como la presencia de terceras personas o el uso de los llamados *puntos de encuentro+.

Para lograr con eficacia la finalidad de estas medidas, parece oportuno resaltar que no basta con la creación de órganos judiciales especializados, como es el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si no se cuenta en sede judicial con equipos periciales en materia psicosocial que informen adecuadamente al Juez sobre la incidencia de la violencia enjuiciada en las medidas protectoras que se pudieran acordar.

VII.- OTRAS MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN PARA LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO:

VII.1.- LA PROHIBICIÓN LEGAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS MENORES

Pocos días después de la entrada en vigor de la LO 1/2004, se aprobó la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el CC y la LECiv en materia de separación y divorcio, conforme a lo cual, frente a la posibilidad de que en los procesos matrimoniales de separación, divorcio y nulidad matrimoniales, bien los progenitores de común acuerdo en el convenio regulador (art. 92.5 del CC), bien en virtud de acuerdo posterior adoptado en el seno del procedimiento matrimonial y previo informe del Ministerio Fiscal y audiencia de los menores cuando tengan suficiente juicio (arts. 92.5 y 6 del CC), de que se acuerde la guarda y custodia compartida por los dos progenitores de sus hijos menores de edad, el legislador ha establecido, para dos casos concretos, la prohibición legal de adoptar la guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad ante indicios fundados de existencia de un supuesto de *violencia doméstica+ y el caso en que uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos (art. 92.7 del CC).

Ha de tenerse en cuenta la modificación del Código Civil operada por la Ley 13/2005 de 1 de julio, admitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo con los mismos requisitos y efectos que el matrimonio entre heterosexuales, por lo que es legalmente posible que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y por tanto, separarse o divorciarse por lo que hay que distinguir entre supuestos de *violencia de género+ en el sentido del art. 1 de la LO 1/2004 y casos de violencia en el seno de un matrimonio contraído entre un hombre y una mujer, con o sin hijos- o de *violencia doméstica+ - categoría, ésta, más amplia que engloba los supuestos de violencia en un matrimonio formado por dos hombres o dos mujeres, violencia de los padres sobre los menores, violencia de los menores sobre los padres y violencia entre

hermanos.

En cuanto al primer inciso del art. 92.4 del CC, la custodia compartida *no procederá* cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado, por *atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*, pudiendo suceder luego que el juez acuerde el archivo de la causa, por estimar que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece debidamente justificada su perpetración (arts. 637, 641 y 779 de la LECrim) o puede dictar auto de sobreseimiento incluso de forma provisional o, incluso, que dicte una sentencia absolutoria del delito o falta que le había sido imputado por la esposa y que determinó que en el supuesto de que el procedimiento matrimonial, que ha seguido una tramitación más rápida, no se adoptó la custodia, quedando al marido la opción de reclamar la custodia mediante el correspondiente procedimiento civil de modificación de medidas definitivas.

En el segundo caso, el art. 92.7 del CC precisa que *no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado*, que no debe entenderse literalmente por la mera presentación de una denuncia o querrela, si no va seguida de su admisión a trámite, por lo que deben de haberse incoado diligencias previas o juicio de faltas o haberse dictado auto de admisión de la querrela.

Por último, el inciso segundo del art. 92.7 del CC señala que *Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

Hay que entender que cuando de los escritos de demanda o de contestación, de las manifestaciones de las partes vertidas en el procedimiento matrimonial, de la conducta de los cónyuges, de las manifestaciones de terceros que declaren en calidad de testigos por haber observado hechos de interés para apreciar la existencia de un acto de violencia doméstica, de la prueba documental o pericial, en una valoración conjunta de todas estas pruebas, el Juez que conozca del proceso matrimonial considera que ponen de manifiesto la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, tampoco procederá la custodia compartida.

En todo caso, no se trata de una interdicción que proceda sin realizar un análisis adecuado del material probatorio puesto a disposición del Juzgador y que ha de acreditar, al menos de manera indiciaria y fundada, la presencia de un acto de violencia doméstica, sin necesidad de que el delito o la falta había se haya probado, siendo un supuesto que encaja en este precepto el de que se haya dictado una orden de protección en el marco de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la *Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica*, a raíz de los episodios violentos perpetrados por uno de los cónyuges o convivientes, en su caso.

Con ocasión de la adopción de la orden de protección pueden adoptarse también medidas de naturaleza civil, de carácter cautelar y provisional, previas a la demanda iniciadora del juicio de familia, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del CC.

Estas medidas pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la víctima del acto de violencia doméstica, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, etc. (art. 544 ter.7 último párrafo LECrim).

Cuando concurren los presupuestos que la ley señala para la adopción de la orden de protección, el juez podrá incorporar la medida de atribuirle la custodia de los hijos al progenitor sujeto pasivo de la violencia de doméstica y tras la demanda que da lugar a la iniciación del procedimiento de familia, esta medida puede ser ratificada, modificada o dejada sin efecto por el juez que conozca, posteriormente del proceso civil.

En la mayoría de los casos, esta medida de atribución en exclusiva de la guarda y custodia a uno de los padres, ya provisional en el seno del proceso de separación y divorcio, puede estar vigente a lo largo de toda la tramitación del procedimiento civil, hasta que sea sustituida por la correspondiente medida definitiva, recogida en la sentencia de primera instancia, sino es recurrida y si lo es, puede ser modificada o confirmada por la de alzada.

VII.2.- LA SUSPENSIÓN DE LA MEDIDA DE CUSTODIA COMPARTIDA ACORDADA EN SENTENCIA

En el supuesto de que se haya tramitado un procedimiento matrimonial al margen de toda relación con actos de violencia de género y de violencia doméstica y en la sentencia que le puso fin se haya acordado la custodia compartida de los hijos, si en un momento determinado el marido, por ejemplo, protagoniza un acto de violencia de género sobre la todavía esposa o sobre la que ha quejado de serlo, el Juez puede, mediante Auto, suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la guarda y custodia respecto de los hijos comunes menores concedida en el procedimiento civil anteriormente tramitado sin que sea necesario que el menor, respecto del que se suspenda la guarda y custodia, sea la víctima del acto de violencia de género y ello por cuanto la prohibición se acuerda respecto del inculpado por la violencia de género.

Esta medida cautelar que resulta compatible con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se puedan adoptar en los procedimientos civiles y penales que se incoen (ex art. 158 del CC) puede estar vigente, como medida de seguridad, tras la sentencia

definitiva y durante su ejecución e, incluso, durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondan, debiendo contemplarse no como una sanción al maltratador, sino como una medida que debe adoptarse preordenada a la protección del superior interés del menor, por lo que debe ser proporcional al hecho cometido respetando los principios de contradicción, audiencia y defensa (ex art. 68 de la LO 1/2004).